



**UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE SANTA CATARINA**

**Centro de Ciências Jurídicas**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UFSC/FLF**

**A DICOTOMIA DOUTRINÁRIA ENTRE RICHARD POSNER E  
RONALD DWORKIN QUANTO À ANÁLISE ECONÔMICA DO  
DIREITO: A RECIPROCIDADE JURÍDICO-ECONÔMICA**

**DIEGO SABÓIA E SILVA**

**FLORIANÓPOLIS/SC  
2017**

Diego Sabóia e Silva

**A DICOTOMIA DOUTRINÁRIA ENTRE RICHARD POSNER E  
RONALD DWORIN QUANTO À ANÁLISE ECONÔMICA DO  
DIREITO: A RECIPROCIDADE JURÍDICO-ECONÔMICA**

Dissertação submetida ao  
Departamento de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de  
Santa Catarina, como requisito  
essencial para a obtenção do título de  
Mestre em Direito. Orientador: Prof.  
Dr. Everton das Neves Gonçalves.

**FLORIANÓPOLIS/SC  
2017**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

SILVA, DIEGO SABÓIA E

A DICOTOMIA DOUTRINÁRIA ENTRE RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN QUANTO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A RECIPROCIDADE JURÍDICO-ECONÔMICA /

DIEGO SABÓIA E SILVA ; orientador, ÉVERTON DAS NEVES GONÇALVES - Florianópolis, SC, 2017.

225 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. 3. RICHARD POSNER. RONALD DWORKIN. COTEJO 4. SÍNTESE HERMENÊUTICA. 5. CIVIL LAW BRASILEIRA. I. DAS NEVES GONÇALVES, EVERTON. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Diego Sabóia e Silva

**A DICOTOMIA DOUTRINÁRIA ENTRE RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN QUANTO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A RECIPROCIDADE JURÍDICO-ECONÔMICA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração “Direito, Estado e Sociedade”, e linha de pesquisa “Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça”.

Florianópolis/SC, 06 de junho de 2017.

---

Prof. Arno Dal Ri Jr., PhD.  
Coordenador do PPDG

**Banca examinadora:**

---

Prof. Everton das Neves Gonçalves, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

---

Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.  
Examinador  
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

---

Prof<sup>a</sup>. Luana Renostro Heinen, Dra.  
Examinador  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

---

Prof. Júlio César Marcellino Júnior, Dr.  
Examinador  
Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho não haveria se concretizado sem a cooperação, nos mais diversos âmbitos de minha vida, de pessoas muito especiais, sem as quais minha existência, enquanto ser humano, não teria sentido.

Em outras palavras, a despeito de um trabalho acadêmico formalmente constituir uma obra individual, nenhuma linha sequer desta dissertação haveria sido escrita, caso referidas pessoas me faltassem, vez que careceria de apoio e inspiração, pois retiro todas as minhas forças delas, cada uma em um “setor” particular. Portanto, considero uma obra essencialmente coletiva. Por tudo isso, agradeço:

À minha amada Mãe, Regina, que tão cedo partiu deste plano rumo à vida eterna, exemplo de fibra e garra, por nunca se haver deixado abater, nem mesmo nas maiores intempéries e que, apesar de todas as dificuldades impostas pela vida – e não foram poucas –, muito bem criou a meus irmãos e a mim, e pelos sábios ensinamentos legados, que norteiam minha vida e muitas passagens deste trabalho, não encontrados nem mesmo na mais depurada obra de Filosofia. Saiba, minha Mãe, que é inútil o propósito daquilo a que se convencionou chamar morte de afastar-nos através de um distanciamento puramente material. Estaremos sempre juntos, e tão logo minha jornada terrena finde nos reencontraremos. Tenha a minha pessoa a oportunidade de viver infinitas vezes, em todas estas a quero como Mãe! Obrigado por tudo, e até à vista!

À minha maravilhosa esposa Elaine, companheira de todos os momentos, mulher sem a qual eu não passaria de mero pó inservível.

À minha filhinha Marília (a minha “Bichinha”, como carinhosamente a chamo), presente de Deus, que enche nossas vidas de alegria e sentido.

Ao meu grande amigo professor Marcus Mauricius Holanda, pela parceria e apoio incondicional, bem como pelo incentivo nos momentos de minha maior frustração acadêmica.

Às professoras Dra. Renata Albuquerque e Isabel Pontes, respectivamente coordenadora do curso de Direito e diretora geral da Faculdade Luciano Feijão, bem como ao professor Dr. Arno Dal Ri Júnior, pela proficiência, zelo e pelo esforço hercúleo em tornar realidade o curso de mestrado interinstitucional em Direito.

Ao professor Luciano Feijão, chanceler da instituição homônima, da qual muito honrosamente integro o quadro como professor, pelo

espírito visionário de compreender que a educação assume posição central no propósito transformador da realidade social para melhor.

Aos professores doutores Orlando Celso da Silva Neto, Renata Albuquerque Lima, Luana Renostro Heinen e Júlio César Marcellino Júnior, pela disponibilidade de avaliar o trabalho, participando ativamente desta importante etapa de minha vida acadêmica. À professora Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, pelas inestimáveis lições metodológicas, idôneas a conferir a cientificidade necessária a esta investigação, e a todos os demais professores do MINTER.

Por fim, o dever de gratidão: agradeço especialmente ao professor Dr. Everton das Neves Gonçalves, muito mais que um dedicado mentor, um grande amigo. Agradeço ao mesmo pela confiança depositada ao escolher-me como orientando, e pela atenção e paciência que sempre teve para com minha pessoa, para ler e tornar a ler esta dissertação, sempre de uma maneira muito precisa, estendendo a mão para alentar a investigação, proporcionando sugestões e comentários decisivos, sem os quais o trabalho padeceria de um vazio insanável, assim como disponibilizando seu acervo particular a este pesquisador.

Faz-se apenas um pedido aos que dignificarem a pessoa do pesquisador com a leitura deste trabalho: qualquer erro ou impropriedade que fatalmente encontrarão, seja atribuída a responsabilidade exclusivamente ao autor. A responsabilidade é somente do autor, e não deve afetar a nenhuma das pessoas mencionadas.

*A teoria normativa tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta.*

(POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a, p. 503.)

## RESUMO

O trabalho ora em escopo possui como temática a influência da Economia, em especial da Teoria Microeconômica no Direito, à luz do cotejo das antagônicas doutrinas de Richard Posner e Ronald Dworkin quanto a este particular. O objetivo geral consiste em verificar os motivos ensejadores da divergência doutrinária entre os pensadores centrais da investigação, acima mencionados, quanto ao movimento Análise Econômica do Direito – AED –, e como estas perspectivas, de soslaio havidas por excludentes, podem convergir em síntese hermenêutica a informar a *Civil Law* Brasileira. Quanto aos objetivos específicos, o pesquisador intenta, inicialmente, explicar o tema proposto, a saber, em que consiste a AED, assim como a teoria posneriana da *Law and Economics* – *LaE* –, desdobramento do movimento em questão, a partir dos diferentes enfoques experimentados pela AED ao longo de quase seis décadas – 1960 à segunda década do Século XXI –, e pela *LaE* com ênfase nos câmbios paradigmáticos desta desde a década de 1970, época do protagonismo da eficiência a informar o Direito, passando pelo início dos anos 1990, quando da adoção de um pragmatismo com matizes de efficientismo, até o consequencialismo dos presentes dias (final da segunda década do Século XXI). Em seguida, discute-se de maneira mais incisiva o problema da investigação, isto é, as razões da divergência doutrinária entre Posner e Dworkin, extraindo as principais críticas deste àquele, com a conseguinte contra-argumentação, bem como outras posturas de resistência a Posner, na mesma linha dworkiniana, sempre com a devida réplica. Por fim, no terceiro Capítulo, propõe-se o pesquisador verificar a incidência da hipótese inicial do trabalho, ou seja, a extração de constante hermenêutica dessas doutrinas centrais antagônicas para a *Civil Law* Brasileira, a partir dos posicionamentos jurídico-econômicos do transcurso doutrinário de Posner, sujeitos ao crivo crítico de Dworkin, quando então a *LaE* evolui, mormente, no Brasil, a partir dos anos 1990, como método hermenêutico para a criação e aplicação de normas, tornando o Direito consequencialista, e menos suscetível de voluntarismos políticos e jurídicos, pela adoção de critério técnico, a saber a eficiência, muito embora esta despida do caráter de protagonismo inicial, pela conversão posneriana ao pragmatismo, quando fica evidenciado que estas, ao contrário do que possa parecer, não são excludentes, mas, ao revés, exigem-se dinamicamente, condicionando-se de maneira recíproca, pois a metodologia econômica a

informar o Direito necessita da moral oriunda da postura dworkiniana, e esta, por sua vez, necessita dos paradigmas objetivos daquela, idôneos a reduzir ativismos e construções políticas do Direito. Para isto, utilizou-se metodologicamente o método de abordagem dedutivo; como método de procedimento, o dialético; e como técnica de pesquisa, a bibliográfica.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. *Law and Economics*. Richard Posner. Ronald Dworkin. Cotejo. Doutrinas antagônicas. Síntese hermenêutica. *Civil Law Brasileira*.

## RESUMEN

La investigación que se presenta posee por tema la influencia de la Economía, especialmente la Teoría Microeconómica en el Derecho, bajo la comparación de las opuestas de doctrinas de Richard Posner y Ronald Dworkin sobre este particular. El objetivo general es verificar lo que da lugar a la divergencia doctrinal entre los pensadores centrales del trabajo encima puntuados, basada en el movimiento Análisis Económico del Derecho – AED –, y cómo estas perspectivas, aparentemente habidas por incompatibles, pueden convergir en síntesis hermenéutico útil a la *Civil Law* Brasileña. En cuanto a los intentos específicos, el pesquisador tiene por intención, inicialmente, explicar la temática propuesta, es decir, la fundamentación de AED, así como la teoría posneriana de *Law and Economics – LaE* – desarrollo del movimiento en cuestión, desde los diferentes enfoques sufridos por AED a lo largo de casi seis décadas – 1960 a la segunda década del Siglo XXI –, y por *LaE*, haciendo hincapié en el intercambio paradigmático de esta desde los años 1970, tiempo del liderazgo de la eficiencia a fundamentar el Derecho, llegando a principios de la década de 1990, cuando de la adopción de un pragmatismo con matices eficientistas, hasta el consecuencialismo de nuestros días (fines de la segunda década del siglo XXI). Adelante se discute más incisivamente el quid de la investigación, o sea, las razones de divergencia doctrinal entre Posner y Dworkin, extrayendo las principales críticas de este hacia aquel, con la consiguiente contestación, así como otras posturas de resistência a Posner en la misma línea dworkiniana, siempre con la debida réplica. Por último, en el tercer Capítulo, el investigador proponese a la verificación de incidencia de la hipótesis inicial de la obra, es decir, la extracción de un constante hermenéutico de estas doctrinas antagónicas centrales hacia la *Civil Law* Brasileña, a partir de las posiciones jurídico-económicas del paso doctrinal de Posner, sujeto al examen crítico de Dworkin, con lo cual la *LaE* evoluciona, especialmente en Brasil, a partir de la década de 1990, como método hermenéutico para la creación y aplicación de las normas, por lo que el Derecho se pone en plan consecuencialista, por lo tanto admitiendo menos probabilidades de voluntarismos políticos y jurídicos, mediante la adopción de criterio técnico: la eficiencia, a pesar de esta quedarse despojada del carácter de liderazgo primero, por la conversión posneriana al pragmatismo, cuando se evidencía que éstas, al contrario de lo que pueda parecer, no son mutuamente excluyentes, sino todo lo contrario, se requieren de manera dinámica, se condicionando de manera

recíproca, pues la metodología económica a subvencionar el Derecho exige la moral que viene de Dworkin, y esta, a su vez, necessita se añadan los paradigmas objetivos de la *LaE*, adecuados a reducir activismos y construcciones políticas del Derecho. Para ello, se utilizó metodológicamente el método de abordaje deductivo; como método de procedimiento, el dialéctico; y como técnica de búsqueda, la literatura.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho. *Law and Economics*. Richard Posner. Ronald Dworkin. Comparación. Doctrinas divergentes. Síntesis hermenéutico. *Civil Law* Brasileña.

## LISTA DE SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito  
CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
DST – Doença Sexualmente Transmissível  
ECJ – Estudos da Crítica Jurídica  
EUA – Estados Unidos da América  
LaE – Law and Economics  
OMS – Organização Mundial da Saúde  
PEES – Princípio da Eficiência Econômico-Social  
*v.g.* – *verbi gratia* (por exemplo)  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TCU – Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: RAZÃO DO ESTUDO, ESCOLAS E PENSAMENTO POSNERIANO</b> .....	25
1.1 DAS DIFERENTES ACEPÇÕES EXPERIMENTADAS PELO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, DO INÍCIO DOS ANOS DE 1960, ATÉ MEADOS DA SEGUNDA DÉCADA DO SÉCULO XXI, E DA TEORIA DA “LAW AND ECONOMICS”, DESDE OS ANOS DE 1970 ATÉ A DÉCADA DE 1990 .....	31
<b>1.1.1 Da aceção ou Escola Tradicional e o pensamento posneriano</b> .....	34
1.1.1.1 O Pensamento Posneriano .....	46
1.1.1.1.1 <i>A Perspectiva Eficientista de Posner</i> .....	48
1.1.1.1.2 <i>A Perspectiva Pragmática de Posner</i> .....	65
<b>1.1.2 Da aceção ou Escola Neoinstitucional</b> .....	70
<b>1.1.3 Da aceção ou Escola dos Direitos de Propriedade (<i>Property Rights</i>)</b> .....	78
<b>1.1.4 Da aceção ou Escola da Escolha Pública (<i>Public Choice</i>)</b> .....	88
<b>2 A DICOTOMIA TEÓRICA VERIFICADA ENTRE RICHARD POSNER E RONALD DWORIN A PARTIR DO COTEJO DOUTRINÁRIO QUANTO AO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO</b> .....	97
2.1 A DOUTRINA DE RONALD DWORIN: ANÁLISE ORIUNDA DE SUAS REFLEXÕES ACERCA DA MORAL .....	98
2.2 A PERSPECTIVA DE RONALD DWORIN QUANTO À <i>LAW AND ECONOMICS</i> .....	106
<b>2.2.1 Da maximização da riqueza: considerações dworkinianas sobre seu caráter axiológico no prisma social</b> .....	107
<b>2.2.2 Da irrazoabilidade da eficiência no âmbito da Análise Econômica do Direito, segundo Dworkin</b> .....	117
2.3 A EXTRAÇÃO DA ESSÊNCIA DAS CRÍTICAS À <i>LAW AND ECONOMICS</i> FEITAS POR RONALD DWORIN E A CONTRA-ARGUMENTAÇÃO DE RICHARD POSNER .....	123
2.4 DEMAIS CRÍTICAS À <i>LAW AND ECONOMICS</i> .....	132
<b>2.4.1 Críticas ao economicismo jurídico: Estudos da Crítica Jurídica (ECJ)</b> .....	133

2.4.2 A análise da <i>LaE</i> , por parte de Mitchell Polinsky .....	138
<b>3 A INDECLINÁVEL EXIGÊNCIA RECÍPROCA ENTRE DIREITO E ECONOMIA .....</b>	<b>153</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO E ECONOMIA .....	153
3.2 DAS IMBRICAÇÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS .....	157
3.2.1 A relevância metodológica da <i>LaE</i> .....	161
3.2.2 Por que fundamentar o Direito sob as premissas da <i>Law and Economics</i> ? .....	166
3.2.3 Há fundamento(s) jurídico-normativo(s) para a aplicação da <i>Law and Economics</i> no Direito Brasileiro? .....	174
3.3 O CRESCIMENTO DO DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO NO BRASIL APÓS 1994 .....	178
3.4 DAS CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DO POTENCIAL SUBSÍDIO FORNECIDO PELA <i>LAW AND ECONOMICS</i> PARA A ELABORAÇÃO DE UMA TEORIA DO COMPORTAMENTO HUMANO: A HERMENÊUTICA JURÍDICO-ECONÔMICA .....	185
<b>3.4.1 Hermenêutica Geral e Jurídica: perspectivas experimentadas e teorias argumentativas clássicas .....</b>	<b>185</b>
3.4.1.1 A Hermenêutica enquanto arte e técnica .....	186
3.4.1.2 A Hermenêutica enquanto filosofia .....	189
3.4.1.3 Teorias Argumentativas Clássicas .....	195
<b>3.4.2 Respostas corretas às problemáticas jurídicas: ilusão ou factibilidade? .....</b>	<b>199</b>
<b>3.4.3 A perspectiva hermenêutica jurídico-econômica a partir da síntese doutrinária extraída de Richard Posner e Ronald Dworkin .....</b>	<b>207</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>213</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>216</b>

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, insta trazer à baila que o assunto tratado no presente trabalho está inserido na corrente investigativa desenvolvida no Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão de Desenvolvimento (CEJEGD), grupo de pesquisa registrado no CNPQ, sob a supervisão do Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

A temática centra-se na influência da Economia no Direito, em especial da Teoria Microeconômica, à luz do cotejo das doutrinas antagônicas de Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito – AED, evidenciando a possibilidade da reciprocidade jurídico-econômica, por meio de extração de síntese hermenêutica para a *Civil Law* Brasileira, oriunda da tese posneriana (*Law and Economics – LaE*) posta à prova pela antítese dworkiniana (imoralidade da eficiência).

A problemática proposta possui como cerne a verificação de como o discurso econômico, à luz dos motivos da divergência doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin a respeito do movimento AED pode conduzir à proposta interpretativa para o Direito Brasileiro. Para isso, o pesquisador oferece resposta no sentido que



a extração de constante hermenêutica dessas doutrinas centrais antagônicas para a *Civil Law* Brasileira, a partir dos posicionamentos econômico-jurídicos do transcurso doutrinário de Posner, sujeitos ao crivo crítico de Dworkin, quando então a *LaE* evolui, mormente, no Brasil, a partir dos anos 1990, como método hermenêutico para a criação e aplicação de normas, tornando o Direito consequencialista, e menos suscetível de voluntarismos políticos e jurídicos, pela adoção de critério técnico, a saber a eficiência, muito embora esta despida do caráter de protagonismo inicial, pela conversão posneriana ao pragmatismo, quando fica evidenciado que estas, ao contrário do que possa parecer, não são excludentes, mas, ao revés, exigem-se dinamicamente, condicionando-se de maneira recíproca, pois a metodologia econômica a informar o Direito necessita da moral oriunda da postura dworkiniana, e esta, por sua vez, necessita dos paradigmas objetivos daquela, idôneos a reduzir ativismos e construções políticas do Direito.

Com o propósito de verificar a hipótese inicial de trabalho, adotam-se como conceitos operacionais imprescindíveis para a plena compreensão da temática proposta o discurso econômico no Direito, a AED, a Ciência Econômica, a metodologia hermenêutica analítica e a eficiência econômica.

Por discurso econômico no Direito deve-se compreender, na esteira de Posner, a adoção, pelo sistema jurídico de forma global, dos preceitos estabelecidos pela análise econômica: a campos do Direito comum; como os ilícitos culposos, os contratos, a restituição e a propriedade; à teoria e à prática da penalidade; ao Processo Civil, Penal e Administrativo; à teoria da legislação e a regulação; à aplicação da lei e a administração judicial, e inclusive ao Direito Constitucional, o Direito primitivo, o Direito do Almirantado, o Direito Familiar e a jurisprudência. A teoria tem aspectos normativos e positivos. Apenas se os valores havidos por imprescindíveis pela sociedade não fossem sacrificados é que os métodos eficientes lograriam aceitação social, ainda que a eficiência gozasse de protagonismo entre os valores sociais (aspecto normativo). O que faz o aspecto positivo da Análise Econômica do Direito é o propósito de explicar as regras e os resultados legais tais como são, em lugar de alterá-los para torná-los melhores.

Por AED, na esteira da lição de Gonçalves e Stelzer, no *Princípio da Eficiência Econômico-Social – PEES* –, esta confere ao Direito um caráter um caráter de persuasão inserido na ponderação de prós e contras, relegando à secundariedade a perspectiva da realidade jurídica

calcada em sistema vertical, cujas relações se baseiam na imperatividade, de cunho mandamental ou de subordinação. Dessa forma, a AED direciona seus esforços no sentido de influenciar o proceder das pessoas, partindo do pressuposto que estas reagem à estrutura de incentivos, dotando, assim, de relativa previsibilidade a conduta humana. Entretanto, a teoria juseconômica, no bojo das práticas de mercado, deve conjugar a utilização de critérios racionais de maximização da riqueza e de eficiência econômica observando a inclusão do maior número de variáveis possíveis, decorrendo disso, como corolário lógico, a inclusão social.

A Ciência Econômica, a seu turno, com supedâneo em Posner, deve ser compreendida como a ciência da decisão racional em um horizonte marcado pela exiguidade de recursos ante os infundáveis anseios das pessoas. A função a ser desempenhada pela Economia, nesse diapasão, seria perscrutar a conduta humana em sua interferência no sentido de buscar da maneira mais racional possível a consecução em sua maior amplitude daquilo que lhe anima, a saber, de seu interesse próprio.

A metodologia hermenêutica analítica, ou método juseconômico, fornecida pela Ciência Econômica ao Direito seria a explicitação clara dos pressupostos sobre os quais o raciocínio é desenvolvido. Simplificações são feitas, presunções são realizadas, hipóteses são levantadas, todavia todas são, não raro, explicitadas ou de fácil identificação. A incorporação desse hábito de transparência tornaria várias discussões mais proveitosas no Direito, sem olvidar-se da necessidade da compatibilização da racionalidade à humanização no processo de formação e aplicação da norma jurídica, ressaíndo daí a síntese das doutrinas de Posner e Dworkin.

Finalizando os conceitos operacionais, tem-se a eficiência econômica que, a despeito das plurais acepções experimentadas (eficiência produtiva e eficiência alocativa), nesta investigação utilizar-se-á o critério de eficiência de Kaldor-Hicks (alocativa), que influenciou a noção de “maximização da riqueza”, de Posner, que se encontra forjado no ideário de compensação potencial: um estado de coisas ou social tal é eficiente em relação a outro estado, caso após o câmbio de um estado a outro aquele(s) indivíduo(s) que experimentou(aram) uma melhora em detrimento de outro(s), que se viu(ram) em um estado de prejuízo, compense(m) a estes.

O fato de o pesquisador haver escolhido este paradigma não significa dizer que esteja acima da crítica, tanto que Amartya Sen, na

obra *Sobre Ética e Economia*, opõe-se, não apenas em relação a esta acepção, mas a todas as outras que serão explicitadas, em razão da potencial indiferença da distribuição do bem-estar social, pois que levaria em consideração apenas a globalidade do bem-estar, o que pode conduzir a uma “concentração do bem-estar”. Em que pesem as críticas do pensador indiano, o pesquisador fará as ponderações oportunas no momento apropriado.

Entretanto, pensa-se que essa crítica de Amartya Sen pode ser solvida com proficiência caso se insiram no processo de tomada de decisão jurídico-econômica outros elementos, a exemplo das externalidades, pois dessa forma a compensação deixa de ser puramente potencial para ser efetiva.

O elemento inquietante, que moveu o pesquisador a desenvolver o trabalho, foi a possibilidade de fornecer releitura da *Civil Law* Brasileira sob o viés econômico – não necessariamente pecuniário –, à luz do cotejo doutrinário entre Richard Posner, expoente da teoria *LaE*, e Ronald Dworkin, opositor de referida teoria, e cujas críticas servirão para fornecer perspectiva distinta acerca do fenômeno jurídico. Isto pelo fato de o ferramental fornecido pela Ciência Econômica ao Direito a este auxilia quando da tomada de decisões eficientes – eficientes na perspectiva do conceito operacional supramencionado –, pois toda vez que houver a possibilidade de decisão entre duas ou mais opções, a metodologia econômica possibilitará ao jurista a alternativa que gere o maior proveito com o menor desperdício ou prejuízo possível. Este o móbil da realização desta investigação, com base na temática proposta.

Como objetivo geral, a dissertação se presta a verificar os motivos ensejadores da divergência doutrinária entre os pensadores centrais da investigação, acima mencionados, quanto ao movimento AED, e como estas perspectivas, de soslaio havidas por excludentes, podem convergir em síntese hermenêutica a informar a *Civil Law* Brasileira.

Especificamente, objetiva-se inicialmente explicar o tema proposto, a saber, em que consiste o movimento AED, assim como a teoria posneriana da *LaE*, desdobramento do movimento em questão, a partir dos diferentes enfoques experimentados pela AED ao longo de quase seis décadas – 1960 à segunda década do Século XXI –, e pela *LaE* com ênfase nos câmbios paradigmáticos desta desde a década de 1970, época do protagonismo da eficiência a informar o Direito, passando pelo início dos anos 1990, quando da adoção de um pragmatismo com matizes de eficientismo, até o consequencialismo dos

presentes dias (final da segunda década do Século XXI), contextualizando e fornecendo visão holística ao leitor para que se compreenda todo o porvir.

Em seguida, discutir-se-á o problema da investigação, isto é, as razões da divergência doutrinária entre Posner e Dworkin, extraindo as principais críticas deste àquele, com a conseguinte contra-argumentação, bem como outras posturas de resistência a Posner, na mesma linha dworkiniana, sempre com a devida réplica. Para esse desiderato, considerou-se em que consiste a teoria moral dworkiniana, com o propósito de compreender o(s) motivos da dicotomia.

No terceiro Capítulo, propor-se-á à verificação da incidência da hipótese inicial do trabalho, ou seja, a extração de constante hermenêutica dessas doutrinas centrais antagonicas para a *Civil Law* Brasileira, a partir dos posicionamentos econômico-jurídicos do transcurso doutrinário de Posner, sujeitos ao crivo crítico de Dworkin, quando então a *LaE* evolui, mormente, no Brasil, a partir dos anos 1990, como método hermenêutico para a criação e aplicação de normas, tornando o Direito consequencialista, e menos suscetível de voluntarismos políticos e jurídicos, pela adoção de critério técnico, a saber a eficiência, muito embora esta despida do caráter de protagonismo inicial, pela conversão posneriana ao pragmatismo, quando fica evidenciado que estas, ao contrário do que possa parecer, não são excludentes, mas, ao revés, exigem-se dinamicamente, condicionando-se de maneira recíproca, pois a metodologia econômica a informar o Direito necessita da moral oriunda da postura dworkiniana, e esta, por sua vez, necessita dos paradigmas objetivos daquela, idôneos a reduzir ativismos e construções políticas do Direito.

Para tanto, metodologicamente utilizar-se-á como método de abordagem utilizado será o dedutivo, partindo-se do conceito de eficiência, dentro da perspectiva de Kaldor-Hicks, que foi assimilada na noção de maximização da riqueza, de Richard Posner, relativizado pelos câmbios paradigmáticos experimentados pela teoria posneriana, para posterior estudo da utilização do instrumental teórico fornecido pelo movimento *Law and Economics* no Direito brasileiro, visando verificar se a metodologia econômica possibilita o conhecimento do fenômeno jurídico em sua amplitude maior, aperfeiçoando as normas jurídicas, desde seu nascedouro, passando por sua aplicação, chegando até suas potenciais consequências. Dessa forma, inicialmente tem-se a análise de teoria com o propósito de fundamentar situações casuísticas.

O método de procedimento será o dialético, pois se analisa, na maior amplitude possível, determinada realidade – o fenômeno jurídico – sob o viés da metodologia econômica, em especial da Teoria Microeconômica, a partir da confrontação de teses e antíteses rumo à síntese, vez que a tônica da investigação será o cotejo entre as doutrinas de Richard Posner e Ronald Dworkin sobre a *Law and Economics*, e as potenciais consequências desta dicotomia ideológica no Direito Brasileiro. A técnica de pesquisa, a seu turno, será a bibliográfica, por meio da análise de documentação indireta ou secundária, vale dizer, material que já foi analisado por outros pesquisadores, o que vem bem ao encontro do método de abordagem utilizado.

O trabalho em questão encontra-se estruturado como um todo que se quer fazer harmônico, com a interdependência das distintas partes que o compõem, baseado na coerência entre elas. Dito isto, é prudente explicitar que a presente dissertação divide-se em três Capítulos que, pela ordem, são: “A Análise Econômica do Direito: Razão do Estudo, Escolas e Pensamento Posneriano”, seguido por “A dicotomia teórica verificada entre Richard Posner e Ronald Dworkin a partir do cotejo doutrinário quanto ao movimento Análise Econômica do Direito”. O Capítulo terceiro é intitulado “A indeclinável exigência recíproca entre Direito e Economia”. O último elemento textual é a conclusão.

Esmiuçando o desenvolvimento, tem-se o primeiro Capítulo, que trata de contextualizar o leitor na temática abordada, explicando as diversas acepções que o Movimento da Análise Econômica do Direito experimentou ao longo do transcurso histórico – do final dos anos de 1950 até a segunda metade da segunda década do Século XXI, assim como a teoria da *Law and Economics*, esta da lavra de Richard Posner, também variando da década de 1970 à de 1990.

A análise científica do Direito, pelo instrumental teórico-empírico da Economia, inicia-se nos Estados Unidos da América – EUA –, notadamente com o artigo pioneiro de Ronald Coase, em 1960, intitulado “O Problema do Custo Social”, publicado na Revista “The Journal of Law and Economics”, da Universidade de Chicago, rompendo com a forma através da qual interagem Direito e Economia (de nítido cunho intervencionista do Estado), ao corrigir as falhas de mercado através do mecanismo de barganha, atuando o Estado apenas quando esta fosse impossível ou extremamente onerosa.

Todavia adverte-se que, a despeito de seus variados significados, extrai-se uma constante, a saber, o fato de ser a Análise Econômica do Direito o movimento parte do conhecimento científico que dota a

Ciência Jurídica, através da Ciência Econômica, dos mais variados instrumentos teóricos e empiricamente aferíveis, com o propósito de fomentar o alargamento de sua compreensão e envergadura, além de contribuir com o aprimoramento das normas jurídicas, desde sua feitura até a aplicação, focando na análise de suas possíveis consequências. Fornece, pois, ao Direito, teoria sobre o comportamento humano, como fruto da introdução da metodologia da Ciência Econômica no Direito, especificamente da Microeconomia, ajudando na compreensão dos fenômenos sociais e iluminando seus aplicadores no processo de tomada racional da decisão jurídica. Estas a AED e a *LaE*, com seus propósitos e contribuições.

Ainda o primeiro Capítulo trata da doutrina posneriana, desde a década de 1970, quando o critério da eficiência, na esteira da maximização da riqueza, julgava-se idôneo a fornecer o fundamento ético do Direito, até os anos 1990, época da adoção, por Posner, de postura pragmática, muito por conta das críticas de Dworkin, que culminaram na “perda de prestígio” de uma eficiência até então com pretensões totalizantes.

O Capítulo segundo possui por propósito discutir a o problema da investigação, qual seja, a possibilidade da influência da Economia no Direito, à luz dos motivos da divergência doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin a respeito do movimento AED, culminando com a síntese de uma hermenêutica apta a informar a *Civil Law* Brasileira.

Da divergência ideológica entre esses dois pensadores, que são centrais na investigação, emergem reflexos bastante sólidos no Direito, notadamente no brasileiro, alvo principal do trabalho, a despeito da AED haver sido engendrada e desenvolvida em sistema jurídico de tradição consuetudinária (ou *Common Law*), nos EUA.

Os reflexos do instrumental econômico na Ciência Jurídica se manifestam mais nitidamente pelo fato de conferir a esta relativa previsibilidade comportamental, que inexistente no Direito isoladamente. Como corolário lógico, as decisões judiciais tendem a se revestir de padronização, reduzindo potenciais arbitrariedades. Referida redução é possibilitada a partir do instante em que se substitui o voluntarismo, de cunho subjetivista, por critério técnico, a saber, a eficiência, de jaez objetivista, tornando o Direito consequencialista, sem que isso signifique a eficiência como único critério a ser utilizado.

Importante ressaltar a existência de perspectivas de eficiência distintas, a saber, a produtiva (quando a maximização das

potencialidades dos recursos não se pode dar sem prejuízo de parcela do social), e a alocativa (ou critério de Kaldor-Hicks), sendo a possibilidade de se lograr as repercussões positivas em maior amplitude possível, com o mínimo consequências negativas, compensando não apenas potencialmente o nicho social lesado, mas de maneira efetiva, quando da inclusão das externalidades. Esta a perspectiva adotada pela *LaE*, e que também norteará o pesquisador na investigação científica, todavia mitigada pelo PEES que, com sua proposta inclusora, faz com que a compensação, até então meramente potencial, torne-se efetiva, notadamente, reitere-se pela inclusão das externalidades nos processos decisores.

De fato, a doutrina de Posner serve de supedâneo para respostas a indagações a serem solvidas pelos juseconomistas, a saber: a) quais as consequências oriundas de determinada norma jurídica? e; b) qual norma jurídica deveria ser a adotada? Referidas perguntas dizem respeito, respectivamente, à AED positiva (o “ser”) e à AED normativa (“dever ser”). A primeira diz respeito ao mundo dos fatos, ao que efetivamente ocorre, sujeito a ser investigado e verificado cientificamente, ao passo que a segunda insere-se no mundo dos valores, impossível de comprovar-se cientificamente.

Ronald Dworkin, a seu turno, analisa e rechaça a cognominada teoria da “Análise Econômica do Direito”, estribando-se na obra homônima de Richard Posner. Dworkin entende ser a natureza da teoria normativa e descritiva, sendo aquela o seu objeto da análise. Baseados nessa teoria, os magistrados julgariam os casos que se apresentassem, com o fito de fomentar a riqueza social.

Esse fomento da riqueza social, para Dworkin, atrela-se à disponibilidade e possibilidade de pagamento por um bem de um valor módico, em regra muito menor que aquele que o indivíduo se dispunha a pagar, emergindo a riqueza social como a soma das valorizações individuais.

Na obra “Uma Questão de Princípio”, Dworkin critica veementemente as noções das teorias oriundas dos partidários da Análise Econômica do Direito e, segundo o mesmo, cometem erro crasso ao se apropriarem indevidamente dos vocábulos eficiente e econômico, naturais e exclusivos da Economia, na busca pela diferenciação entre a eficiência, de Vilfredo Pareto, que desenvolveu o conceito econômico clássico de eficiência (“ótimo de Pareto” e “superioridade de Pareto”), a serem analisadas oportunamente.

Dworkin entende as disposições declaratórias (direitos estabelecidos) não decorrem da economia, vez que se pressupõe outorga inicial de tais direitos. Neste fato se radica a demasiada limitação da economia liberal, que se lança sobre a Análise Econômica do Direito, rechaçando a doutrina desenvolvida por Richard Posner justificadora do caráter valorativo instrumental da maximização da riqueza.

Esses os elementos caracterizadores da “Análise Econômica do Direito”, bem como os motivos propiciadores da divergência doutrinária entre os dois pensadores centrais da investigação, a saber, Richard Posner e Ronald Dworkin.

O terceiro – e último – Capítulo da investigação presta-se a verificar a síntese (como o produto da tese e da antítese expostas nos Capítulos anteriores) do trabalho, ou seja, a extração de constante hermenêutica dessas doutrinas centrais antagônicas, quando fica evidenciado que estas, ao contrário do que possa parecer, não são excludentes, mas, ao revés, exigem-se dinamicamente, condicionando-se de maneira recíproca, pois a metodologia econômica a informar o Direito necessita da moral oriunda da postura dworkiniana, e esta, por sua vez, necessita dos paradigmas objetivos daquela, idôneos a reduzir ativismos e construções políticas do Direito.

Dessa forma efetiva-se, por mais improvável que pareça aos opositores do movimento econômico, a justiça, ao aliar racionalidade e humanização. As críticas ao critério de Kaldor-Hicks (eficiência alocativa) restam bastante reduzidas quando da inclusão das externalidades nos processos de tomada de decisão, deixando a compensação de ser somente “potencial” e, logo, não desprezando que do bem-estar geral considerado isoladamente podem decorrer grandes injustiças.

Faz-se menção a essa crítica em especial porque crê-se ser uma das mais incisivas, e acredita-se haver sido solvida, por meio da referida inclusão das externalidades, a despeito da impossibilidade da inserção de todas estas no “cálculo” econométrico, o que não invalida o argumento, vez que ao menos as potenciais injustiças oriundas do discurso econômico restam minguadas. Assim, por mais que não se consiga “exterminar” possíveis iniquidades – aliás, qual teoria consegue? –, ou seja, por mais que não seja perfeita, mas tenta acercar-se da perfeição. Traz-se inclusive a resposta à razão pela qual se pode fundamentar o Direito pela *LaE*, assim como a autorização legal para sua utilização na *Civil Law* Brasileira. Este o trabalho que os que dignificarem o autor com a sua atenção, estão no limiar de ler.



## 1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: RAZÃO DO ESTUDO, ESCOLAS E PENSAMENTO POSNERIANO

Entende-se que a razão de ser deste trabalho se manifesta especialmente pelo fato de possibilitar a releitura, o “pensar” o Direito sob a perspectiva da Ciência Econômica, à luz do cotejo doutrinário entre Richard Posner, idealizador da Teoria da *LaE*, desdobramento do Movimento AED, e Ronald Dworkin, opositor de referida Teoria e Movimento, e cujas críticas servirão para fornecer perspectiva distinta acerca do fenômeno jurídico.

Dessa dicotomia vislumbra-se a possibilidade de síntese hermenêutica para a *Civil Law* Brasileira, a partir dos posicionamentos econômico-jurídicos do transcurso doutrinário de Posner, sujeitos ao crivo crítico de Dworkin, quando então a *LaE* evolui, mormente, no Brasil, a partir dos anos 1990, como método hermenêutico para a criação e aplicação de normas, tornando o Direito consequencialista, e menos suscetível de voluntarismos políticos e jurídicos, pela adoção de critério técnico, a saber a eficiência, muito embora esta despida do caráter de protagonismo inicial, pela conversão posneriana ao pragmatismo.

O caráter consequencialista do Direito dota-o, por óbvio, de mínima previsibilidade, essencial ao social, por ser idônea a garantir tanto a isonomia quanto a segurança jurídica e, portanto, a efetivação do Estado Democrático de Direito, em última análise. Ressalte-se que por mais que estes autores não objetivassem a análise do Direito Brasileiro, a dicotomia entre ambos projetou sólidos reflexos neste.

A pesquisa tomará por fundamento a doutrina do Movimento Análise Econômica do Direito (AED), em suas diversas acepções, e seu desdobramento com Richard Posner, ao idealizar a Teoria da *Law and Economics (LaE)*<sup>1</sup>, cotejando-os com a doutrina afeta<sup>2</sup> ao tema, da lavra

---

<sup>1</sup> POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1973.

\_\_\_\_\_. **El Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

de Ronald Dworkin, opositor de referidos Movimento e Teoria. Da divergência ideológica entre esses dois pensadores emergem reflexos bastante sólidos no Direito, ainda que de tradição romano-germânica ou codificado, a despeito da Análise Econômica do Direito haver sido engendrada e desenvolvida em sistema jurídico de tradição consuetudinária (ou *Common Law*), nos EUA.

Antes, porém, de ingressar-se nas doutrinas de Richard Posner e Ronald Dworkin propriamente ditas, faz-se forçosa uma noção, à guisa de contextualização, sobre o movimento AED<sup>3</sup>, assim como da teoria da

\_\_\_\_\_. “Tribute to Ronald Dworkin”, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9 (2007)b.

\_\_\_\_\_. The Law and Economics Movement. **American Economic Review**, Chicago, v. 6, n. 3, p. 1-13, may 1987.

\_\_\_\_\_. Wealth Maximization Revisited, 2 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 85 (1985-1987).

\_\_\_\_\_. The Ethical and Political Basis of the Efficiency. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 590-526, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. Some Uses and Abuses of Economic in Law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 46, n. 2, p. 221-249, may 1979.

\_\_\_\_\_. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 8, n. 1, p. 103-127, jan. 1977.

\_\_\_\_\_. The Ethical and Political Basis of the Efficiency. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 590-526, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. Some Uses and Abuses of Economic in Law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 46, n. 2, p. 221-249, may 1979.

\_\_\_\_\_. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 8, n. 1, p. 103-127, jan. 1977.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, p. 191-226, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>3</sup> Desde já é prudente estabelecer a diferenciação existente entre o movimento da Análise Econômica do Direito – AED –, de ordem geral, e a teoria da “Law and Economics” – *LaE*, esta própria da doutrina posneriana. O movimento AED constitui-se na utilização de instrumentos prático-teóricos fornecidos pela teoria Microeconômica objetivando a compreensão e o alcance do Direito em sua amplitude maior, aprimorando o processo de feitura, o desenvolvimento, a interpretação e a apreciação das normas jurídicas, atribuindo ênfase à análise de suas potenciais consequências. A teoria da *LaE*, a seu turno, desenvolvida por

*LaE*, esta da lavra de Posner. Observe-se que os sentidos atribuídos a ambas (AED e *LaE*) cambiaram conforme as condicionantes espaço e tempo.

Todavia, a despeito das diferentes acepções experimentadas, mantém-se uma constante: a de ser a AED a parte do conhecimento científico que objetiva dispensar os mais diversos instrumentos teóricos, bem como os verificáveis empiricamente da Ciência Econômica e afins à Ciência Jurídica, com o propósito de fomentar o alargamento de sua compreensão e envergadura, além de contribuir com o aprimoramento das normas jurídicas, desde sua feitura até a aplicação, focando na análise de suas possíveis consequências.

Fornece, pois, ao Direito, uma teoria sobre o comportamento humano. Tudo isso fruto da introdução da metodologia da Ciência Econômica no Direito, em especial da Teoria Microeconômica, ajudando na compreensão dos fenômenos sociais e iluminando seus aplicadores no processo de tomada racional da decisão jurídica.

Os reflexos do instrumental econômico na Ciência Jurídica se manifestam mais nitidamente pelo fato de conferir a esta relativa previsibilidade comportamental, que inexistente no Direito isoladamente. Como corolário lógico, tanto as decisões judiciais tendem a se revestir de padronização, reduzindo potenciais arbitrariedades, quanto ressaí o auxílio na escolha da alternativa mais proveitosa dentre as diversas possíveis, tomando por base a noção de eficiência<sup>4</sup> – pelo menos de início, já que com o câmbio experimentado tanto pela AED quanto pela *LaE*, referido critério foi relegado à secundariedade pela adoção do pragmatismo – , concebida sob o manto da maximização da riqueza, influenciada pelo critério de Kaldor-Hicks<sup>5</sup>. Este será o critério de eficiência<sup>6</sup> que norteará o pesquisador na investigação científica.

---

Posner, é desdobramento da AED, com foco na análise de casos controversos por magistrados do *Common Law* norte-americano, inicialmente (década de 1970) estribados no ideal de maximização da riqueza ou eficiência, e posteriormente calcados no pragmatismo, atenuando o caráter da eficiência como idôneo a conferir o fundamento ético ao Direito, primando pela razoabilidade no processo de tomada de decisões.

<sup>4</sup> POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2013, p. 37.

<sup>5</sup> COLEMAN, Jules L. Efficiency, Utility and Wealth Maximization. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 508-544, mar. 1980.

<sup>6</sup> Ademais, é prudente que se distingam desde já as noções de eficiência e eficácia, ainda que em sentido *lato*. Consiste aquela na forma como se executa dada atividade: diz respeito, pois, não ao fim, mas ao meio empregado. A

O ponto central desta investigação, vale dizer, a Análise Econômica do Direito, e seus potenciais reflexos no campo da concretização dos ditames normativos, balizados pela natural escassez de recursos – não apenas pecuniários –, da qual emerge a “reserva do possível”<sup>7</sup>, será desenvolvido à luz das doutrinas de Ronald Dworkin e Richard Posner, observando-se os distanciamentos ideológicos de ambos.

Quando se fala que os recursos são naturalmente escassos, surge a necessidade de justificar adequadamente a assertiva. Isso pelo fato de existir – também naturalmente – na doutrina posicionamentos que destoam de tal postura. Essa a lição de Polanyi, ao se insurgir contra o ideal de racionalidade estribado na eficiência ante a escassez de recursos proposto pela Economia, alegando que se toma a parte pelo todo (sinédoque), vez que a Economia comportaria duas perspectivas: uma formal e a outra, material; somente aquela acepção traz a escassez como fundamento, ligada ao mercado, ao passo a material diz respeito à necessidade humana inexorável de substrato físico no qual possa viver e desenvolver-se, ou seja, a economia humana em sentido lato. Referida identificação de acepções, que haveria feito “sumir” o sentido material – que teria sido “deglutido” pelo formal – foi cognominada “falácia economicista”<sup>8</sup>.

Depreende-se então, que a perspectiva polanyiana sugere haver sobra de egoísmo (desigualdade na distribuição de recursos), ao invés de escassez de recursos. Merece considerações. É inegável que não raro os recursos são mal distribuídos, gerando concentração de parcela significativa destes em poder de número diminuto de pessoas, em nítida postura egoística. No entretanto, o egoísmo “apenas” agrava a situação da distribuição dos recursos, não significando em absoluto que se os mesmos fossem equanimemente repartidos haveria ilimitação, muito

---

eficácia, a seu turno, consequência decorrente de atividade que constitui seu antecedente imediato, guardando, pois, caráter de fim, e não meio propriamente dito. Assim, afigura-se perfeitamente possível decisão que, a despeito de ser eficaz, é ineficiente; a recíproca também é verdadeira. Assevere-se ainda que a eficiência inadmitte gradações – ou é eficiente ou não é –, diferentemente da eficácia, razão pela qual ressei equivocado em falar “mais eficiente” ou “menos eficiente”, ao passo que é correto falar “mais eficaz” ou “menos eficaz”.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13.

<sup>8</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 63.

embora se reconheça que o atingimento do bem-estar social efetivamente ressairia mais próximo.

Ademais, os sentidos formal e material esboçados por Polanyi, a despeito de tratarem de realidades distintas, assentam-se sob a mesma essência: a limitação, seja dos recursos mercadológicos, seja do meio físico idôneo a possibilitar aos indivíduos o pleno desenvolvimento de suas potencialidades (que também não deixam de ser recursos), sem que isso importe em redução da economia *lato sensu* do homem à visão de mercado.

Assim, é forçoso que o pesquisador se incline a discordar da visão polanyiana, em razão de ser a *LaE* a teoria que propugna a utilização racional dos recursos finitos ao proporcionar às classes marginalizadas o uso da racionalidade lógico-formal tendente ao atingimento do equilíbrio econômico e, conseqüentemente, da justiça, compatibilizando racionalização com humanização.

Ademais, nada garante que por mais que houvesse a distribuição em nível mais equitativo possível dos recursos disponíveis – portanto, sem a presença de egoísmo – as necessidades humanas restariam satisfeitas, em especial as da perspectiva material da Economia, pois é plenamente factível que o meio físico necessário para que o homem desenvolva-se em sua maior amplitude seja limitado: pode, por exemplo, faltar espaço físico para todos. Não seria isso escassez de recursos, ainda que despido de aspectos pecuniários mais diretos?

Dito isso, analisa-se a doutrina de Richard Posner tanto no que diz respeito à AED quanto, por óbvio, à *LaE*, ao conceber a necessidade da interação entre Direito e Economia, fixando marco temporal dessa exigência recíproca<sup>9</sup>, não restringindo a AED a aspectos mercadológicos ou pecuniários, consoante adverte Roemer. De fato, a doutrina de Posner serve de supedâneo para respostas a indagações a serem solvidas pelos juseconomistas, a saber: a) quais as conseqüências oriundas de determinada norma jurídica? e; b) qual norma jurídica deveria ser adotada? Referidas perguntas dizem respeito, respectivamente, à AED positiva (o “ser”) e à AED normativa (“dever ser”). A primeira diz respeito ao mundo dos fatos, ao que efetivamente ocorre, sujeito a ser investigado e verificado cientificamente, ao passo que a segunda insere-se no mundo dos valores, impossível de comprovar-se cientificamente. Nesse sentido: *A distinção entre análise econômica positiva e normativa*

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 6.

*do Direito, entre explicar o mundo tal qual é e tratar de mudá-lo para fazê-lo melhor, é básica para a compreensão do movimento da Análise Econômica do Direito*<sup>10</sup>. (Tradução livre. Original em espanhol.)

Esse também o entendimento de Ivo Gico Jr., que traz:

Nesse sentido, quando um praticante da AED está utilizando seu instrumento para realizar uma análise positiva (*e.g.*, um exercício de prognose, uma aferição de eficiência, dizemos que ele está praticando Ciência Econômica aplicada ao Direito. Aqui, o juseconomista *qua* juseconomista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando-se técnicas hermenêuticas) e investigar as prováveis consequências de cada uma (aplicando-se a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício. [...] Já quando o praticante da AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (*e.g.*, afirmar que uma política pública *X* deve ser adotada em detrimento de política *Y*, ou que um caso *A* deve ser resolvido de forma *W*), ele está apto a fazê-lo enquanto juseconomista *se, e somente se*, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (*e.g.*, por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei)<sup>11</sup>.

Para aclarar, será positiva a análise quando o magistrado perquire se “*X*” furtou algo de “*Y*”. Por sua vez, quando do processo de feitura da lei, o legislador indaga se em tais circunstâncias a conduta de “*X*” é penalmente reprovável e, portanto, sujeita à reprimenda jurídica, diz-se que realiza análise normativa, por mais que os fatos sejam determinantes para a tomada de decisão.

Vislumbra-se, aqui, a importância de cunho metodológico, notadamente hermenêutico, legado pela Economia ao Direito, não

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>11</sup> GICO Jr., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014, p. 17.

apenas em seus ramos mais nítidos, de inegável apelo financeiro, como o tributário e a parte de responsabilização civil, pois que o método econômico aplica-se a qualquer ramo jurídico, auxiliando na escolha da alternativa eficiente. O método econômico, pois, não se cinge a aspectos patrimoniais: estará presente onde quer que haja possibilidade de decisão, seja no momento de feitura da lei (ou outra política pública) ou de aplicação desta, consoante as balizas da Ciência Econômica moderna.

### 1.1 DAS DIFERENTES ACEPÇÕES EXPERIMENTADAS PELO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, DO INÍCIO DOS ANOS DE 1960, ATÉ MEADOS DA SEGUNDA DÉCADA DO SÉCULO XXI, E DA TEORIA DA “LAW AND ECONOMICS”, DESDE OS ANOS DE 1970 ATÉ A DÉCADA DE 1990

A análise científica do Direito, pelo instrumental teórico-empírico da Teoria Microeconômica, inicia-se nos EUA, notadamente com o artigo pioneiro de Ronald Coase, em 1960, intitulado “The Problem of Social Cost<sup>12</sup>”, publicado na Revista “Journal of Law and Economics”, da Universidade de Chicago, rompendo com a forma através da qual interagem Direito e Economia (de nítido cunho intervencionista do Estado), ao corrigir as falhas de mercado através do mecanismo de barganha, atuando o Estado apenas quando esta fosse impossível ou extremamente onerosa.

Fixando historicidade razoavelmente rígida, sem que isso implique em continuidade, dada a baixíssima probabilidade de um desenvolvimento linear da História, Mackaay e Rousseau observam quatro fases no desenvolvimento da AED nos EUA, que seguem:

[...] lançamento (1957-1972), aceitação do paradigma (1972-1980), debate sobre os fundamentos (1980-1982) e o movimento ampliado (a partir de 1982). A partir de 1975, o movimento aparece fora dos Estados Unidos da América. A recepção teve reações favoráveis e desfavoráveis, o que merece ser apontado na medida em que incidem sobre a propagação de ideais no mundo jurídico<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

<sup>13</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Jurídico Atlas, 2015, p. 9.

A primeira fase, ou o lançamento entre os economistas norte-americanos (1957-1972), caracteriza-se como tentativa dos economistas de aplicarem métodos econômicos a outras ciências, em especial à Ciência Jurídica, percebendo o caráter uno e múltiplo da ciência: o conhecimento científico possui por apanágio a multiplicidade dada a autonomia existente nos mais variados ramos do saber; já o caráter da unidade se verifica quando se concebe a necessária interação entre todas as ciências, pois por mais díspares que possam parecer, inevitavelmente acabam por guardarem pontos de contato com as outras.

Em um segundo momento, vem a aceitação, pelo Direito, do novel paradigma (1972-1980), quando se busca disseminar as balizas da Microeconomia aos profissionais da Ciência Jurídica, e inculir-lhes a ideia que a Ciência Econômica serve de centro e base para o desenvolvimento de uma teoria jurídica que possibilitaria a melhor compreensão e alcance do Direito. Essa difusão de ideias fez com que as publicações sobre a AED se multiplicassem, e os cursos de Direito se atualizassem e assimilassem o instrumental relativamente simples e bastante eficiente proposto. Todavia, o ápice desse momento ocorre com a publicação, por Richard Posner, de sua obra “*Economic Analysis of Law*”<sup>14</sup>, em 1973. Nesse interregno, por volta de 1975, o movimento transcende a fronteira dos EUA, chegando ao Canadá, Austrália, Suécia, Inglaterra e Alemanha, e logo em seguida reverberando de maneira global.

Posteriormente, como corolário lógico, surgiram os debates sobre os fundamentos da AED (1980-1982), nos quais esta nova realidade passa a enfrentar críticas mais incisivas, oriundas, notadamente, de juristas mais conservadores, a respeito da efetividade da teoria, a partir da atribuição de direitos ou não. Segundo Mackaay e Rousseau:

O movimento de Análise Econômica do Direito enfrenta o saber tradicional do jurista norte-americano. A reação se dá, no início dos anos 1980, sob a forma de colóquios para determinar, de maneira crítica, qual é, efetivamente, a contribuição da análise econômica para o Direito. A pergunta fundamental é se, da perspectiva do conhecimento, ela constitui, como seus defensores apregoam, efetiva teoria do Direito. O debate é intenso. Posner se volta para a Análise Econômica do Direito. Enfrenta todos os adversários das mais

---

<sup>14</sup> POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1973.

diversas correntes; filósofos, jusnaturalistas, liberais, economistas da escola austríaca, economistas de perfil neoclássico que entendem que o modelo posneriano é simplista. Central, no debate, é saber se a atribuição de direitos pode ser deduzida de considerações de eficácia ou se é necessário, para precisar a noção de eficácia, fixar previamente, ao menos, certos direitos fundamentais?<sup>15</sup>

O movimento que se observa em meados da segunda década do Século XXI, decorre, pois, de duas linhas de pensamento que remontam aos anos de 1960. Uma, que utiliza instrumental alijado da tradição econômica, ou seja, usa relações de não mercado, família, política, dentre outros. Essa linha de pensamento foi denominada por Boulding de “imperialismo econômico”<sup>16</sup>, termo que assumiu conotação pejorativa, dado que em certas situações parece tentar submeter a integralidade das ciências humanas à Economia. Uma outra linha de pensamento é o realismo jurídico, no qual, consoante Gilmore, *a Ciência Econômica e a Sociologia eram não apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do Direito*<sup>17</sup> (Tradução livre. Original em inglês.).

Ressalte-se que a segunda postura intenta demonstrar que o Direito é indeterminado, não se limitando a oferecer única resposta como sendo a correta. Ademais, desmitifica a decisão jurídica, não devendo ser essa concebida como algo “dado”, sendo lícita a liberdade interpretativa. Todavia, referida liberdade interpretativa se dá com prejuízo de limites e vínculos, com a conseqüente potencialização de decisões arbitrárias, oriundas das inclinações pessoais dos magistrados. A tentativa de Posner foi justamente a este tipo de postura se insurgir; prega-se a interação do Direito com as demais ciências, para que o fenômeno jurídico seja compreendido e desenvolvido em sua plenitude.

Em 1982, surge o cognominado “movimento ampliado”, decorrente dos debates anteriores, fazendo emergirem diferentes perspectivas sobre a AED, ou “escolas”, que em realidade foram linhas de pensamento sobre o assunto defendendo ideologia político-jurídica que orientou a cada uma.

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 12.

<sup>16</sup> BOULDING, Kenneth E. **The Economy of Love and Fear**. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1973.

<sup>17</sup> GILMORE, Grant. **The Ages of American Law. The Ages of American Law**. New Haven: Yale University Press, 1977, p. 87.

Consoante Mackaay e Rousseau:

Havia a corrente principal, ou Escola de Chicago, os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, assim como a Escola ligada às normas sociais (associada especialmente a Ellickson e Eric Posner), as filiadas à *Behavioral Law and Economics* (Direito e Economia comportamental). A pluralidade de Escolas (ou linhas de pensamento) deveria ter levado à fragmentação e, ao final, ao desaparecimento do movimento<sup>18</sup>.

Todavia, apesar da capilarização de ideias sobre o movimento, não apenas in correu seu fim, como houve maior difusão da AED proposta pela Escola Tradicional, da Universidade de Chicago – que possuía como expoentes as figuras de Ronald Coase e Aaron Director. Não é lícito, entretanto, afirmar que houve necessariamente convergência entre outras Escolas que desta divergiam, como, v.g. a Escola Austríaca, mas sim relação de complementaridade, fortalecendo a AED, ao corrigir falhas a esta imputadas.

### 1.1.1 Da acepção ou Escola Tradicional e o pensamento posneriano

Na acepção original ou tradicional, a AED foi concebida como a utilização do instrumental teórico da Ciência Econômica para a análise do nascedouro, estruturação e efeitos das normas e instituições jurídicas. Richard Posner, ícone de referida Escola, entende da seguinte forma:

O conjunto de estudos econômicos que se fincam em um conhecimento detalhado de alguma área do Direito; seja o estudo feito por um advogado, por um economista, alguém que tenha ambos os títulos, ou uma equipe formada por um advogado e um economista; isso tem pouca importância<sup>19</sup> (Tradução livre. Original em inglês.).

Dentro dessa perspectiva, pode-se dividir o movimento em “Velha AED” (ou “Old LaE”) e “Nova AED” (ou “New LaE”). A primeira alude à doutrina de Adam Smith sobre os reflexos econômicos das leis referentes às práticas mercantis, vale dizer, a análise econômica das normas regulatórias de mercados explícitos. Já, a segunda, principia

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 13.

<sup>19</sup> POSNER, Richard A. The Law and Economics Movement. **American Economic Review**, Chicago, v. 6, n. 3, p. 1-13, may 1987, p. 4.

com Jeremy Bentham, sendo a análise econômica das normas jurídicas que regulariam as atividades de não mercado, a exemplo da responsabilidade civil, instituições como o casamento e, notadamente, os crimes, nos quais Bentham centra sua doutrina, ao asseverar que os indivíduos atuariam como maximizadores racionais de seus próprios proveitos, nos mais diversos âmbitos da vida, não se limitando, o método econômico, apenas, aos mercados explícitos da Economia, ou seja, quando houvesse o apelo pecuniário diretamente, chegando mesmo a afirmar que *A natureza tem colocado a humanidade sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer [...] Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos e em tudo o que pensamos*<sup>20</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Quanto à referida bipartição, é salutar a lição de Charles K. Rowley:

A velha Análise Econômica do Direito, com origens quase tão antigas como a própria Economia, ficou confinada ao objeto de estudo jurídico que inexoravelmente afetou o funcionamento da Economia e os mercados. Abrangeu áreas tais como as leis antimonopólicas, a regulação, o trabalho e a tributação. O objeto da nova Análise Econômica do Direito, ao revés, é o sistema jurídico global e as doutrinas e procedimentos das normas civis, penais e públicas<sup>21</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

A doutrina de Jeremy Bentham, fortemente marcada pela forma de análise econômica centrada em sua “teoria do castigo” e proposta ampliadora, não se disseminou como desejado, restringindo seu âmbito de popularidade quase exclusivamente aos advogados criminalistas, até seu reavivamento com Gary Becker, em 1968, praticamente um século e meio após a morte de Bentham, com a tônica do alcance do modelo econômico ao comportamento humano. Nesse aspecto é a lição de Richard Posner:

O problema da influência de Bentham sobre a teoria econômica do Direito é particularmente difícil, ainda que só diga respeito a uma minúscula porção da vasta influência desse autor

---

<sup>20</sup> BENTHAM, Jeremy. **A Fragment of Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Cambridge: Ross Harrison, 1988.

<sup>21</sup> ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. Boston: Mercurio, 1989, p. 125.

sobre o pensamento e a prática do Direito. Essa dificuldade advém do próprio caráter problemático da determinação de influências, sobretudo quando o intervalo de tempo a ser considerado é grande. [...] Em 1968, quando Gary Becker publicou seu artigo sobre o crime, ressuscitando e aperfeiçoando as ideias de Bentham, parecia não haver mais campo algum do Direito que, interpretado sob a ótica econômica, não produzisse efeitos elucidativos<sup>22</sup>.

Apesar de 1968 ser o ano em que Posner escolhe para situar o início da AED, pelo fato de Becker plantear sua discussão sobre aspectos que se faziam presentes em Bentham, reconhece que já em 1960, o artigo *The Problem of Social Cost*<sup>23</sup>, de Ronald Coase, assim como o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*<sup>24</sup>, da lavra de Guido Calabresi, este em 1961, versando sobre responsabilidade civil, *foi possível vislumbrar uma teoria econômica do Common Law*<sup>25</sup>.

O aludido artigo de Coase é o marco inicial do movimento de AED. Em síntese, sustenta que quando o custo das transações mercantis for zero, a atribuição inicial de disposições declaratórias (direitos) é irrelevante quanto à eficiência, pois, se dita atribuição não for eficiente, as partes naturalmente buscarão corrigi-la através da barganha. Dessa forma, pois, principia o movimento AED, quando Coase conclui que o entendimento alcançado pelas partes para findar eventuais entraves independe do modo pelo qual os direitos são atribuídos: o que importa é a utilização da solução mais proveitosa. Quando os custos de transação forem altos, idôneos a inviabilizar o negócio, então seria importante que a norma definisse – e muito bem – para quem deveria ser adjudicado o direito.

Assim, o desenlace seria determinado pela clara identificação do sujeito que possui a iniciativa no processo, o que invariavelmente conduz à adoção de uma resposta, examinando-se a que solução pode recorrer quando da impossibilidade de acesso à parte contrária. Nessa

---

<sup>22</sup> POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 4-7.

<sup>23</sup> Id., 1960, p. 1-44.

<sup>24</sup> CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. **Yale Law School Faculty Scholarship**, New Haven, v. 70, n. 4, p. 499-553, jan. 1961.

<sup>25</sup> POSNER, R., Op. Cit., p. 8.

situação, a solução será determinada pela parte que toma a iniciativa, dentre as opções que controla diretamente, por mais que não seja a mais vantajosa para os envolvidos. É evidente que este tipo de transação deve ser evitada.

O Direito, pois, teria por finalidade viabilizar as transações de mercado, por meio da diminuição de custos. Todavia, por mais que o Direito falhasse nesse objetivo, a barganha, ou o acordo, serviria para viabilizar ditas negociações. O expediente a ser utilizado para a restauração do bem jurídico prejudicado não seria, pois, determinado pela norma jurídica. Esta possui por finalidade determinar aquele que toma a iniciativa para as tratativas da transação, assim como a quem caberá a assunção do custo, estando os direitos bem definidos. Seja como for, verifica-se uma constante: a alternativa que menos impacte negativamente será sempre a mais adequada.

Como consequências oriundas da transação, tem-se que, o Direito, ao preocupar-se na eficiência econômica, deve buscar criar instrumentos que reduzam os custos da transação e, por mais que não consigam reduzir os custos, deverá, consoante Mackaay e Rousseau, *simular a alocação de recursos do mercado mediante concessão de direitos de propriedade aos usuários de mais alto valor, v.g., lei de direitos autorais dos EUA*<sup>26</sup>.

Nessa mesma linha de pensamento, o custo social seria o prejuízo experimentado pelo social oriundo da exploração de dada atividade econômica. A originalidade de Coase consistiu na correção das falhas de mercado, através da barganha, atuando o Estado somente quando esta se mostrasse inócua. Nesse aspecto se alija da concepção de Pigou, para quem a atividade potencialmente lesiva deveria ser “responsabilizada ou tributada pelo Estado”<sup>27</sup>, sendo essencial para tanto a noção de externalidade.

Consoante Mackaay e Rousseau, por externalidade entende-se:

A situação que ocorre quando alguém, prestando o serviço a uma contraparte, o estende a terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros de maneira que não se possa cobrá-los dos beneficiários ou deles obter uma indenização em proveito das vítimas. Pode ser

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 202.

<sup>27</sup> Ver PIGOU, Arthur C. **The Economics of Welfare**. London: Macmillan, 1920.

positiva ou negativa. O custo privado por quem engendra a externalidade negativa é inferior ao custo social, que é a soma desses custos privados ou dos causados a terceiros<sup>28</sup>.

Para Coase, insurgindo-se ao paradigma pigouviano, havido por verdade inquestionável até 1960, quando do planejamento e escolha das tratativas, a análise não devia apenas circunscrever-se às externalidades, mas sim sobre o efeito global.

Quanto à metodologia da AED na perspectiva tradicional, tem-se que o *iter* a ser pavimentado e percorrido por aqueles que buscam compreender o Direito e ter a adequada percepção de seu alcance, consoante a aceção tradicional da AED, foi exteriorizado no artigo “The Intellectual Foundations of Law and Economics<sup>29</sup>”, em 1983, de Edmund Kitch, com base nos seguintes traços:

- a) o objeto de estudo deverá ser compreendido como uma totalidade ordenada de limitações e contraprestações que interage com os indivíduos;
- b) o escopo da AED é identificar o componente sistemático dos fenômenos e separar esse componentes de fenômenos aleatórios;
- c) a maximização dos próprios proveitos econômicos é o móbil dos indivíduos;
- d) a imperiosa análise dos efeitos globais das tratativas, e não apenas de seus aspectos periféricos – ou externalidades (traço característico de Ronald Coase, em contraposição ao modelo defendido por Pigou), com especial ênfase nos primeiros, é importante para entender a resposta humana à norma (uma teoria da previsibilidade comportamental, que inexistente no Direito de maneira autônoma, e é fornecida pela Economia);
- e) a compreensão dos bens e serviços como sendo elementos possuidores de muitas facetas, e que o disciplinamento de dada faceta em particular necessariamente repercutirá nas demais. A relevância desta premissa reside no fato de não raro a regulamentação econômica disciplinar apenas o

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 203.

<sup>29</sup> KITCH, Edmund W. The Intellectual Foundations of Law and Economics. **Journal of Legal Education**, Charlottesville, v. 33, n. 2, p. 183-209, June 1983.

- preço de venda potencial de um bem ou serviço, mas sem determinar a qualidade e condições nas quais se venderá;
- f) na análise dos reflexos da norma jurídica, é de relevo a resposta oriunda das transações privada de vários indivíduos;
  - g) quando da apreciação dos ajustes que regulam o mercado, é de bom tom cotejar o ajuste alvo da apreciação que se está avaliando com as demais possibilidades institucionais que se afigurem como viáveis;
  - h) dos relatos jurídicos e meios que se põem em prática para as situações concretas ressaem importantes informações a respeito de práticas econômicas particulares, a serem registradas esmeradamente;
  - i) a observação do Direito comparado e da História do Direito afigura-se como vital, dado que as notáveis divergências verificadas na estrutura das instituições jurídicas somente surgirão, quando existirem diferenças nas condições de custos que a sociedade experimenta.

Quanto a essa última característica, Posner dedica Capítulo inteiro de sua obra *Fronteiras da Teoria do Direito*, afirmando que há dependência do Direito em relação ao passado:

O Direito é, das profissões, aquela que é mais voltada para a História. Para sermos mais exatos, é a profissão que mais volta seu olhar para o passado, aquela que dele mais “depende”. O Direito venera a tradição, o precedente, o ritual, o costume, as práticas antigas, os textos antigos, a terminologia arcaica, a maturidade, a sabedoria, a experiência que vem com a idade, a gerontocracia e a interpretação concebida com método de resgate dos fatos históricos<sup>30</sup>.

Dessa forma, afina seu discurso com o de historiadores do Direito do porte de Savigny<sup>31</sup>, Santi Romano<sup>32</sup> e Paolo Grossi<sup>33</sup>. De fato, o Direito não pode ficar reduzido à manifestação exclusiva do Estado,

---

<sup>30</sup> Id., 2011, p. 167.

<sup>31</sup> SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual. Vol. VIII.** Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

<sup>32</sup> ROMANO, Santi **O Ordenamento Jurídico.** Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008.

<sup>33</sup> GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento.** Tradução Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

devendo ser, antes de tudo, uma decorrência das relações sociais, indissociável dos influxos históricos. Não deve ser encarado, pois, como construção abstrata formal e artificial, daí a dependência com a História. A AED proporciona instrumental analítico capaz de conduzir a caminho uno e coeso através da observância dos aspectos histórico e de cotejo.

Quanto aos elementos essenciais da AED na perspectiva tradicional, Roemer elenca, inicialmente, a generalização e o rigorismo<sup>34</sup>. Aquela diz respeito à contribuição ofertada ao Direito como diretriz de superação do paradigma particularista de pensamento, através da regra da razoabilidade. O rigorismo, a seu turno, por mais que se assemelhe à generalização, desta se diferencia pelo fato de especificamente aclarar e dotar de lógica a argumentação jurídica.

O mesmo autor aduz ainda ao uso de técnicas analíticas, que permitem ao jurista, desde que utilizadas com parcimônia, inferir recomendações de política sobre quais normas deveriam reger áreas específicas. Em seguida traz os feitos legislativos (fatos que ao ocorrerem no mundo são relevantes para determinar o que deveria ser a norma jurídica) e adjudicativos (feitos relacionados com a determinação de se norma jurídica é aplicável a determinada transação e como).

Na esteira de Posner, tem-se que a AED encerra em seu bojo aspectos descritivos (ou positivos) e normativos, objetivando descrever e dotar de relativa previsibilidade o comportamento humano em dado contexto jurídico, bem como explicar as naturais consequências oriundas deste, além de buscar o aperfeiçoamento do Direito. Assim, visualiza-se com bastante nitidez os aspectos do “ser” (positivo) e do “dever ser” (normativo).

Quanto à utilização da AED para verificar as possibilidades da norma, é de relevo a percepção de Andrés Roemer:

As normas jurídicas criam preços implícitos para tipos diferentes de conduta, e as respostas a esses preços implícitos podem examinar-se da mesma maneira em que os economistas examinam a resposta dos consumidores aos preços explícitos de qualquer bem ou serviço. As normas, procedimentos e instituições do Direito consuetudinário (proveniente do Poder Judiciário) – em agudo contraste com grande parte da fixação de disposições do Direito codificado (proveniente do Poder Legislativo) – promovem a eficiência. A tese não é que o Direito consuetudinário duplique

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 19.

ou possa duplicar perfeitamente os resultados dos mercados competitivos, mas sim, dentro dos limites da factibilidade administrativa, o Direito permite ao sistema econômico acercar-se dos resultados que a competência efetiva produziria<sup>35</sup>. (Tradução livre. Original em espanhol.)

Desse modo, tem-se a imperiosa necessidade de realização de análises positivas (“ser”) e normativas (“dever ser”) sobre a eficiência das normas, dado que estas podem ser usadas como instrumento de aumento dos fatores econômicos. Trata-se do clássico conceito de maximização da riqueza, como critério de eficiência alternativa, de Posner.

Incumbe, agora, analisar, com o fito de proporcionar ao leitor panorama mais completo da perspectiva tradicional da AED, as noções de eficiência, assim como as críticas ao utilitarismo e à postura pragmática.

A noção de eficiência para a perspectiva tradicional da AED é vital, tendo em vista que com o Direito dita noção se confunde. Todavia, surge um problema: como se deve compreender a eficiência? É necessário que se delimite com exatidão o sentido do vocábulo, pois não é unísono.

Insta advertir que, economicamente, o conceito de eficiência comporta, em realidade, apenas dois, quais sejam, o ótimo de Pareto e o critério de compensação potencial de Kaldor-Hicks. O ótimo de Pareto significa que um estado de coisas ou social é ótimo se nenhum outro estado é superior a ele, ou seja, se qualquer distanciamento desse estado de coisas faz com que pelo menos um indivíduo experimente uma situação mais desfavorável em relação à situação em que se encontrava anteriormente<sup>36</sup>.

Já quanto à noção da superioridade de Pareto, entende-se por superior um estado de coisas ou social em relação a outro estado de coisas ou social, se, e somente se, a troca de um estado por outro não acarrete ao(s) indivíduo(s) que mudou(m) situação pior que aquela em que se encontrava(m) antes, e que faça com que pelo menos uma pessoa melhore a sua situação.

No tocante à eficiência de Kaldor-Hicks, forjada no ideário de compensação potencial, um estado de coisas ou social tal é eficiente em

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 87.

<sup>36</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 13.

relação a outro estado, caso após o câmbio de um estado a outro aquele(s) indivíduo(s) que experimentou(aram) uma melhora em detrimento de outro(s), que se viu(ram) em um estado de prejuízo, compense(m) a estes, muito embora essa compensação não se efetive na prática, mas apenas que seja possível, daí ser potencial<sup>37</sup>.

Cotejando as perspectivas de Pareto (ótimo e superioridade) com a de Kaldor-Hicks, tem-se que para Pareto a mudança de um estado de coisas ou social por outro não pode produzir pessoas prejudicadas, ao passo que em Kaldor-Hicks admite a produção de prejudicados com o câmbio de um estado social por outro, todavia, com a devida contraprestação em potencial dos ganhadores aos perdedores.

Perceba-se que essas perspectivas se dão em sede de um estado de coisas ou estado social, possuindo como pano de fundo o bem-estar social, pavimentando o caminho para o equilíbrio, no qual aparente e superficialmente seriam reduzidas as desigualdades. Nesse sentido, autoriza-se a conclusão que a noção de Kaldor-Hicks constitui significativo aporte à de Pareto, pois que mais aderente à realidade que, não raro, produz pessoas que experimentam prejuízo quando da troca do estado de coisas, em tese.

Nesse sentido, traz-se a diferença existente entre as eficiências produtiva e alocativa. A primeira diz respeito, segundo Belloni, à *habilidade de evitar desperdícios produzindo tantos resultados quanto os recursos utilizados permitem ou utilizando o mínimo de recursos possível para aquela produção*<sup>38</sup>. Consoante o mesmo autor, a eficiência alocativa traduz-se na *habilidade de combinar recursos e resultados em proporções ótimas dados os preços vigentes*<sup>39</sup>. Noutras palavras, e ampliando a noção, tem-se que a eficiência produtiva se dá ante a impossibilidade de determinada economia de explorar os recursos em sua potencialidade maior sem comprometer o bem-estar de dado nicho societário. A seu turno, a eficiência alocativa – que é a perspectiva adotada pela *LaE* – traz a possibilidade de se alcançar as repercussões

---

<sup>37</sup> KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in Economics. **The Economic Journal**, London, v. 49, n. 195, p. 549-552, mar. 1939.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, London, v. 49, n. 195, p. 696-712, mar. 1939.

<sup>38</sup> BELLONI, José Angelo. *Uma Metodologia de Avaliação da Eficiência Produtiva de Universidades Federais Brasileiras*. 2000. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção). 246 f. – Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 18.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 18.

positivas em maior amplitude possível, com o mínimo consequências negativas.

Potencial fragilidade teórica apontada pelos opositores da *LaE*, imputada tanto a Pareto quanto a Kaldor-Hicks radica-se na indiferença da distribuição do bem-estar social, pois que se leva em consideração apenas a globalidade do bem-estar, o que pode conduzir a uma “concentração do bem-estar”. Disso resulta que em ambos as questões éticas nessa perspectiva possuem pouca ou nenhuma importância, traço característico do contexto do liberalismo econômico no qual ditas acepções foram forçadas.

Todavia, analisando mais a fundo, não é acertado falar inexistir critério de justiça na noção de eficiência: o critério é técnico, cujas ideias serão desenvolvidas no terceiro Capítulo desta investigação.

Como tentativa de reduzir dita fragilidade, emerge, como proposta inclusiva, o *Princípio da Eficiência Econômico-Social*, de Gonçalves e Stelzer, combinando *racionalidade e humanização na norma positivada*<sup>40</sup>.

Percebendo estas supostas falhas de cunho ético, estribado na obra *Sobre Ética e Economia*<sup>41</sup>, de Amartya Sen, depreende-se que, para o autor indiano, o modelo econômico contemporâneo alijou-se de critérios éticos, convertendo-se em instrumento demasiado específico, tomando por indiferentes assuntos outros, que invariavelmente guardam relação de exigência interdisciplinar com a Economia, consoante preceitua o jusrealismo norte-americano.

Amartya Sen erige forte oposição à postura utilitarista de Pareto e Kaldor-Hicks, dado seu caráter potencialmente não-distributivo, ao considerar apenas o panorama geral, aduzindo ainda que a figura estatal desempenha função destacada na atribuição de disposições declaratórias (direitos, notadamente os fundamentais), bem como na persecução do desenvolvimento dos indivíduos, pois entende que tanto as disposições declaratórias quanto as asseguratórias constituem as pilastras centrais do bem-estar social, não sendo apenas assuntos de ordem periférica.

Amartya Sen propõe o reencontro da Economia com a ética e aspectos filosóficos, na qual possibilita-se o questionamento de até que nível a maximização do bem-estar se aproxima da busca pela justiça.

---

<sup>40</sup> GONÇALVES, Éverton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Seqüência*, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

<sup>41</sup> SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 56.

Atentar-se apenas para o fato que a ética está presente na AED, estribada na noção de eficiência, notadamente se levado em consideração o PEES.

Ainda assim, contribui referido autor ao demonstrar que a eficiência econômica é apenas um elemento a mais que o legislador e o jurista devem considerar em sua atividade. O cuidado que se deve ter quanto à (re)aproximação da Ciência Econômica com a Filosofia, é policiar-se quanto à tendência “imperialista” daquela pois, como se verificou após a Segunda Grande Guerra Mundial, houve distanciamento da Economia das demais ciências, em prol apenas de sua interação com a Filosofia, o que ajuda a explicar a carência de interdisciplinaridade.

Na esteira das críticas ao utilitarismo, Richard Posner afirma que este não se sustenta por basicamente três motivos, a saber: o problema da aferição da eficiência; o problema do que cognominou “monstruosidade moral” e; o problema dos limites<sup>42</sup>.

A primeira objeção ao paradigma utilitarista (o problema da aferição da eficiência), parte da seguinte indagação: como se poderá medir a satisfação subjetiva em termos objetivos? Posner acaba por concluir que a análise de Vilfredo Pareto não aborda com solvência a problemática decorrente do utilitarismo para aferir a felicidade, uma vez que a prova de Pareto não se deixa manejar, sendo os efeitos totais de dada negociação a respeito da felicidade humana, a alegria ou satisfação *são apenas discerníveis*.

Em seguida, Posner acerca-se da objeção da *monstruosidade moral*<sup>43</sup>, valendo-se de expressão de Robert Nozick, ao questionar: como se ponderam as satisfações do delinquente e da pessoa não produtiva? Posner reporta-se ao *monstro utilitário*<sup>44</sup>, fazendo a distinção em duas classes de problemas morais, a saber: um que decorre da dificuldade utilitarista em realizar diferenciações morais entre classes de prazer; e outro derivado daquilo que os utilitaristas se dispõem a “sacrificar ao indivíduo inocente no altar da necessidade social”.

Segue o exemplo trazido por Alan Donagan, com o fito de ilustrar a questão da monstruosidade fomentada pela racionalidade:

---

<sup>42</sup> POSNER, Richard Allen. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 8, n. 1, p. 103-127, jan. 1977.

<sup>43</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 12.

<sup>44</sup> POSNER, R., Op. Cit., p. 103-127.

Poderia ser que matar sem dor e sem ser descoberto a um avô malvado, ancião e infeliz, causasse um bem maior e um mal menor que não fazê-lo: o avô ficaria livre de sua existência; os filhos desfrutariam da herança e já não sofreriam por sua maldade, e quem o matasse poderia antecipar a recompensa prometida àqueles que fazem o bem secretamente. Ninguém duvida seriamente que um comportamento como o descrito é monstruoso<sup>45</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

A última objeção ao paradigma utilitarista reside no problema dos limites, partindo Posner agora de mais de uma indagação: *de quem são as utilidades que contam? Conta a felicidade dos animais? A dos estrangeiros? A das futuras gerações? O problema dos limites relaciona-se com a deliberação utilitarista sobre de se a meta utilitária deveria ser a maximização média ou a felicidade total*<sup>46</sup> (Tradução livre. Original em inglês). Posner posiciona-se da seguinte maneira:

A lógica do utilitarismo parece um argumento a favor de fazer da maximização total da felicidade ou satisfação no universo um imperativo ético. Como dita meta parece alcançável somente deixando na miséria alguns grupos de pessoas (aqueles que teriam que deixar seus lugares a todos os estrangeiros, animais etc.), os utilitaristas buscam constantemente a maneira de contrair os limites de sua racionalidade. Mas para alcançá-lo têm que abandonar o utilitarismo<sup>47</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Críticas feitas, Posner apresenta o conceito de “maximização da riqueza”, devendo esta ser entendida como critério de eficiência alternativa, propondo a seguinte conceituação:

A riqueza é o valor em dólares ou moeda equivalente [...] de tudo na sociedade. É medido pelo que as pessoas estão dispostas a pagar por algo ou, se já o possui, o que exigiria em dinheiro por separa-se dele. A única preferência que conta

---

<sup>45</sup> DONAGAN, Alan. **Is There a Credible Form of Utilitarianism?** Boston: Mercurio, 1968, p. 116.

<sup>46</sup> POSNER, Richard Allen. Some Uses and Abuses of Economic in Law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 46, n. 2, p. 221-249, may 1979.

<sup>47</sup> Id., 1979, p. 221-249.

em um sistema de maximização da riqueza é, portanto, aquela que se vê respaldada pelo dinheiro; em outras palavras, aquela que se registra no mercado<sup>48</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Essa noção posneriana remonta à face efficientista de sua doutrina, no início dos anos 1970, quando do protagonismo da eficiência a conferir o fundamento ético do Direito, rendendo-lhe críticas ao ponto de mudar sua perspectiva, abrandando a maximização da riqueza para postura pragmática e, posteriormente, consequencialista. Essa a aceção ou Escola Tradicional.

#### 1.1.1.1 O Pensamento Posneriano

Ainda na esteira da Escola Tradicional da AED, incumbe trazer o pensamento pormenorizado de Richard Posner sobre este Movimento, assim como a doutrina posneriana em particular – a *LaE*. E não há como se analisar o pensamento deste pensador caso haja a ignorância do câmbio paradigmático experimentado entre a década de 1970 e a de 1990.

Nos anos 1970 – época do protagonismo da eficiência (ou maximização da riqueza), como autonomamente idônea a conferir o fundamento ético ao Direito –, Posner sugere que este critério pode ser utilizado para descrever adequadamente o desenvolvimento do Direito consuetudinário e que a busca da riqueza esteja mais consonante às instituições sobre o comportamento ético que a busca da utilidade. Neste contexto Posner intentava combinar harmoniosamente os ideais de eficiência e de justiça.

Com isso, Posner deixa entrever que o sistema de maximização da riqueza evita presumivelmente os problemas de limites que enfrenta o utilitarismo, vez que apenas as preferências registradas em um mercado contam em no sistema de maximização da riqueza, e apenas contam na medida em que se expressam em termos monetários. Quanto a essa visão posneriana, é relevante lembrar que se deu na fase mais “radical”, do autor, quando da desmedida importância atribuída à maximização da riqueza, que o mesmo identifica com eficiência, com a pretensão de fazer desta o fundamento ético do Direito. Após as críticas de Dworkin – que venceu a “peleja” nesse aspecto – Posner assume postura mais moderada – o pragmatismo jurídico – na qual a eficiência é

---

<sup>48</sup> Id., 1979, p. 221-249.

apenas mais um dos elementos a serem levados em consideração no processo de tomada de decisão. Eis aí o “2º Posner”.

Ao adotar o critério de eficiência como autonomamente apto a conferir o fundamento ético ao Direito, repercutindo, inclusive, no processo de feitura e interpretação deste, assume postura demasiado polêmica, resultando como desdobramento natural críticas tão “corrosivas” que culminaram em deserção de referida tese, gravitando para o pragmatismo, na década de 1990, quando, após as incisivas críticas – notadamente de Ronald Dworkin – radica-se finalmente nesta segunda postura (o paradigma pragmático), na qual os magistrados norte-americanos deviam centrar-se, no processo de aplicação do Direito, ao primar pelo critério da razoabilidade, no qual a maximização da riqueza ou eficiência – que são expressões sinônimas na obra posneriana – seria apenas mais um dos critérios a serem utilizados para a consecução dos ideais de justiça que, agora sim, trariam o fundamento ético ao Direito.

A despeito da mudança de perspectiva da doutrina posneriana no tempo, inclusive com a assunção, pelo próprio, em obra de sua lavra intitulada *Problemas de Filosofia do Direito*<sup>49</sup>, com a existência de questões insolúveis em sua teoria que elevava a maximização da riqueza a elemento central, não se pode amesquinhar seu inegável aporte ao Direito. Nesse sentido, Salama adverte que:

Posner deu três principais contribuições à teoria jurídica. Duas redundaram em sucesso e perduram até hoje como referências teóricas importantes: pode-se discordar, mas não se pode legitimamente ignorá-las. Esses casos de “sucesso” são, em primeiro lugar, a descrição do direito norte-americano em bases microeconômicas, a chamada análise “microeficientista” do direito; e, em segundo lugar, a reconstrução do pragmatismo jurídico nas bases do que se pode chamar de um “praticismo posneriano”. Tratei desses casos de “sucesso” em outro trabalho, e eu aqui os retomo somente na medida do necessário para compor o quebra-cabeça. Meu ponto central está no exame

---

<sup>49</sup> POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a, p. 503.

daquele que num certo sentido pode ser considerado o “fracasso” de Posner<sup>50</sup>.

A captação do aporte doutrinário posneriano demanda a compreensão prévia acerca das interações entre Direito e Economia que, por mais se encontrem óbices naturais oriundos das diferenças metodológicas de ambos, opera verdadeira exigência recíproca entre eles. Ademais, há que se ter em conta o caráter insular de sua doutrina, ou seja, Posner escreve para o sistema jurídico de um País em particular: o *Common Law* dos Estados Unidos da América (EUA). Alie-se a isso o fato da inexistência de linearidade nos aspectos filosófico, temático e metodológico. Referidas descontinuidades se verificam em maior medida quando da assunção e perda do protagonismo da eficiência em sua teoria.

Quanto ao caráter de insularidade doutrinária, interessante observar abrandamento, expressamente assumido por Posner no prefácio à edição brasileira da obra *A Economia da Justiça*<sup>51</sup>, ao admitir a possibilidade da *LaE* no Brasil, desde que adotadas as seguintes cautelas para não se correr o risco de desvirtuar a Teoria: considerar a formação dos juristas brasileiros, naturalmente voltada ao aspecto profissional, sendo este traço comum em países de *Civil Law*, por isso mesmo ressaído como elemento limitador para a plena compreensão a falta de interdisciplinaridade (Direito-Economia; Direito-Política etc.) e; o fato de o Brasil ser um País ainda em estágio inicial de desenvolvimento, cujas instituições encontram-se em fase de maturação, e não plenamente desenvolvido.

#### *1.1.1.1.1 A Perspectiva Eficientista de Posner*

Analisando o transcurso da doutrina posneriana sobre o protagonismo e descenso do critério de eficiência – ou maximização da riqueza –, tem-se que a ideia vestibular consistiu em analisar a evolução da *Common Law* dos EUA, ou seja, seu caráter era insular, e caminhava, até então, em marcha ascendente, firme no propósito de fomentar cada

---

<sup>50</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

<sup>51</sup> Nesse sentido, ver POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Prefácio à edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

vez mais o robustecimento de referido critério, a ser aferido em padrões monetários.

Noutros termos, as pessoas agiriam no sentido de otimizarem sua riqueza, impelidas por uma estrutura de incentivos oriundos do sistema jurídico. O estandarte maior desse momento foi sua obra *Economic Analysis of Law*, de 1973, que experimentou sucessivas revisões, ao longo de mais de quatro décadas, mantendo todavia uma constante: analisar os reflexos no Direito a partir da Microeconomia.

Ressalte-se, porém, a acepção de eficiência esposada por Posner, a saber, o critério de Kaldor-Hicks, que se baseia em uma estrutura de compensação, não necessariamente de fato, mas apenas em estado potencial (daí critério de compensação potencial), trazendo a possibilidade de aqueles que experimentaram situação de melhoramento em detrimento de outros a esses compensem (potencialmente), diferindo do ótimo de Pareto, para o qual a eficiência somente ocorrerá se nenhum indivíduo se puser em situação de prejuízo ante outro que experimente situação de melhora, consoante explicitado anteriormente.

Após essa fase inicial, Posner concebe a eficiência como o critério idôneo autonomamente a conferir o fundamento ético ao Direito, ainda na década de 1970, tentando infligir o critério da eficiência, agora sob a roupagem da moral, ao mundo jurídico. Posner identifica eficiência com a maximização da riqueza, de tal forma que nesse momento de sua doutrina a métrica para aferir se o proceder da sociedade era acertado seria exatamente a maximização da riqueza, a ser alcançada quando da indução, pelo Direito, de sua conduta, assentado sobre base pecuniária, dada a ligação visceral existente entre justiça e ampliação da riqueza em dinheiro; assim como a ideia de maximização da riqueza baseada na concordância geral como métrica de aferição do valor dos bens.

Assim, tanto o processo de feitura do Direito quanto sua aplicação e interpretação, apenas seriam adequadas se induzissem o social à maximização da riqueza, de modo que esta, confundindo-se com a eficiência, constituirá seu fundamento ético.

Richard Posner, em sua obra *Economic Analysis of Law*<sup>52</sup>, concebe o movimento homônimo sob as perspectivas descritiva e normativa. Intenta explicar, com certo grau de previsibilidade, as condutas das pessoas que se dedicam ao estudo e *praxis* do sistema jurídico (normativo), com destacada importância para os magistrados filiados ao realismo jurídico norte-americano, com o propósito de

---

<sup>52</sup> Id., 1973, p. 57.

diminuir o ativismo destes, por intermédio de critério técnico apto a conferir objetividade às suas tomadas de decisão, a saber, a eficiência.

Entende que a Análise Econômica do Direito possibilita a melhoria do sistema jurídico (ambiente normativo), dado seu papel potencialmente transformador, notadamente por reduzir ativismos, assim como evitar a construção política da lei. Ressalta as vantagens que a Análise Econômica do Direito oferta aos atores sociais, tais como a análise imparcial em assuntos de difícil discussão, por mais que os caminhos condutores a esses problemas sejam pavimentados à luz da perspectiva jurídica, bem como resolve conflitos marcados pelo forte tom beligerante. Assim, não tomam partido, não se comprometem; antes ocorre convergência: apenas há a busca por solução eficiente.

Ao desenvolver as lições de Ronald Coase, de quem foi aluno, propôs que referido movimento encerra em seu bojo metodologia hermenêutica analítica do Direito, idônea a fornecer à Ciência Jurídica, em suas mais variadas ramificações, o instrumental necessário à consecução da decisão mais racional possível, possibilitando, inclusive, “freio” ao subjetivismo judicial, quando da sobrelevação de critérios minimamente objetivos, à luz da noção de eficiência proposta por Kaldor-Hicks (de compensação potencial).

A natureza do movimento *Law and Economics*, se radica no fato de constituir abordagem acerca das consequências jurídicas da busca da maximização racional dos proveitos do homem com esteio no instrumental analítico econômico. Perceba-se que dita maximização racional não se pode deixar confundir com a certeza acarretada por um cálculo matemático, dado que a Ciência Econômica não consiste em uma “teoria da consciência<sup>53</sup>”, mas fornece valioso instrumental teórico-prático para a escolha mais proveitosa diante de horizonte repleto de decisões possíveis.

De fato, basta fazer-se leitura de sua obra mais emblemática (*Economic Analysis of Law*) que, de 1973, ano de sua primeira edição, quando da adoção de posicionamentos radicais tendentes a fazer crer que o fenômeno jurídico se subsumia integralmente a postulados de ordem econômica, percebe-se o abrandamento ao longo de suas edições subsequentes, que perfazem mais de quatro décadas, assentando que o fenômeno jurídico caminha lado a lado com a metodologia econômica, em relação de exigência recíproca, mas sem qualquer relação de principalidade-acessoriedade entre qualquer destes dois conhecimentos científicos.

---

<sup>53</sup> Id., 1973, p. 59.

Prudente asseverar que racionalidade não se confunde com egoísmo, que, na esteira de Sidgwick, significa a eleição de conduta que, consoante o juízo do indivíduo, acarrete para si o maior benefício com o menor prejuízo possível, quando se apresentem possibilidades de decisão, ainda que esta importe em prejuízo para outrem<sup>54</sup>. O instrumental econômico caracterizador da AED auxilia, com base na noção de eficiência, na compreensão do fenômeno jurídico, bem como de seu alcance. Dessa forma, é salutar a diferença estabelecida por Cooter e Ulen, acerca da diferenciação entre racionalidade e razão, que segue:

A diferença entre razão e racionalidade é um tema célebre em filosofia. De acordo com o ponto de vista tradicional, o comportamento racional é a busca de fins congruentes através de meios eficientes. A irracionalidade se apresenta quando os fins são contraditórios ou os meios são ineficientes. Especificamente, o comportamento pode ser racional ainda quando os fins sejam antissociais e os meios imorais. Sem embargo, a busca dos fins antissociais ou a adoção de meios imorais se consideram geralmente como não racionais. Uma pessoa racional está socializada de acordo com as normas e convenções de uma comunidade, de tal sorte que seus fins são congruentes com os valores compartilhados, e sua busca guarda correspondência com as normas do grupo<sup>55</sup>.

São noções centrais para a plena compreensão da natureza da AED as de eficiência (o “ótimo de Pareto” e a compensação potencial, de Kaldor-Hicks, este último sendo o adotado por Posner), valor e utilidade.

Para a aferição da eficiência é fundamental compreender-se o termo valor econômico (fase efficientista de Posner), entendido como o que o sujeito esteja disposto a pagar por determinado bem ou, caso já haja se assenhorado deste, o *quantum* pecuniário que solicita para ver-se privado do bem. Esta seria, em última análise, a métrica da “riqueza”, na esteira posneriana segundo a qual a maximização da riqueza seria um

---

<sup>54</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de SIDGWICK, Henry. **Os Métodos da Ética**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981, p. 121.

<sup>55</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 59.

critério de justiça. Quando se fala que Posner constroi sua perspectiva de eficiência a partir de Kaldor-Hicks, deve-se ter em conta o fato segundo o qual o autor acredita que a maximização da riqueza evitaria de modo presumido os inconvenientes impostos pelas limitações enfrentadas pelo utilitarismo.

Utilidade, por sua vez, comporta dois sentidos bastante díspares na Ciência Econômica. Primeiramente, tem-se o vocábulo designando a análise do valor de custo ou benefício incertos por oposição a situação de segurança, minimizando o risco. O outro sentido refere-se ao processo de agregação entre os indivíduos, dado que o utilitarismo, antes de considerar as pessoas em sua individualidade, confere tratamento geral a estas, considerando-as, consoante Posner, *células do organismo social geral*<sup>56</sup>. No primeiro sentido, a utilidade denota sua vinculação à noção de risco. Já quanto à segunda percepção, abre-se a possibilidade para o cometimento de *barbaridades*, próprias do utilitarismo, tais como a experimentação de situação gravosa por parte de alguns, em proveito da maximização da felicidade em âmbito geral.

É de relevo, ainda, relembrar a distinção existente entre as formas positiva/descriptiva e normativa das quais a AED pode se revestir, possuindo aquela caráter ontológico, vale dizer, explica-se a realidade tal qual ela se apresenta (o “mundo do ser”), a norma propriamente dita, ao passo que a análise normativa se apresenta sob o prisma deontológico (ou do dever ser), no qual há uma seleção das normas que maximizam as preferências.

Passada a parte propedêutica da doutrina de Posner, com seus maiores traços caracterizadores, exteriorizada está a amplitude da metodologia da Teoria Microeconômica trazida pela AED, pois que se aplica indistintamente a qualquer ramo do Direito: basta que haja a possibilidade de decisão, a ser norteada pelo critério de eficiência, tendente a conduzir o indivíduo à opção pela decisão mais proveitosa.

Perceba-se que embora a doutrina posneriana tenha se desenvolvido em contexto de Direito consuetudinário (*Common Law*), cujas peculiaridades refogem aos propósitos desta investigação, não há qualquer impeditivo para que a mesma se adapte ao sistema jurídico de países de cultura jurídica romano-germânica (*Civil Law*), como o Brasil.

Apenas à guisa meramente exemplificativa, arbitrariamente analisam-se os reflexos da AED, em ramo específico do Direito, o Direito Penal, a despeito de Posner também elencar os direitos de propriedade e dos contratos, ao lado das outras mais variadas

---

<sup>56</sup> Id., 2013, p. 36.

ramificações, quando convencionou cognominá-los *Direito Comum*, tendo por base sua obra *Economic Analysis of Law*. Com efeito:

O Direito Comum, quando se contempla a partir do ponto de vista econômico, possui três partes: 1) o Direito de Propriedade, que se ocupa da criação e a definição dos direitos de propriedade, que são direitos para o uso exclusivo de recursos valiosos; 2) o Direito dos Contratos, que se ocupa da facilitação do movimento voluntário dos direitos de propriedade para aqueles os valorizam mais, e; 3) os ilícitos culposos, que se ocupam da proteção dos direitos de propriedade, inclusive o direito à integridade corporal<sup>57</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Não se deve olvidar, portanto, que a análise dos ramos que se seguem partem de premissas anglo-saxônicas (*Common Law*), com grande protagonismo dos órgãos jurisdicionais como fonte de Direito, bem como da proatividade do social no sentido de pôr fim, através da barganha, a conflitos de interesses.

A ilustração por intermédio do Direito Penal – poderia ser qualquer outra disciplina jurídica – possui propósito meramente exemplificativo, tencionando estabelecer liame da AED com a *Civil Law* Brasileira – pois que se está tentando fazer ciência no Brasil –, sem que disso decorra a pretensão de ser o objetivo do trabalho, pois não se busca o tratamento particular deste ou de outro ramo jurídico: o que se tenta imprimir gravidade é, através do cotejo doutrinário entre Posner e Dworkin, divergentes que são, verificar a possibilidade de utilização de método hermenêutico-econômico. O Direito Penal deve, por intermédio da pena, obstaculizar ou desincentivar a ação delitiva. O delinquente, antes de cometer o crime, deveria sopesar a reprimenda penal potencial e o “lucro” do crime.

Os efeitos econômicos oriundos de ilícitos que atentam contra os bens jurídicos mais relevantes (típico do Direito Penal) – e nisso estão excluídos bens de não mercado, *v.g.*, vida, liberdade etc. – e, por isso mesmo, na maioria das vezes, indisponíveis. Isso implica que em certas situações a contraprestação independerá da demanda da vítima ou de seus sucessores: este direito, em razão de sua indisponibilidade, é transferido para o ente estatal, caracterizando o *ius puniendi* do Estado, restando para a vítima ou sucessores o direito de buscar em juízo a benesse, mas sempre através do Estado, sem que se possa “fazer justiça

---

<sup>57</sup> Id., 1973, p. 27.

com as próprias mãos”. Eis aqui esboçado o *ius perseguendi in iudicio*, caracterizador do Direito Penal.

De fato, um crime como o homicídio, que viola diretamente o bem jurídico tutelado “vida”, aparentemente despe-se de qualquer traço econômico, pois que impossível avaliar pecuniariamente o dano causado pela ceifa da vida de um sujeito de direito. No entretanto, interessa aqui a repercussão econômica do ilícito penal. Não se pode efetivamente restaurar na integralidade o dano sofrido – nada trará a pessoa à vida novamente –, mas por total falta de meios mais idôneos surge a compensação pecuniária.

Não se trata de “comprar” a vida da pessoa, até porque de uma mesma conduta tipificada penalmente, diferentes consequências podem advir, por exemplo, o desamparo de uma família, daí a necessidade de reparação, sem prejuízo de potencial pena privativa de liberdade. Pelo fato de não se poder precificar a vida ceifada, deve-se contentar apenas em ver o assassino encarcerado? Não parece ser esta a solução eficiente<sup>58</sup>, até pelo fato de a função precípua da pena ser restaurativa: tanto do delinquente quanto do *status quo ante* por ele transgredido. E nada melhor para esta “restauração” do indivíduo que o trabalho, com o conseqüente repasse de parte dos rendimentos para as pessoas vitimadas pelo ato criminoso. Não há óbice para que se pense o Direito também sob o viés da eficiência.

Imagine-se hipoteticamente, a situação de “A”, pessoa sem posses, arrimo de família que, com o que auferir, provê sofrivelmente – por mais que se esforce para melhorar a situação – sua esposa e três filhos menores. Certo dia, no trajeto do trabalho para seu lar, é vitimado fatalmente após roubo sofrido. Não se pode olvidar que a única renda da família era a oriunda do trabalho de “A”, que agora teve sua vida abreviada em razão de conduta criminal. É bastante previsível o estado de penúria – ou miserabilidade mesmo – que a viúva e sua prole passariam a experimentar.

Não seria o caso de, além do encarceramento, parte do produto do trabalho do assassino ser revertido em prol dos vitimados, que deveria perdurar até a idade potencial do provedor com base em sua expectativa de sobrevivência? Não seria mais adequado? Entende-se que esta seria a solução eficiente, dentro da insuficiência de meios reparatórios mais

---

<sup>58</sup> Perceba-se que não são utilizadas expressões de jaez mensurador de níveis de eficiência, tais como “menos eficiente” ou “mais eficiente”, pois que a eficiência é entendida em termos absolutos: “ou é eficiente ou não é eficiente”. Diferentemente ocorre com o termo “eficácia”, que comporta gradações.

idôneos – não se pode esquecer que os recursos, não apenas os pecuniários, são escassos.

Todavia, é também sabido que na realidade brasileira, nem sempre os encarcerados dispõem de trabalho. No entanto, quando o trabalho é disponibilizado, este deve ser havido por direito do preso<sup>59</sup>, efetivador de sua dignidade enquanto pessoa humana, e não como reprimenda extra. Perceba-se que *o condenado à pena privativa de liberdade se encontra obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade*<sup>60</sup>. Excetuam-se dessa obrigatoriedade o preso provisório (parágrafo único do art. 31 da LEP), assim como o condenado por crime político (art. 200 da LEP).

A obrigatoriedade do trabalho do preso, exatamente por ser compreendida como direito deste a uma existência digna, não atenta contra a vedação a trabalhos forçados, insculpida como cláusula pétrea no artigo 5º, XLVIII, “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88<sup>61</sup>, já havendo inclusive se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça – STJ – nesses termos, no HC 264.989 – SP<sup>62</sup>, considerando falta grave a recusa injustificada do preso em

---

<sup>59</sup> Nesse sentido o inciso II do art. 41 da Lei de Execuções Penais – LEP (Lei nº 7.210/84), que segue: *Art. 41 – Constituem direitos do preso: II – atribuição de trabalho e sua remuneração.* Vide BRASIL. Lei nº 7.210 (1984). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 1984.

<sup>60</sup> Esse é o texto literal ao artigo 31, *caput*, da LEP.

<sup>61</sup> \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

<sup>62</sup> Segue *in verbis* a ementa publicada no informativo 567, pela Sexta Turma do STJ: **DIREITO PENAL. RECUSA INJUSTIFICADA DO APENADO AO TRABALHO CONSTITUI FALTA GRAVE.** *Constitui falta grave na execução penal a recusa injustificada do condenado ao exercício de trabalho interno. O art. 31 da Lei 7.210/1984 (LEP) determina a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades, sendo sua execução, nos termos do art. 39, V, da referida Lei, um dever do apenado. O art. 50, VI, da LEP, por sua vez, classifica como falta grave a inobservância do dever de execução do trabalho. Ressalte-se, a propósito, que a pena de trabalho forçado, vedada no art. 5º, XLVIII, “c”, da CF, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado, ante o disposto no art. 6º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), segundo o qual os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios vedados pela Convenção. HC 264.989-SP, Rel. Min.*

trabalhar, decisão essa que vem ao encontro do art. 6º, 3, “a”, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos)<sup>63</sup>.

O produto da remuneração desse trabalho, a seu turno, deve se destinar, dentre outras alocações, segundo a Lei de Execuções Penais – LEP (lei nº 7.210/84), à *indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios*<sup>64</sup>; *indenização à vítima ou aos seus sucessores*<sup>65</sup>.

Pensando em corrigir a distorção que apenas o encarceramento encerraria, vislumbra-se o critério técnico da eficiência a informar esse assunto em particular do Direito Penal, cuja preocupação denota inspiração econômica: pensa-se o Direito Penal a partir da perspectiva econômica. E à guisa meramente exemplificativa, traz-se o artigo 245<sup>66</sup> da CRFB/88, que ilustra essa intenção do legislador constituinte.

Esta norma possuiria apenas caráter programático ou dirigente, expressando tão-somente a vontade, intenção do legislador, carecendo de normatização ulterior para possuir efetividade, não fosse o suprimento da LEP, e dos próprios tribunais pátrios. Caso a LEP não previsse a hipótese do encarcerado arcar com a indenização, acabar-se-ia por criar novo problema: a oneração do Estado com a destinação de recursos – que tenderiam a ser expressivos, dada a ocorrência não raro

---

*Ericson Maranhão, julgado em 4/8/2015, DJe 19/8/2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 264.989 (Informativo 567), da Segunda Câmara Criminal do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 19 de agosto de 2015.*

<sup>63</sup> Segue *in verbis* o artigo citado: *Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado.* CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Disponível em: [http://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>64</sup> Esse é o texto literal ao artigo 29, § 1º, “a”, da LEP.

<sup>65</sup> Esse é o texto literal ao artigo 39, VII, da LEP.

<sup>66</sup> Art. 245. “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.

de situações desse jaez, ensejadoras de referida benesse – às vítimas e, como se sabe, o ente estatal também não possui recursos ilimitados.

O mais adequado é pensar o Direito Penal a partir da interpretação conjunta da alínea “c” do inciso XLVII, do artigo 5º da CRFB/88<sup>67</sup>, juntamente com a LEP e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, quando a reprimenda penal fosse oriunda de crimes dessa natureza, sem qualquer desabono da estatura da cláusula pétrea.

Perceba-se que nitidamente não fosse a metodologia hermenêutica analítica decorrente da Teoria Microeconômica, estar-se-ia diante de duas alternativas de decisão: de um lado, a inviabilização de compensação pela impossibilidade de forçar o condenado a trabalhar; de outro, a relativização da proibição de trabalhos forçados diante de crimes como o citado, o que evitaria a oneração do Estado e dos contribuintes. Por qual decidir? O ferramental econômico, entretanto, deslinda a questão: decide-se baseado no critério da eficiência, o que, no caso, seria a segunda. Trata-se de verdadeiro critério de justiça, e não de elemento subjetivo, mas sim de solução eficiente. Então, porque não pensar o Direito a partir de critério de eficiência?

Faz-se imperioso, então, o estudo dos fatores econômicos como determinantes das condutas criminosas. Gary Becker, com seu pioneiro artigo *Crime and punishment: an economic approach*<sup>68</sup>, lega a ideia segundo a qual os delinquentes agem conforme a racionalidade, sopesando as benesses oriundas de seu proceder criminoso e como repercutiria sua não atuação ilícita, sempre adotando por base que os criminosos respondem a incentivos, sendo o *quantum* dos delitos determinado pela destinação de recursos tendentes a efetivar a lei, vale dizer, tendentes a desestimular a conduta criminosa.

Para o autor, seria errôneo atribuir a delinquência a aspectos puramente emotivos, logo despidos de racionalidade, ou antissociais: mais correto seria entender-se o proceder criminoso como ato comissivo ou omissivo de cariz especialmente racional. Por isso mesmo, consoante a Análise Econômica do Direito Penal, não resiste sequer à menor das investidas o argumento – ou pseudo-argumento – segundo o qual os

---

<sup>67</sup> Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: [...] c) de trabalhos forçados”.

<sup>68</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 1, p. 169-217, 1968.

delinquentes seriam seres degenerados frutos da marginalização social: estes são antes seres dotados de forte senso racional para decidirem, ante uma situação que se desenha favorável, auferir vantagens econômicas devidas, restando prejudicados quaisquer aspectos de ordem moral.

Para Coleman, reportando-se peculiarmente aos delitos de jaez econômico, entende que os principais fatores de cometimento deste são “a motivação e a oportunidade<sup>69</sup>”. Aquela diz respeito a aspectos subjetivos do agente, bem como ao modelo concorrencial forjado pelo ideal capitalista, induzindo os indivíduos a concluir que em caso de desrespeito aos mandamentos legais, experimentaríamos mais benesses e bem menores inconvenientes do que se fossem recorrer às tradicionais formas legais de acumularem riquezas econômicas (o trabalho).

Já quanto ao elemento “oportunidade”, seria o juízo de valor acerca do custo-benefício da empreitada criminosa, vale dizer, a extensão do risco; aqui, pondera-se o proveito a ser experimentado e quão rigorosa pode ser a reprimenda. Deste raciocínio é lícito intuir que é equivocado associar *a priori* a criminalidade às camadas menos abastadas da sociedade (não se pode esquecer que esta obra de Coleman se referia notadamente a crimes “de colarinho branco”, ou praticados por pessoas de grande poderio econômico), por mais que a praxe seja intuir o contrário. Neste sentido a lição de Shikida e Amaral:

Embora até hoje seja comum associar o crime à pobreza e o criminoso com alguém marginal à sociedade, foi o estudo pioneiro de Sutherland, apresentado em 1939 durante uma conferência conjunta da Sociedade Americana de Sociologia e da Associação Americana de Economia, que afirmou que há pessoas absolutamente saudáveis e bem criadas que praticam crimes. Ainda segundo Sutherland, as práticas negligentes adotadas por grandes empresas ocorriam com a mesma frequência e de forma tão profissional como crimes praticados por quadrilhas de assaltantes. A pesquisa de Sutherland constatou que das 70 maiores corporações dos EUA, 100% delas já havia sido condenadas pela prática de infrações relacionadas a fraudes fiscais, violações à livre concorrência ou venda de produtos defeituosos. A pesquisa constatou ainda a média de 14

---

<sup>69</sup> COLEMAN, Jules L. **Motivation and opportunity: understanding the causes of white-collar crime**. 3. ed. New York: The Free Press, 1995.

condenações por corporação e um índice de 91,7% de reincidência<sup>70</sup>.

Na esteira da problematização proposta, Posner discorre sobre o que chamou de “sanções penais ótimas”, vale dizer, a reprimenda de ordem criminal capaz de fazer frente à empreitada criminosa, desencorajando-a, basicamente, pela coação de ordem psicológica oriunda do mandamento legal. Todavia, para que se conseguisse chegar a tal estágio de eficiência da lei, seria necessária uma previsibilidade comportamental do criminoso que, segundo Posner, *pode ser muito simples: uma pessoa comete um delito porque os benefícios esperados do delito para ele superam os custos esperados*<sup>71</sup>.

As benesses, às quais se referia o autor, seriam os mais variados prazeres materiais ou imateriais oriundos da empreitada criminosa, ao passo que os custos se radicariam nos dispêndios financeiros propriamente ditos, como aquisição de equipamentos necessários ao sucesso da prática ilícita, bem como em aspectos não necessariamente pecuniários, mas ainda assim bastante importantes, como o juízo de oportunidade do tempo do criminoso e o potencial rigorismo da sanção criminal. Perceba-se que o raciocínio esposado por Posner estriba-se na noção exposta por Gary Becker, quanto à racionalidade do agente criminoso.

Mas então, com base nessa teoria comportamental relativamente simplista, qual seria a sanção de ordem penal mais idônea – ou eficiente – a desencorajar a prática criminosa? O encarceramento ou pena de ordem pecuniária proporcional à extensão do dano? Ou as duas, concomitantemente? Até porque deve-se levar em consideração o custo a ser suportado pelo Estado – em última análise, pela sociedade – pelo implemento de uma ou outra penalidade, em comparação com o nível de reprovabilidade do delito cometido. Esse, sem dúvida, um dos fatores mais relevantes na seletividade do Direito Penal, que se presta a salvaguardar apenas os bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade. Não fosse mensurado o custo oriundo da implementação da pena, ressay óbvio até mesmo ao menos perspicaz dos indivíduos que o proceder estatal seria ineficiente do ponto de vista econômico quando da criminalização de determinadas condutas.

---

<sup>70</sup> SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014, p. 304.

<sup>71</sup> Id., 2013, p. 349.

Em outros termos, a busca deve ser por uma penalidade que engendre o maior proveito possível com o mínimo de dispêndios. Respondendo objetivamente ao questionamento do parágrafo anterior sobre se é eficiente encarcerar, multar ou encarcerar e multar, tem-se que tradicionalmente a multa, ou pena pecuniária é bem menos onerosa para o Estado quando comparada com pena privativa de liberdade (encarceramento), a despeito da coação psicológica por esta causada ser bem superior àquela o que, em tese, poderia ensejar um desencorajamento bem reduzido.

Todavia, caso a reprimenda de cunho pecuniário seja proporcional à extensão do proveito auferido, o desencorajamento ao cometimento de ilícitos tende a ser bem eficaz, pois que afeta na essência a lógica animadora do crime: o maior proveito do produto criminoso em relação à expectativa de sanção ou rigor desta. Nesta mesma linha, com as devidas críticas já feitas à doutrina utilitarista oportunamente, é a lição de Jeremy Bentham, segundo a qual:

A pena de ordem mais econômica será aquela que não cause nenhuma partícula de mal que não seja convertido em proveito; as penas pecuniárias têm esta qualidade em grau acentuado, pois todo mal que sente o sujeito que a paga converte-se em proveito para o sujeito que a recebe<sup>72</sup>.

Será, pois, eficiente, a sanção que impute ao criminoso reprimenda superior ao proveito auferido com o delito. Quanto à predileção pelo instrumento sancionatório multa, com o fito de evitar deturpações, faz-se necessário asseverar que o *quantum* deverá ser proporcional ao dano econômico causado, atentando-se para os preceitos da vedação ao locupletamento; para os delitos de cunho não econômico, no entretanto, deverá ser obedecida proporcionalidade em cada caso concreto (se mais abastado, deverá pagar multa superior a quem possui menos recursos).

É forçoso igualmente atentar para outros reflexos centrais da doutrina de Posner, quanto às projeções econômicas no crime, tais como a prevenção do delito, os perdões, a intenção criminal, assim como os delitos de ódio. Principiando a análise pelos mecanismos de prevenção dos crimes, não se devendo olvidar que o elemento norteador da legislação deve ser o de desestimular o cometimento de delitos, ao imputar reprimenda mais gravosa ao delinquente que o proveito – ou

---

<sup>72</sup> Ibid., p. 306.

potencial proveito – a ser experimentado por este, ainda na esteira de sua “sanção penal ótima”.

Para Posner, a prevenção de ilícitos é a preocupação central do Direito Penal, e para que a lei seja eficiente, neste diapasão, ela deveria ser proporcional ao patrimônio do criminoso, em se falando de ilícitos puramente pecuniários, pois caso a aplicação de multa por dada transgressão penal fosse uniforme, ou seja, não fosse valorado o *quantum* na situação fática concreta, a prevenção poderia restar prejudicada, pois o mesmo valor para um delinquente pode ser irrisório e para outro pode ser excessivamente oneroso<sup>73</sup>. O mesmo raciocínio serve para dar conta da conduta dos criminosos contumazes (ou reincidentes).

De fato, os ordenamentos tendem a punir com mais rigor – ou estabelecem um “preço maior”, economicamente falando – aqueles que insistem em continuar a transgredir a lei, a despeito de já haver se sujeitado a reprimendas. Ocorre, por força da lei, verdadeiro desestímulo (ou prevenção) às condutas contrárias ao Direito, pois os custos de transação seriam praticamente impeditivos, embora o autor reconheça que apenas elevando a pena para os reincidentes geraria efeito econômico negativo, pois que a manutenção destes nos cárceres geram necessariamente custos – e expressivos – para o Estado. Por esse motivo entende ser mais racional e eficiente a legislação penal que criminalize apenas as condutas mais nocivas, vale dizer, que apenas mereçam a atenção do Direito Penal as condutas que atentem contra os bens jurídicos mais relevantes, quando todos os outros mecanismos de controle falharem, fazendo deste ramo jurídico verdadeira *ultima ratio*.

Caso não houvesse o caráter de seletividade no Direito Penal, e bens jurídicos menos relevantes também fossem tutelados, o dispêndio financeiro para o Estado seria de tal monta que praticamente constituir-se-ia em elemento impeditivo para o implemento das próprias punições preceituadas.

Ademais, para além do alto custo pecuniário, efeito tão ou mais gravoso imperiosamente ocorreria: as leis penais cairiam em desuso, aumentando o sentimento segundo o qual “o crime compensaria”. Explica-se: se uma lei penal preceitua penalidade para determinada conduta e, se esta se verifica, nasce para o Estado o poder-dever de punir. Todavia, como os custos da punição seriam excessivos – partindo-se do pressuposto que a seletividade das condutas mais gravosas inexistiria – o ilícito ficaria sem reprimenda, aumentando o

---

<sup>73</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de POSNER, R., 2013, p. 363.

sentimento de impunidade, pois que o crime, que possui punição, por mais que fosse cometido, não seria sancionado. Ocorreria, pois, verdadeira descrença na lei penal a ponto de não apenas os crimes menos graves serem estimulados, mas também os mais graves. Em outras palavras, a lei penal restaria desmoralizada.

Não se pode olvidar que o Direito Penal é expensivo por natureza<sup>74</sup>. Imagine-se que um delinquente encontra-se encarcerado, aguardando julgamento. Esta situação, por si só já gera custos para o Estado com a manutenção do preso (custos de transação penal). É corriqueiro o presídio localizar-se em cidade distinta da qual ocorre o julgamento. Dito isto, tem-se que na data da audiência o Estado dispense recursos com o traslado do preso até a comarca que se verificará o julgamento.

Estes gastos se materializam em combustível, diárias de servidores (motoristas, agentes penitenciários, policiais), o próprio custo do Judiciário, com magistrado e servidores, do Ministério Público e, comumente, o preso não possui advogado: surge a necessidade de advogado remunerado pelo Estado para promover a defesa, a saber, o defensor público. Os custos de transação são consideráveis.

Há quem se oponha a esta última tese alegando que há a possibilidade das audiências criminais se realizarem pelo sistema informatizado de vídeo-conferência, no qual o juiz, de sua comarca, preside o julgamento do preso sem a necessidade do deslocamento citado. É uma realidade. Todavia, não se pode esquecer que o acesso a esta sistemática ainda é exíguo, e também tem seu custo.

O propósito destas elucubrações não é querer fazer crer que o raciocínio econômico deve ser o único a nortear o Direito Penal, mas que também deve ser levado em consideração, em especial ao balizar o

---

<sup>74</sup> De acordo com a presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – ministra Cármen Lúcia, em informação veiculada no site institucional do CNJ, em 10/11/2016, a média nacional do que se gasta com apenas um preso por mês chega ao valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), cerca de treze vezes do que é investido por aluno do ensino médio (R\$ 183,00/mês). Levando-se em conta que a população carcerária no Brasil é de cerca de 700.000 (setecentos mil) presos, o custo anual com a manutenção dos encarcerados chega a soma de R\$ 20.160.000.000,00 (vinte bilhões e cento e sessenta milhões de reais). Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em 10 mar. 2017.

legislador na seleção das condutas mais nocivas, que mereciam a atenção de referido estatuto repressor.

Retomando a temática da maior severidade para o criminoso contumaz, agora sob outra perspectiva, Posner sustenta que algumas razões são determinantes para a justificativa de tal rigor<sup>75</sup>, e que o desencorajaria a continuar delinquindo, como a mácula indelével que pesaria sobre o criminoso, que conseqüentemente legitimaria o sentimento, por outras pessoas em geral, e sobre o julgador em particular, que sua natureza é criminosa (uma espécie de Direito Penal do Inimigo ou de culpa presumida, apta a relativizar direitos), e que eventual penalidade mais rigorosa, por isso mesmo, estaria plenamente fundamentada.

Posner também analisa as diferentes punições atribuídas às pessoas que consumam o ilícito, bem como às que apenas “tentam”, com base em duas razões econômicas, a saber:

A tentativa não se castigará tão severamente como o delito consumado, e há duas razões econômicas para isto: 1) outorgar ao infrator um incentivo para que mude de opinião até o último minuto (uma forma da dissuasão marginal) e 2) minimizar os custos do erro, já que há uma probabilidade maior de que o acusado seja realmente inócuo que no caso de alguém que consumou o delito. (Por que não é o fato de que a tentativa causa menos dano que o que haveria causado o delito consumado uma razão suficiente para o castigo menos severo da tentativa?)<sup>76</sup>

É bem verdade que a tentativa (ou seja, a não consumação do ilícito penal) nem sempre ocorre pelo arrependimento ou desistência voluntária do criminoso. Por vezes, o crime não se consuma por ocorrer situação alheia à vontade deste. De qualquer forma, a agressão ao bem jurídico tutelado é indubitavelmente menor, possuindo como corolário lógico reprimenda menor, e cujos custos seriam obviamente mais reduzidos para a efetivação da penalidade.

Em seguida, o autor aborda a temática “perdão” em âmbito criminal, asseverando que o perdão traz conseqüências tanto legais como extralegais. Perceba-se, portanto, que o perdão ocorre em momento posterior ao cumprimento da sentença. Em um olhar de soslaio, pode afigurar-se como inócua, pois já houve o “pagamento” da

---

<sup>75</sup> Nesse sentido, veja-se POSNER, R., 2013, p. 350.

<sup>76</sup> Id., 2013, p. 365.

pena. Todavia, a análise das consequências, sejam legais sejam extralegais, denota ser tal percepção falha, pois por mais que já tenha havido o exaurimento da pena, a situação do indivíduo poderia torna-se mais cômoda.

Explica-se: como exemplo, tem-se como efeito legal do perdão a não configuração da reincidência, em caso do cometimento de outro ilícito, acarretando eventual penalidade mais branda que se fosse legalmente qualificado como delinquente contumaz. Eis aí motivo suficientemente forte a fundamentar o perdão. Ao lado desta, tem-se as decorrências que transcendem a legalidade, v.g., a presunção do restabelecimento da idoneidade moral e/ou social do outrora delinquente.

Posner pondera que o perdão se desenvolve sobre uma estrutura de produção que considera a oferta e a procura, radicando-se na intersecção entre estes dois elementos, pois as benesses esperadas sofrem influência das benesses porventura obtidas se o perdão é conferido e da probabilidade de que se confira<sup>77</sup>. Por fim, o autor sopesa as espécies de custos oriundas do perdão, distinguindo entre custos legais – (conferidos pelo próprio Poder Judiciário), ordinariamente baixos, dada a maior simplicidade se cotejado com o processo de litígio propriamente dito, dado seu revestimento de aspecto mais trabalhoso e formal – e custos administrativos ou políticos, conferidos pelo Poder Executivo, também bastante custoso.

Adiante, Posner discorre sobre a intenção criminal, na qual reconhece que a teoria econômica desconsidera – consciente ou inconscientemente – referido elemento anímico, essencial em termos de uma teoria geral do Direito Penal. Isto pelo fato segundo o qual a intenção exerce variadas funções econômicas. O autor destaca ao menos três dessas funções, a saber, *a identificação da transferência coercitiva pura, a estimativa da probabilidade de apreensão e condenação e a determinação de se a sanção penal será um meio eficaz (justificado pelo custo) para controlar a conduta indesejável*<sup>78</sup>. Dessa forma, o elemento subjetivo é determinante na caracterização da ilicitude da conduta, motivo pelo qual, a depender do vício ou não, mais “cara” deverá ser a penalidade.

Na sequência, Posner analisa o que convencionou nominar “delitos de ódio”, assim entendidos os crimes cujo móbil é ideológico, ou seja, os cometidos contra pessoas que se enquadram em perfil

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, veja-se POSNER, R., 2013, p. 370.

<sup>78</sup> Id., 2013, p. 371.

determinado, v.g., judeus, profissionais do sexo, negros, homossexuais, e somente por isso despertam a ira de quem não os tolera, sendo mesmo verdadeiro etnocentrismo cultural. Perceba-se que referidos crimes são punidos com severidade maior que outros cujas motivações não são discriminatórias. Todavia, para além do sentimento de respeito à diversidade que inclina o legislador a assim agir: há razões de ordem econômica que justifica tal postura. Uma dessas razões se radica no fato, segundo Posner:

Também se justifica o castigo mais severo por razões econômicas se o dano psicológico da vítima de um crime de ódio é maior quando a vítima sabe que o criminoso está motivado no todo ou em parte pelo ódio ao qual pertence a vítima antes que por ambição ou hostilidade pessoal, ou se tais crimes são difíceis de evitar pelas vítimas potenciais<sup>79</sup>.

Esta a perspectiva eficientista de Posner, ilustrada por exemplos pertinentes da legislação penalista do Brasil, puramente ilustrativos, com o intuito de esboçar a aderência à *Civil Law* Brasileira, sem que isto constitua o objetivo do trabalho, em razão de não se pretender tratar especificamente de determinado ramo jurídico.

#### 1.1.1.1.2 A Perspectiva Pragmática de Posner

Os antecedentes que possibilitaram a migração de Posner do eficientismo para o pragmatismo remontam aos anos de 1980, oportunidade na qual principia a flexibilização de sua doutrina marcadamente eficientista, tendo como marco seu artigo *Wealth Maximization Revisited*<sup>80</sup>, no qual, ainda que de maneira demasiado parcimoniosa, reviu seu posicionamento – sob a influência das incisivas críticas recebidas, em especial de Ronald Dworkin –, quanto ao fato de a eficiência constituir o fundamento ético do Direito. Nesse sentido, aduz Salama:

Ao final, seu argumento reforçava sua convicção de que a maximização da riqueza seria no mínimo tão protetiva dos direitos e liberdades individuais quanto os demais critérios defendidos pela tradição liberal. A maximização da riqueza

<sup>79</sup> Id., 2013, p. 376.

<sup>80</sup> POSNER, Richard. “Wealth Maximization Revisited”, 2 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 85 (1985-1987).

estaria, então, firmemente assentada na filosofia liberal ocidental – nomeadamente (e claro, seletivamente) em Locke, Kant, Jefferson e acima de tudo em Hobbes. A discussão da teoria eficientista nos termos da filosofia política, por outro lado, parece ter sensibilizado Posner para uma série de desafios teóricos tratados de forma um pouco apressada em *Economics of Justice*. Mas a guinada teórica ainda levaria cinco anos<sup>81</sup>.

Dessa maneira, foi apenas em 1990, com a obra *Problemas de Filosofia do Direito*, que Posner reconheceu a inviabilidade do critério da eficiência como o único a ser levado em conta quando da feitura, aplicação e interpretação do Direito, sendo, pois, apenas mais um, que deve ser observado, ao lado das demais inclinações de justiça dos norte-americanos, chegando mesmo a agradecer<sup>82</sup> a Dworkin pelas críticas feitas no artigo *Is Wealth a Value?*<sup>83</sup>, a despeito de considerar a posição de Dworkin extrema<sup>84</sup>, pois a maximização da riqueza não poderia, segundo Dworkin, conduzir à justiça, vez que essa pressupõe valores, e a eficiência não seria um valor.

A partir de então, a postura posneriana tem sido a da razoabilidade como elemento central a ser observado no processo de tomada de decisão, ou seja, nitidamente pragmática, na qual se deve, diante do caso concreto, através da atribuição geral dos pesos, analisar-se a adequação dos meios utilizados aos fins pretendidos, observando-se

---

<sup>81</sup> Ibid., p. 22.

<sup>82</sup> POSNER, Richard A. “Tribute to Ronald Dworkin”, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9 (2007).

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, p. 191-226, mar. 1980.

<sup>84</sup> Nesse sentido é Salama: “O que Posner sugere tenha sido um “exagero” de Dworkin estaria provavelmente no ponto de partida da crítica de Dworkin. Ao criticar a teoria eficientista de Posner, Dworkin pressupusera, incorretamente, que o critério de eficiência de Pareto seria ‘o sentido usual [de eficiência] dentre a profissão [de economistas]’. Isso não é necessariamente verdadeiro, já que o termo eficiência pode ser entendido simplesmente como uma relação de maximização dos resultados a partir de uma ponderação entre custos e benefícios. Este ponto é importante porque, como vimos, a teoria eficientista não se resumia a uma mera aplicação da ética de Pareto. Daí por que o tributo de Posner a Dworkin, ao lado de conter passagens laudatórias, esteve permeado por insinuações de que Dworkin não fora um leitor suficientemente atento das obras que teria tão insistentemente atacado”. Ibid., p. 24.

a mínima onerosidade possível, assim como o impacto de possível restrição que a atribuição de direitos a alguém pode acarretar, focando-se, pois, na análise das possíveis consequências da decisão, tornando o Direito consequencialista por excelência, no qual a eficiência seria apenas um dos vários critérios a serem observados pelo aplicador, inviabilizando os voluntarismos de cunho legislativo e judicial.

Essa segunda perspectiva esboça o retorno de Posner à doutrina de William James, que enfatizava o impacto dos desdobramentos de ordem prática enunciados por dada teoria no processo de convicção do indivíduo. Ali Posner relega à secundariedade a maximização da riqueza, gravitando para a órbita de um pragmatismo com matizes de *LaE*, tal qual a cor “vermelho-sangue” que se converte em tonalidade rosácea, com o perdão – de já requerido – pelo uso de liberdade tão parcamente poética. Nesse sentido, vale ressaltar:

Um pragmatista vira as costas resolutamente e para sempre para muitos hábitos ararigados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, de soluções verbais, de razões ruins *a priori*, de princípios fixos, sistemas fechados e origens e absolutos fingidos. Volta-se para a concretude e a adequação, para os fatos, para a ação e para o poder. Isso representa tornar reinante o temperamento do empiricista e abandonar sinceramente o temperamento do racionalista. Significa ar livre e possibilidades junto à natureza, oposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade<sup>85</sup>.

Posner, adverte nesse particular para a importância que o pragmático confere a situações concretas da vida, e não às de cunho eminentemente teórico, focando na análise de suas possíveis consequências.

Ademais, os reflexos hermenêuticos do pragmatismo, decorrentes da obra *A Vontade de Crer*<sup>86</sup>, trazem a possibilidade de crença, pelo indivíduo, em dadas condições específicas, mesmo naquilo em que não se possui a certeza racionalmente da existência, ou seja, a decisão é tomada ao arrepio de haver lastro comprobatório ou não o bastante, situação na qual se afigura inaférível a exatidão ou inexatidão do processo decisório.

<sup>85</sup> JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 31.

<sup>86</sup> JAMES, William. **A Vontade de Crer**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

Posner, pois, apoia-se nessa doutrina como tentativa de fazer da *LaE* teoria suficiente a opor óbice ao realismo jurídico norte-americano, reduzindo, dessa forma, o ativismo judicial, ao superar a superficialidade do sentido manifesto esboçado na subjetividade pura do julgador, conferindo-lhe critérios minimamente objetivos para a tomada de decisão, oriundos, notadamente, da razoabilidade. Nesse sentido, é seu posicionamento, externalizado no prefácio da obra *Direito, Pragmatismo e Democracia*, que segue:

O liberalismo pragmático contrapõe-se ao que pode ser chamado de liberalismo deliberativo, que é a junção da democracia deliberativa e da adjudicação vinculada a normas ou a princípios. O liberalismo deliberativo modela a votação e a ação de representantes oficiais eleitos, guiados por razões outras que não por interesse, e a adjudicação conforme guiada por regras (nas versões que são menos formalistas). O liberalismo pragmático, com sua compreensão sem ilusões da natureza humana e seu ceticismo em relação ao efeito restritivo de teorias jurídicas, morais e políticas sobre as ações de representantes oficiais enfatiza as restrições institucionais e materiais do processo de tomada de decisão por representantes oficiais numa democracia<sup>87</sup>.

Tal postura de Posner encontra arrimo ao impor ao juiz o dever de formar boa motivação de sua decisão, devendo utilizar a linguagem de tais direitos para enfrentar os casos que instintivamente (analisando-se as possíveis consequências das decisões alternativas), não tomando por base apenas sua consciência, tornando o Direito, pois, consequencialista, robustecendo os princípios da segurança jurídica e da isonomia, e por isso mesmo potencialmente reduzindo os voluntarismos. Consequências essas que levam em consideração o caso concreto, o que de fato ocorre, relegando a segundo plano as implicações de ordem teórica. Ademais, Posner, ao partir do conceito de “adjudicação pragmática<sup>88</sup>”, rechaça a possibilidade de o magistrado pragmático julgar pura e simplesmente de acordo com sua consciência.

---

<sup>87</sup> POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010b, prefácio.

<sup>88</sup> Veja-se o pensamento de Posner: “A essência do conceito é bastante simples: o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que ‘todas as coisas’ incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu sentido mais

Todavia, convém asseverar que o pragmatismo não encontra sentido unívoco, tanto que Posner o distingue em filosófico (este subdividido em ortodoxo e recusante), cotidiano, e legal, chegando mesmo a afirmar que *o pragmatismo, não obstante o esforço e definição de William James, é muito difícil de definir. Isso porque ele não é só uma coisa, um conjunto de ideias, mas pelo menos três e, quem sabe, como veremos, cinco*<sup>89</sup>.

Posner se preocupa em definir qual das acepções supracitadas foi a utilizada por ele em sua teoria jurídica – a saber, a cotidiana<sup>90</sup> –, sem que disso decorra rompimento total de um sentido em relação a outro(s), pois, em repetidas ocasiões, guardam entre si pontos de contato. O pragmatismo cotidiano, para Posner, então seria:

O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar<sup>91</sup>.

O pragmatismo posneriano, ou cotidiano, privilegiando, pois, os fatos, poderia fazer supor, ante análise mais açodada, que a demasiada valorização do caso concreto, que seus adeptos gravitariam em torno de órbita alijada de objetivos ideológicos, com a consequente motivação através de situações de curto prazo, de nítida feição flexível, do ponto de vista moral. Todavia, trata-se de tentativa de impor limites e vínculos à atuação dos agentes, sejam estes legisladores ou julgadores, tanto no

---

amplo, e talvez, como veremos, ainda mais. Um juiz pragmático não é um ignorante em matéria de direito, fazendo o que lhe dá na veneta”. Id., 2010b, p. 10.

<sup>89</sup> Id., 2010b, p. 19.

<sup>90</sup> Segue o texto, *in verbis*: “As proposições são listadas em vez de defendidas; o livro defende o pragmatismo cotidiano em vez de o filosófico. No entanto, os dois pragmatismos estão relacionados; o filosófico pode criar um clima receptivo para o cotidiano e tem algumas aplicações diretas no direito e nas políticas”. Id., 2010b, p. 2.

<sup>91</sup> Id., 2010b, p. 38.

processo de feitura quanto de aplicação e interpretação do Direito. Ao final, Posner admite que *o pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho*<sup>92</sup>.

Percebe-se, então, que o propósito de Posner é, não extirpar das tomadas de decisão, tanto legislativas quanto judiciais, os interesses, mas reduzi-los tanto quanto possível, dada a impossibilidade fática de empreitada totalizante.

### 1.1.2 Da acepção ou Escola Neoinstitucional

A acepção ou Escola Neoinstitucional, consoante Roemer, entende ser “o estudo da Análise Econômica do Direito possui como meta a identificação das variáveis instrumentais das questões e processos que fundamentam a operação das instituições jurídicas de significação econômica<sup>93</sup>”.

Referida perspectiva caracteriza-se por ser a Economia dos custos de transação e dos direitos de propriedade. Seu objetivo é alargar o alcance da aplicabilidade da acepção original/tradicional, levando em consideração o modo através do qual a organização dos custos de transação e dos direitos de propriedade refletem nos incentivos, bem como no comportamento da Economia.

Perceba-se que houve mudança em relação ao paradigma tradicional, especialmente quanto à introdução da ampliação do estudo das instituições na AED, sob o – suposto – argumento que o modelo tradicional era bastante abstrato, logo, incapaz de solver a problemática real, notadamente em políticas públicas. Tal câmbio paradigmático ia de encontro ao pensamento de Coase, em seu célebre “Teorema”, dada a suposta “falência” da Microeconomia nas situações nas quais os custos de transação fossem superiores a zero – o que não raro se passa –, bem como os direitos de propriedade dos recursos, que assumem formas diferentes do padrão idealizado, cujas sistemáticas indubitavelmente se desenvolveram com o propósito do fomentar o capitalismo em sua acepção mais clássica.

Ainda quando Coase analisa transações com custos significativos, Demsetz afirma em seu artigo intitulado “Ownership and the Externality Problem”, que aquele não aprofundou sua lógica, vez que, se são custosas as transações, Coase estima que pode recorrer a um embate

---

<sup>92</sup> Id., 2010b, p. 42.

<sup>93</sup> Ibid., p. 41.

entre o custo privado e o custo social pelo fato de que certos custos não serão levados em consideração, à falta de entendimentos internalizantes entre interessados<sup>94</sup>. Nessa toada, a solução eficaz para a problemática de usos concorrentes de recursos escassos não seria atingida, dada a realidade bem presente da externalidade.

Mackaay e Rousseau, analisando a mesma problemática envolvendo Demsetz e Coase, trazem:

Demsetz se opõe a tal conclusão. A eficácia, aqui, reflete o julgamento do ótimo resultante do fato de que todos os ganhos são realizáveis por contratos celebrados dentro do sistema de preços (mercados), se concretizados, levam em conta todos os custos. Por isso, Demsetz sustenta que é preciso comparar a situação de duas propriedades distintas com aquela em que as duas pertencem a um único proprietário. Se um só proprietário administra o conflito de usos concorrentes entre as atividades do médico e as da marcenaria, aumentará a produção de uma delas desde que os ganhos por ela produzidos ultrapassem as perdas da outra. É exatamente para esse ponto que as negociações entre partes distintas seriam direcionadas na inexistência de custos de transação. Para Demsetz, o sistema dos mercados perfaz sua tarefa ainda que os custos de transação sejam não negligenciáveis. Isso pode ter consequências sobre o grau de bem-estar que se possa alcançar, mas fica, ainda assim, fora do mecanismo de preços e não prejudica em nada a sua eficácia<sup>95</sup>.

Todavia, Coase, ao analisar os custos de transação significativos, quando estes chegam a ser mesmo proibitivos para se chegar a um acordo, espousa a tese segundo a qual a solução deverá ser determinada pela identificação do sujeito que toma a iniciativa de barganhar no caso, conduzindo à escolha de uma saída, procedendo-se ao exame da solução a que se pode recorrer quando a outra parte não for acessível<sup>96</sup>, advertindo, como de estilo, que a hipótese de transações sem custo não é mais que mera simplificação que intenta reduzir complexidades para

---

<sup>94</sup> Nesse mesmo sentido, veja-se DEMSETZ, Harold. **Ownership and the Externality Problem**. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 282.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>96</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de COASE, R., 1960, p. 1-44.

compreender a teoria, atentando melhor para o mundo em que as transações são onerosas e em que a atribuição inicial de direitos pode bem ser a final.

A análise de Coase sugere que a solução a ser adotada para a restauração de determinado dano, em que pese a generalização engendrada por Demsetz – a saber, a aferição da eficácia pressupor que os direitos de propriedade devam ser, ainda que minimamente, fixados, sob pena de haver movimento de modo contínuo, que invariavelmente volve ao ponto de partida em pretender fundar a determinação inicial de direitos de propriedade sobre considerações de eficácia – não é tomada por regra jurídica oriunda da autoridade estatal, mas sim por outra fonte de Direito, esta de ordem informal – o costume, aqui materializado pela barganha –, na qual a pessoa que toma a iniciativa é, a um só tempo, quem assume o custo, estando os direitos bem definidos. Neste particular, faz-se mister evocar, para o pleno entendimento dessas fontes de Direito as denominadas faixas ou campos de juridicidade.

Por faixas ou campos de juridicidade deve-se entender os setores pelos quais as normas jurídicas espraiam seus efeitos. Existem três faixas: a da legalidade estrita, a da zona de liberdade, e a da ilegalidade. A primeira diz respeito às situações nas quais a própria lei já traz pré-determinado todo o proceder a ser adotado pelo agente, sendo verdadeiro ato vinculado; a segunda faixa, a da zona de liberdade, é aquela na qual, reconhecendo-se a falibilidade do Direito legislado para dar conta de todas as complexidades – não consegue normatizar tudo – que envolvem o social, empresta validade à vontade dos agentes, ainda que não regulado pelo Direito estatal, mas segundo suas diretrizes: é o que se conhece como discricionariedade; a terceira e última faixa é a da ilegalidade, segundo a qual o procedimento dos agentes não encontra respaldo nem no Direito estatal nem nos costumes, motivo pelo qual deve se sujeitar – e não efetivamente se sujeita – a dada reprimenda, dado o caráter deontológico<sup>97</sup> do Direito. Coase alude à segunda faixa.

---

<sup>97</sup> O caráter deontológico do Direito se radica em seu caráter contingencial, na medida em que a norma jurídica, através da qual o Direito se expressa, admite a possibilidade de os atores sociais se portarem em desconformidade com os mandamentos na norma materializados, mas todavia *podendo* se sujeitarem a *eventuais* reprimendas. A hipoteticidade aqui verificada baseia-se no caráter não causal do Direito, sendo este de mera imputação, e figurando como seus elementos essenciais, como consequência, a bilateralidade (existência de pluralidade de sujeitos), a disjunção (possibilidade de os sujeitos transgredirem os padrões de conduta havidos por acertados pela norma jurídica –

Ademais, é metodologicamente recomendável adotar pressupostos simplificadores da realidade, com o propósito de possibilitar ao pesquisador centrar-se única e exclusivamente na essência do problema, desde que bem escolhidas as variáveis a serem consideradas e desprezadas. Nesse sentido, a Teoria Econômica é de grande valia, pois torna o problema compreensível e tratável. Na mesma esteira é o posicionamento de Ivo Gico Jr., para quem:

Outro ponto relevante é a questão do uso de modelos para explicar o comportamento humano. A ciência busca compreender e explicar o mundo. Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil<sup>98</sup>.

Efetivamente, Coase, por motivos pura e simplesmente didáticos, propõe a doutrina do custo zero nas transações, o que não significa dizer que o mesmo ignora a realidade onerosa que, não raro, ocorre, consoante explicitado. Ademais, Coase logra relativa aceitação, por parte dos autores que se dedicam à AED, no sentido de a teoria se prestar a analisar as instituições de tal forma que sua operação se explique e forme parte integral do modelo econômico.

Quanto aos aspectos metodológicos, como se pôde observar, a acepção neoinstitucional adota como metodologia geral a da acepção tradicional, mas com alguns traços diferenciadores que, consoante Roemer, são: *individualismo metodológico, maximização da utilidade,*

---

contingência) e a sanção (para o caso de restauração da ordem jurídica ante a possibilidade real do descumprimento do mandamento jurídico). A acepção adotada (a norma jurídica como juízo disjuntivo) possui como marco teórico a formulação engendrada pelo jusfilósofo argentino Carlos Cossio (1903-1987), criador da “Teoria Ecológica do Direito” (que concebe o Direito sob o prisma da conduta humana em sua interferência intersubjetiva) ao analisar a natureza da norma jurídica. Nesse sentido, recomenda-se a leitura de COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

<sup>98</sup> Ibid., p. 24.

*racionalidade limitada e comportamento oportunista*<sup>99</sup>. Analisam-se, pois, um a um esses traços metodológicos diferenciadores.

Quanto ao primeiro (individualismo metodológico), entende-se a atribuição de uma significação distinta à função dos indivíduos decisores em dada organização; o coletivo já não mais goza de protagonismo, pois a nova ênfase trazida pela Escola reside em se estabelecer a teoria do ente coletivo a partir da análise particular de seus componentes.

O segundo elemento, isto é, a maximização da utilidade, ou máxima utilidade geral, pugna que a oposição existente entre a teoria da eleição do consumidor e a teoria da empresa finda, a partir do momento em que ocorre o aumento da tese da maximização da utilidade a todas as opções individuais, pois que o ser humano invariavelmente buscaria o atingimento de seus objetivos, nas balizas estabelecidas pelo contexto no qual está inserido, sendo desimportante a efetiva distribuição entre os indivíduos.

O terceiro elemento é a racionalidade limitada, que é o reconhecimento de os indivíduos serem limitados para processarem as informações que de fato ocorrem nas instituições. Nesse sentido, é salutar a lição de David Kreps:

Um indivíduo completamente racional pode prever tudo o que poderia acontecer, para avaliar e eleger a forma ótima entre as diferentes ações que se lhe apresentam, tudo isso em um abrir e fechar de olhos e sem custo. Ao contrário, um indivíduo limitadamente racional trata de maximizar, mas lhe resulta custoso fazê-lo; ao ser incapaz de prever todas as contingências, e consciente de dita incapacidade, toma providência antecipadamente para um tempo (caso inevitável) e posterior quando se apresente uma contingência imprevista<sup>100</sup>.

Percebe-se aqui a assunção da falibilidade humana para lidar com a assimetria de informações, materializada quando na negociação um dos agentes possui informações superiores às do outro, seja do ponto de vista qualitativo ou quantitativo, ressaíndo como corolário lógico a

---

<sup>99</sup> Ibid., p. 45.

<sup>100</sup> KREPS, David M. **A Course in Microeconomic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 745.

tomada de decisão deste último, senão como vício de vontade<sup>101</sup> autêntico, ao menos como falsa percepção da realidade fática.

Há ainda o cognominado comportamento oportunista. Tal característica é consequência lógica da anterior (racionalidade limitada), pois na ausência desta e do oportunismo, todas as tratativas econômicas seriam simplistas, resultando como inúteis quaisquer estudos sobre instituições econômicas. Oportunismo e racionalidade se entrelaçam, pois enquanto a racionalidade limitada erige óbice à feitura de contratos complexos, poderia haver uma confiança generalizada – pois tudo se estribaria na boa-fé – sobre contratos incompletos caso os agentes econômicos fossem dignos de confiança.

Entretanto, não raro, as pessoas dissimulam suas reais intenções<sup>102</sup>, animadas pela busca de seus próprios proveitos, sendo bastante difícil distinguir os atores oportunistas dos não oportunistas. Nesse sentido, é relevante externar a lição de Cooter e Ulen:

O comportamento racional é a busca de fins congruentes através de meios eficientes. A irracionalidade se apresenta quando os fins são contraditórios ou os meios são ineficientes. Com esta definição, a racionalidade enseja a arbitrariedade substancial dos fins. Especificamente, o comportamento pode ser racional ainda quando os fins sejam antissociais e os meios imorais<sup>103</sup>.

Posner se insurge contra dada postura, ao afirmar que a *racionalidade limitada, além da proposta de que a informação é demasiado onerosa, sofre com a falta do aspecto material*<sup>104</sup>. Ainda de acordo com Posner, a teoria da organização não agrega elemento algum à Economia, que a literatura sobre os custos da informação já não houvesse agregado anteriormente. E arremata concluindo que a nova

---

<sup>101</sup> Nesse caso, tomando-se por base a doutrina civilista brasileira quanto aos defeitos do negócio jurídico, entendendo-se ser a hipótese de vício de vontade assemelhar-se-ia ao instituto conhecido como “erro ou ignorância”, inculpidos nos artigos 138 a 144 do Código Civil Brasileiro, trazendo como potencial consequência a anulabilidade da avença.

<sup>102</sup> Aqui o vício de vontade seria a simulação (artigo 167 do Código Civil), acarretando esta efeito mais drástico: a nulidade do negócio jurídico. Em outras palavras, a avença sequer chegaria a irradiar efeitos jurídicos, vez que eivada pela mácula da invalidade.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>104</sup> *Id.*, 2013, p. 47.

*Economia institucional, salvo na versão de Coase, não é mais que Economia, e que o movimento tradicional de Análise Econômica do Direito não é mais que Economia também*<sup>105</sup>. Esses os elementos metodológicos da acepção neoinstitucionalista da AED.

Quanto às unidades de análise, a acepção neoinstitucionalista da AED traz os direitos de propriedade, instituições e os custos das transações. Por direitos de propriedades deve-se entender, consoante Commons, *uma ação coletiva no controle, liberação e expansão da ação individual*<sup>106</sup>.

A influência da atribuição e utilização dos bens econômicos de forma determinada e com relativa previsibilidade, em dada economia, pelo modo como os direitos de propriedade estão dispostos, constitui a proposição principal da acepção da AED ora em apreço, a saber, a parte do conhecimento científico que objetiva dispensar os mais diversos instrumentos teóricos, bem como os verificáveis empiricamente da Ciência Econômica e afins à Ciência Jurídica, com o propósito de fomentar o alargamento de sua compreensão e envergadura, além de contribuir com o aprimoramento das normas jurídicas, desde sua feitura até a aplicação, focando na análise de suas possíveis consequências.

Quanto às instituições, tem-se um sistema de normas a respeito de um conjunto particular de atividades ou, como prefere Douglas North, *uma instituição consta fundamentalmente de restrições informais, regras formais e características de observância obrigatória ou ambas*<sup>107</sup>. As instituições são, desta forma, cruciais para a AED, porque regulam, ainda que de forma imperfeita, o comportamento social dos cidadãos individuais. A isso Gonçalves e Stelzer denominaram “Mínimo Ético Legal”<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup>Id., 2013, p. 47.

<sup>106</sup> COMMONS, John R. **Economics of Collective Action**. London: Macmillan, 1950, p. 21.

<sup>107</sup> NORTH, Douglas C. Institutional Change and Economic History. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Tübingen, v. 145, n. 2, p. 238-245, feb. 1989.

<sup>108</sup> Segue, *in verbis*: *Entende-se, assim, que a prática jurídico-econômica de mercado social, como discurso vigente, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme realidade inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de dialética social-econômico-normativa inclusiva e progressista, ainda conforme ao que se defende como Mínimo Ético Legal (MEL)*. Ibid., 2014, p. 268.

Os custos de transações, por sua vez, desempenham importante função na teoria monetária, apresentando distintas facetas. Para Coase, significa *o custo de utilizar o mecanismo de preços*<sup>109</sup>; para Demsetz, é *o custo de intercambiar títulos de propriedade*<sup>110</sup>. Furubotn e Richter entendem como *todo custo relacionado com a criação, mudanças e usos de uma instituição ou organização*<sup>111</sup>.

Dessarte, as diferenças nos custos de transação são potenciais desveladores das diferenças no processo de escolha e desenvolvimento das avenças em sede de contratos, englobando inclusive modos alternativos de organização da produção. Desta forma, a acepção da AED ora em escopo deixa entrever que a lógica da existência das empresas consiste em possibilitar a moderação de condutas oportunistas verificáveis após a celebração dos contratos, através da redução dos custos de monitoramento da permuta e do direcionamento da atribuição das unidades adjacentes.

Perscrutadas as unidades de análise da acepção neoinstitucional da AED, é forçoso aferir seu conceito de eficiência. Consoante Roemer:

A eficiência se define como a maximização restringida. As condições de eficiência são vistas como as propriedades de uma solução determinada (equilíbrio), implicada por uma construção teórica dada. De acordo com este ponto de vista, as soluções de um sistema são sempre eficientes se satisfazem as restrições que o caracterizam<sup>112</sup>.

À luz de referida conceituação, tem-se que estabelecido dado conjunto organizacional, a resposta que decorre da problemática econômica é havida por eficiente. A nova concepção da Escola de Chicago (ou Tradicional), com o escopo de analisar os custos de transação e os direitos de propriedade é bastante conveniente do ponto de vista metodológico, pois além de fornecer opções negociais aos decisores da empresa, superando a divergência verificada entre as opções de produção e consumo da teoria, tem também em conta a

---

<sup>109</sup> COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, Chicago, v. 4, p. 364-396, sept. 1937.

<sup>110</sup> DEMSETZ, Harold. The Cost of Transacting. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 82, p. 1-42, aug. 1968.

<sup>111</sup> FURUBOTN, Eirik G.; RICHTER, Rudolf. **The New Institutional Economics: A Collection of Articles from the Journal of Institutional and Theoretical Economics**. Texas: A & M University Press, 1991.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 53.

limitação institucional adequada, proporcionando à teoria ocultar muitos dos pontos positivos manejados por modelos pretéritos *ad hoc*, amealhando notável apoio de ordem empírica. Consoante Roemer:

Reduzir a teoria a uma forma mais simplista tem aumentado sua generalização e, portanto, o alcance de sua aplicabilidade; enquanto que centrar-se no indivíduo tem posto em relevo as características das instituições utilizadas para chegar a decisões coletivas, fomentando desta maneira a análise de um leque mais amplo das formas organizacionais e das regras jurídicas<sup>113</sup>.

É possível afirmar que ao lado de outras acepções contemporâneas da AED, a exemplo da Escolha Pública (*Public Choice*), dos Direitos de Propriedade (*Property Rights*) e dos Estudos da Crítica Jurídica – ECJ<sup>114</sup>, a acepção neoinstitucional tem aportado significativamente no sentido de alargar o conteúdo da análise econômica das questões jurídicas. Todavia, consoante Roemer *a análise da perspectiva neoinstitucional não caminha rumo à consolidação de uma teoria compacta e totalizadora. Há numerosas questões que carecem de respostas*<sup>115</sup>.

Assim, tem-se que não há razões para se pressupor que há exclusão recíproca entre as perspectivas, mas abre-se possibilidade de conjugação entre as mesmas para se proceder à análise mais acurada do fenômeno jurídico, sob a batuta da Teoria Microeconômica.

### **1.1.3 Da acepção ou Escola dos Direitos de Propriedade (*Property Rights*)**

Quanto à perspectiva dos Direitos de Propriedade (ou *Property Rights*), tomando por base a doutrina posneriana, tem-se que o mercado seria o ambiente mais propício e, logo, eficiente, de determinação destes direitos, primando pela barganha, sendo desnecessária a intervenção estatal, não raro morosa, dispendiosa e cujas decisões – judiciais – nem sempre põem fim ao conflito de interesses, sendo sabedor que os crivos jurídico e econômico são passíveis de divergência<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibid., p. 53.

<sup>114</sup> Em realidade, os Estudos da Crítica Jurídica – ECJ, não constitui acepção autônoma da AED, mas sim movimento intelectual oposto à acepção tradicional da AED, nos EUA, na década de 1970.

<sup>115</sup> Ibid., p. 54.

<sup>116</sup> Nesse sentido, veja-se POSNER, R., 1973, p. 143.

A análise econômica no Direito Civil, em particular nos direitos reais, possibilita a observação que os ilícitos cometidos se caracterizam pela compensação – como regra pecuniária – dos que se viram danados. Trata-se eminentemente de contraprestação financeira sobre bens patrimoniais disponíveis, que necessitava da demanda da vítima para efetivar-se, seja judicial ou extrajudicialmente.

Para a plena compreensão da Escola em apreço, faz-se forçosa a análise dos direitos reais – cujo estandarte maior é, de fato, o direito de propriedade – assim como considerar a diferenciação proposta entre análise dinâmica e análise estática.

Por análise estática se deve entender a supressão da dimensão temporal da atividade econômica, partindo-se do pressuposto segundo o qual as adaptações a eventuais mudanças se dão ao mesmo tempo. Tal postura possui pouca aderência à realidade, o que não significa dizer que é inservível. A análise dinâmica, por sua vez, parte do referencial que a adaptação a mudanças é instantânea, sendo autorizada a conclusão que os direitos de propriedade foram inicialmente concebidos sob o viés da dinamicidade.

Estribado em Posner, é lícito depreender que a ausência dos direitos reais, cujo direito matriz é o direito de propriedade, bem como de seus instrumentos legais protetivos, acarreta a exploração ineficiente dos recursos<sup>117</sup>, que por natureza são escassos – ainda que haja gradações de escassez de um ou outro bem especificamente –, pelo fato de não haver qualquer incentivo à produção, dado que não se poderia exigir de maneira garantida qualquer contraprestação pelo produto oriundo do esforço.

Isto porque se dado bem não possui o signo da exclusividade, vale dizer, a oposição *erga omnes*, cujo propósito é afastar a incidência do poder de toda a coletividade sobre este, que estaria obrigada a respeitar a relação que se estabelece direta e imediatamente entre o sujeito de direito e o objeto de direito – através de um liame jurídico: o direito de propriedade – todos os bens seriam de todos e de ninguém concomitantemente. Disso decorre que não haveria qualquer impedimento para o assenhoreamento do produto oriundo do trabalho de uma pessoa em um imóvel, por exemplo, por outrem, que não havia concorrido, ainda que minimamente, para a produção de riquezas.

No entanto, não se quer fazer crer que a característica da exclusividade retromencionada deva assumir contornos absolutos, mas sim que confere estabilidade maior à relação jurídica que se estabelece

---

<sup>117</sup> Nesse mesmo sentido, recomenda-se a leitura de POSNER, R., 2013, p. 75.

diretamente entre o sujeito de direito (proprietário) e a coisa (ou *res*) propriamente dita (a propriedade). Uma série de limitações, seja de ordem pública, *v.g.*, tombamento, requisição administrativa e, em casos mais drásticos, a desapropriação, bem como de ordem particular, a exemplo da utilização anormal da propriedade, nos casos de atentado à saúde, ao sossego e à segurança dos vizinhos, podem ocorrer, relativizando sensivelmente tanto a oponibilidade *erga omnes* quanto a exclusividade do direito de propriedade. Nesse sentido, assevera Stephen:

O moderno conceito econômico dos direitos de propriedade, apesar de ter sido argumentado que a eficiência aumenta com a universalidade, a exclusividade e a transferência dos direitos de propriedade, observou-se que nem sempre isso é possível. Alguns recursos, tais como a atmosfera, não podem ser alocados desta maneira. A importância da exclusividade e transferência tem sido salientada considerando-se os estudos dos casos de recursos de propriedade comunitária<sup>118</sup>.

Malgrado a comparação, observe-se a ausência de propriedade sobre as chamadas *res nullius*, ou coisas de ninguém, como os peixes do mar. Se não pertencem a ninguém, em tese todos podem destes se assenhorearem, o que pode acarretar a extinção da fauna marinha, caso não haja a intervenção do Direito. Mais palpável é o exemplo de um pasto para gado que não seja de propriedade individual: todos podem inserir lá as suas vacas, no número que quiser, sem que qualquer pessoa possa a isso se opor. A potencial consequência deverá ser a morte dos animais por inanição, dado o escasseamento da comida pelo número excessivo de vacas, pelo não acautelamento na utilização dos recursos. Tal problemática poderia ser solucionada à luz da atribuição do direito de propriedade individual, pois que haveria incentivo à exploração racional e eficiente dos recursos, que são escassos. Há pois, acercamento da “tragédia dos comuns”, que consiste em situação na qual pessoas procedem de maneira autônoma e racional, conforme seus interesses, atuando na “contramão” dos interesses coletivos, fazendo com que se escasseie irreversivelmente determinado recurso que é de interesse de todos.

Quanto às limitações oriundas de questões particulares, inevitável não aludir ao “Teorema de Coase”, quando preceitua que as falhas nas

---

<sup>118</sup> STEPHEN, Frank. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 24.

transações, desde que o custo fosse baixo (zero ou próximo disso), a atribuição inicial de direitos não refletiria na eficiência da utilização dos recursos. Referidas falhas seriam corrigidas através do mecanismo de barganha. Embora esta doutrina tenha sido engendrada em âmbito de Direito consuetudinário, não há óbices para sua transposição ao plano do *Civil Law*, onde as próprias partes poderiam transigir os direitos patrimoniais disponíveis entre si.

Atente-se para o fato que em qualquer que seja a situação a primazia deve ser outorgada à solução que possibilite o maior proveito. Uma exemplificação simplista estribada na doutrina de Ronald Coase, ajuda na compreensão da temática. Observe-se. Trens que ao se locomoverem emitem faíscas passam por determinada propriedade agrícola, expondo esta a incêndio, com o potencial risco de dizimar a plantação. Como corrigir esta distorção? Atente-se ao fato que a natureza do problema é recíproca: o mesmo direito que o proprietário das locomotivas possui de explorar a atividade econômica possui o dono da imóvel agrícola também possui. A decisão deve ser pela adoção da solução mais proveitosa.

A título ilustrativo, suponha-se que a circulação de riquezas produzida pelas locomotivas por mês seja da ordem de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), ao passo que o agricultor auferne no mesmo período de tempo o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Por mais que seja lícito ao agricultor explorar sua atividade econômica, em razão da natureza recíproca do problema, o fato é que seria uma irracionalidade fazer cessar a atividade produtiva do dono das locomotivas, que lhe causa prejuízo ao agricultor ao explorar, ainda que de maneira regular sua atividade. Caso fosse decretada de fato a cessação da atividade, o impacto econômico seria gigantesco, dadas as pessoas que emprega e o montante de recursos movimentado. É evidente que essa seria a solução mais drástica, pois há outras soluções potenciais, a saber, a tributação, por lei, do proprietário dos vagões, ou até mesmo a demanda judicial para indenização.

Ocorre que nenhuma dessas seria a solução que maximizaria a utilização eficiente dos recursos, pois além do risco de ocorrer a inércia legislativa, o Judiciário poderia ser moroso: a barganha, desde que os custos de transação fossem baixos, seria bem mais eficiente. Suponha-se que o dono dos vagões se dispõe a pagar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por mês para o agricultor cessar suas atividades. Seria bom para todos: praticamente não houve repercussão financeira para o dono dos trens, que continua a desenvolver sua atividade, e para o agricultor

houve acréscimo de renda sem que ele sequer precisasse trabalhar. O mesmo vale para a situação contrária (se o valor auferido pelo agricultor fosse superior ao da exploração econômica dos bens). Perceba-se aqui que o critério de eficiência utilizado é o de Kaldor-Hicks, com a compensação àqueles que experimentaram prejuízo.

Por mais que o Direito crie o instituto da propriedade individual, este, por si só, não é capaz de dar conta das complexidades que envolvem o manejo eficiente dos recursos. É imperioso que os direitos também se possam transferir, pois por vezes o proprietário não encerra em si a *expertise* necessária para explorar na plenitude todas as potencialidades do bem. Há, portanto, a necessidade da possibilidade de transferi-lo a quem reúna tal aptidão. Consoante Stephen:

Em algumas circunstâncias, a ausência de transferência impede o investimento. Tome, como exemplo, o caso onde existe somente o usufruto (direito de uso) com um período de tempo limitado, tal como o desfrutado por um arrendatário sem nenhum direito ou com um direito imperfeito de recuperação dos investimentos na terra, ou o de um membro de uma cooperativa de produtores que tem somente o direito a uma parte de sua renda enquanto trabalhar na cooperativa. [...] É necessário que haja um mecanismo por meio do qual os membros de uma cooperativa possam obter um retorno de seu investimento ao saírem da cooperativa, ou seja, sua parte não deve ser apenas transferível, mas vendável<sup>119</sup>.

No entanto, seria precipitado asseverar que a eficiência da propriedade seria atingida com o deferimento do direito real a um particular. Isso porque não é simplesmente o fato de se promover a maximização dos recursos valiosos: há que se levar em consideração os custos inerentes aos direitos reais, mais especificamente o de propriedade (fixos e variáveis).

Outro ponto que merece atenção é a problemática da criação e efetivação dos direitos de propriedade, pois estes, além de se revestirem de um caráter de exclusividade relativizado, sua oponibilidade *erga omnes* também se relativiza, caso o cumprimento forçoso desses direitos tivessem custo zero ou próximo de zero. Algo bastante similar ao que preceitua o “Teorema de Coase”. Em sociedades menos desenvolvidas,

---

<sup>119</sup> Ibid., p. 20.

a extensão dos direitos de propriedade tendem a ser reduzida, pois que os custos para sua implementação não são interessantes, caso analisadas a partir da perspectiva econômica, pelo fato de a normalização formal impor custos que tornariam impeditiva a transação, dada a ínfima ou até mesmo inexistente repercussão financeira positiva para o indivíduo; isso sem falar da possibilidade – real – de efetivo prejuízo para este. Com efeito, Posner sentencia:

A negação de um direito de propriedade pode ser um instrumento para economizar, tal como é a criação deste direito. Outro exemplo é a doutrina do fideicomisso público, segundo a qual as vias aquáticas navegáveis, as terras baixas e certas praias ficam reservadas para o acesso público: ninguém pode estabelecer um direito de propriedade nelas. Se um recurso é valioso mas não escasso (um paradoxo?), a criação de direitos de propriedade não desempenha nenhuma função econômica: apenas incita a busca de renda e se traduz na dissipação do recurso<sup>120</sup>.

Todavia, na maioria dos casos, o cerne do problema não se radica na atribuição ou negação do direito de propriedade, mas sim no estabelecimento de restrição ou não dos mesmos, tratando dita limitação de pavimentar o caminho mais adequado da mudança no manejo de recurso valioso. Essa a problemática oriunda da criação e aplicação dos direitos de propriedade.

Faz-se forçoso também salientar as distintas acepções que o direito de propriedade possui na Ciência Econômica e na Ciência Jurídica. Na Ciência Econômica o direito de propriedade possui conotação eminentemente dilatada, vez que designaria qualquer mecanismo jurídico, particular ou público, não necessariamente formal, cujo propósito seria o de otimizar os interesses, ao reduzir custos. Tal noção se afigura como incompatível com a natureza da Ciência Jurídica, vez que nesta os direitos de propriedade se revestem de um caráter formal.

Quanto aos potenciais efeitos da atribuição formal de direitos reais à luz das curvas de demanda e oferta, analisam-se, ainda que brevemente, os efeitos do ponto de vista da eficiência da utilização dos recursos, bem como daqueles incidentes sobre a distribuição da riqueza. A melhor compreensão dessa situação passa necessariamente pela via exemplificativa. Observe-se. Imagine-se que uma fábrica, para produzir

---

<sup>120</sup> Id., 2013, p. 76.

determinado produto, emite ruídos que transcendem a esfera da razoabilidade, impondo aos vizinhos o custo de suportar o barulho.

A legislação brasileira, mais especificamente o Código Civil<sup>121</sup>, no Livro III, que trata do Direito das Coisas, analisando o uso anormal da propriedade, nos direitos de vizinhança, artigos 1.277<sup>122</sup> e 1.278<sup>123</sup>, traz parâmetros a respeito do tratamento do tema no Brasil.

Ou seja, caso o incômodo seja tolerável, não deve ser reprimido. Caso intolerável, o magistrado deverá, de início, determinar a redução do incômodo (ao sossego, à saúde e à segurança), a níveis normais; sendo impossível a redução do incômodo a níveis toleráveis, poderá decidir, inclusive, pela cessação da atividade. Tal cessação apenas não será possível se a atividade, embora nociva, seja de interesse público (um paradoxo?), não podendo ser reduzido o incômodo, hipótese na qual a empresa deverá indenizar, mas reitera-se: sem suportar o gravame da cessação das atividades.

À luz do exposto, a legislação brasileira trata de maneira “rasa” o problema, não atentando para os efeitos globais que esta distribuição de riquezas oriundas de dita indenização acarretam. Preocupa-se apenas com as questões mais óbvias, diretas e, portanto, superficiais. Há uma aproximação da noção de externalidade, que norteou a doutrina – já superada desde a década de 1960 – de Arthur Pigou.

O Direito Brasileiro, quanto ao caso em questão, entende como o único efeito incidente sobre a riqueza a melhoria da condição dos vizinhos e o experimento de um gravame por parte do proprietário da fábrica. Porém, essa é uma percepção demasiado “curta”, pois, no exemplo proposto, o robustecimento do prejuízo oriundo do barulho da

---

<sup>121</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

<sup>122</sup> Segue o texto, *in verbis*: Art. 1.277 – “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocados pela utilização da propriedade vizinha.

Parágrafo único – Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

<sup>123</sup> Segue o texto, *in verbis*: Art. 1.278 – “O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal”.

empresa – e conseqüentemente o aumento do custo dos mais variados instrumentos utilizados para reduzi-lo a níveis toleráveis –, aumenta na proporção que cresce a produção. Com isso, a repercussão financeira negativa imposta pela obrigação de indenizar aos vizinhos, impactará diretamente no custo marginal da empresa.

É possível existir perspectiva contrária, apoiando-se na corrente tradicional (*mainstream*) da Academia brasileira, ainda notadamente hostil à ideia de interação entre Economia e Direito, em posição de paralaxe quanto à metodologia científica legada pela AED – muito embora o empenho colossal em tentar desacreditar essa realidade já sexagenária a nível mundial, e há mais de duas décadas em desenvolvimento no Brasil, seja indicativo de reconhecimento de algum acerto das premissas trazidas pela AED –, possa se insurgir a essa reflexão, alegando o Direito Brasileiro pautar-se em direitos individuais, e não na ideia de riqueza.

Referida postura de rechaço, embora absolutamente legítima, do ponto de vista da natural variabilidade de perspectivas, necessária ao crescimento intelectual, típica – ou pretensamente típica – do mundo acadêmico, parece não resistir às investidas – igualmente legítimas – doutrinárias da AED, ficando talvez mais calcada na clássica frase de Veloso: *E à mente apavora o que ainda não é mesmo velho*<sup>124</sup>...

Explica-se. É bem verdade que a tradição jurídica na qual se engendrou e desenvolveu a AED (a realidade dos EUA) é diversa da brasileira, de inspiração romano-germânica (*Civil Law*). Todavia, isso, por si só, não constitui impedimento para pensar-se o Direito Brasileiro a partir da metodologia trazida pela Teoria Microeconômica. Afinal, qual o mal de se substituir no Direito critérios de jaez potencialmente políticos e subjetivistas por critério objetivo de justiça estribado na técnica?

Entretanto, não se pode simplesmente querer “importar” o discurso para *terrae brasilis* automaticamente: há que se fazer as adequações necessárias, notadamente em razão de a formação dos juristas brasileiros em geral não primar pela interdisciplinaridade, assim como a solidez em andamento das instituições, dado o Brasil ser ainda País em desenvolvimento, e não efetivamente desenvolvido, o que denota cautelas adicionais, em especial para coibir a pecha da corrupção. E até por essa razão a AED se justifica com maior força, ao reduzir os voluntarismos legislativos e judiciais, substituindo – não com

---

<sup>124</sup> VELOSO, Caetano. **Sampa**. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/caetano-veloso/41670/>. Acesso em 11 mar. 2017.

exclusividade – os critérios políticos e potencialmente corruptos por critério objetivo técnico.

Não significa ser a *ultima ratio*, mas não há óbices para sua implementação, até por inexistir incompatibilidade da técnica com direitos individuais, pois, consoante Gonçalves e Stelzer, há a necessidade da *inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica*<sup>125</sup>.

Ademais, é típico do Direito a interdisciplinaridade: Direito-Sociologia, Direito-Filosofia, Direito-Medicina, Direito-Pedagogia, Direito-Literatura, até mesmo Direito-Biologia (afinal, não se trata de mera discricionariedade legislativa, por exemplo, o período aquisitivo de férias a cada doze meses, ou os intervalos para descanso na jornada de trabalho, mas de “colaboração” da Ciência Biológica ao Direito), Direito-Política etc. Nesse sentido a lição de Avelino, para quem:

A necessidade de limitação da jornada de trabalho bem como a concessão dos necessários intervalos são justificadas face aos fundamentos de natureza fisiológica, social e econômica. O fundamento fisiológico está no sentido da proteção ao trabalhador empregado, basicamente das consequências da fadiga. Como já falamos, essa fadiga manifesta-se principalmente através do sono e da sensação de fome. Tal proteção valoriza a força de trabalho<sup>126</sup>.

Qual o elemento impeditivo para a interdisciplinaridade Direito-Economia? Afinal de contas, não sucede com o corte metodológico idôneo a harmonizar o estudo de todas as interações entre os ramos citados também com o Direito e a Economia? Os limites de aplicação de cada Ciência supracitada ao Direito também não necessitam ser “demarcados”? No entretanto, não se vê resistência à estreiteza das relações estabelecidas entre Direito e Sociologia, por exemplo.

Mas retornando ao exemplo do direito de vizinhança que possibilitou todas essas elucubrações, tem-se que resulta o elemento econômico como fator de desestímulo ao cometimento de danos, pois ao

---

<sup>125</sup> Id., 2014, p. 261-290.

<sup>126</sup> AVELINO, Geraldo Antônio. Os intervalos para descanso na jornada de trabalho. **Revista da Faculdade de Ciências Administrativas de Curvelo**, Curvelo, v. 2, p. 33-52, mar. 2011.

ser atribuída indenização, é nítido o desfavorecimento ao poluidor<sup>127</sup>. Vale dizer, afigura-se como mecanismo de pressão, mitigando o entendimento contrário ao movimento AED, pois aqui a busca “invariável” pelo capital em detrimento do bem-estar geral não é tão invariável assim!

Em última análise, o elemento econômico despe-se da roupagem “satânica” atribuída por seus opositores, sob a pecha utilitarista, para revelar sua verdadeira “face”: ser um rechaço ao utilitarismo, quando combinado outro componente essencial da teoria: a eficiência econômica social, de cunho nitidamente ético, implicando a humanização da norma jurídica e sua necessária imbricação com fatores políticos e econômicos.

Na situação em apreço, o Direito solveria problema social que reclama resposta, com esteio no ferramental trazido pela AED, desvinculado de qualquer caráter utilitarista, ao privilegiar o social e não ganhos econômicos. Nesse sentido, Gonçalves:

Portanto, tem-se que considerar, em qualquer caso de atribuição de direito de propriedade, qual será o reflexo e para qual das partes ou terceiro será imposto, ponderando-se-o de forma a obter

---

<sup>127</sup> Exemplo emblemático do elemento econômico – na esteira da AED – como idôneo a erigir óbice ao cometimento de ilícitos na busca invariável pela maximização da riqueza por empresas é o caso “SHELL/BASF (Raízen Combustíveis S.A./BASF S.A.) vs. TRABALHADORES” (TST – Recurso de Revista nº 22200-28.2007.5.15.0126), considerado o mais expensivo em tramitação na Justiça Trabalhista brasileira (cerca de 1 bilhão de reais), no qual os trabalhadores alegam que desde a década de 1970 a produção de pesticidas pela SHELL S.A. na cidade de Paulínia, interior do Estado de São Paulo, posteriormente alienada para a BASF S.A., em 2000, ocasionou danos ambientais até então sem precedentes, atentando diretamente contra a saúde de toda a coletividade com a contaminação do solo e dos lençóis freáticos pelos compostos químicos demasiado tóxicos utilizados, ainda que a assunção de tais riscos estivessem no natural desdobramento das atividades desempenhadas. No ano de 2002 a empresa alienante houve por bem encerrar a produção dos pesticidas, que datava já do longínquo ano de 1948, em razão da nítida previsibilidade de onerosas reprimendas de ordem pecuniária a serem impostas, o que se concretizou em abril de 2014, com um acordo de cerca de 370 milhões de reais de indenizações. Eis aqui esboçada situação real na qual o elemento ético (a humanização no Direito por meio da adoção da perspectiva da eficiência econômico-social), integrante essencial das diretrizes trazidas pela AED torna possível a compreensão do Direito brasileiro a partir do ferramental fornecido pela Ciência Econômica.

eficiente alocação de recursos. Parece que, desta forma, se em um primeiro momento do capitalismo, a propriedade foi adjudicada pelo Direito conforme estava historicamente distribuída, agora, é intenção refazê-lo segundo um critério universal: a eficiência<sup>128</sup>.

Os recursos – sempre escassos, em maior ou em menor grau –, não seriam explorados de maneira eficiente, pois com tal medida os lucros seriam reduzidos, bem como o quadro de funcionários, o volume dos insumos contraídos junto aos fornecedores, o valor que se poderia pagar por eles. Isso para não falar da diminuição da circulação de riquezas ocasionado pela perda de renda pelos empregados demitidos, que não necessariamente conseguiriam realocar-se no mercado de trabalho a curto prazo. A legislação brasileira, pois, não se atenta a essas consequências. Para mitigar esse “déficit”, propõe o PEES a indenização dos funcionários como fator de inclusão social, superando a estrita eficiência da empresa em manter a atividade poluidora sem a adequada reprimenda (Justiça do Trabalho).

#### 1.1.4 Da aceção ou Escola da Escolha Pública (*Public Choice*)

A despeito de comportar múltiplas significações possíveis, a expressão “Escolha Pública” (ou *Public Choice*), para os propósitos deste trabalho, deve ser compreendida no sentido proposto por Dennis Mueller, sendo mesmo *o estudo econômico da adoção de decisões que pertencem a situações de não mercado ou, simplesmente, a aplicação da Economia à Ciência Política*<sup>129</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Todavia, há a necessidade de esmiuçar-se em que consistem estes sentidos, com os respectivos modelos que deles decorrem. De um lado, tem-se o posicionamento de Dennis Mueller, para quem:

A escolha pública intenta manejar o processo legislativo como um sistema microeconômico no qual as escolhas políticas reais são determinadas segundo os esforços de indivíduos e grupos para promover seus próprios interesses, esforços estes

---

<sup>128</sup> GONÇALVES, Everton das Neves. *A Teoria de Posner e sua Aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988*. 1997. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

<sup>129</sup> MUELLER, Denis C. **Public Choice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 56.

que são conhecidos pelo nome de “busca de rendas”. Assim, o pressuposto básico é que os impostos, subsídios, regulações e outros instrumentos políticos são utilizados para o bem-estar dos grupos de pressão mais influentes<sup>130</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Partindo-se do pressuposto que a Escola da Escolha Pública é verdadeira análise econômica da Política, não há razão para inseri-la na esteira dos fisiologismos, também não necessariamente opera o egoísmo em detrimento do interesse da coletividade. Nesse sentido, a busca de rendas consiste no dispêndio financeiro por ator social que objetiva o próprio enriquecimento através de interferência no espaço político no qual as atividades econômicas acontecem. Todavia, a despeito do dispêndio ocorrer, não se gera nenhuma riqueza, ou seja, não há a agregação de valor, não necessitando de análise mais acurada para se depreender sua consequência mais nítida: a diminuição do total da riqueza social.

Mesmo sendo amoral, a busca de rendas não se afigura como ilegal, muito embora seja por vezes demasiado difícil estabelecer os marcos da legalidade e ilegalidade. A busca da renda por vezes ocorre por meio de doações lícitas a campanhas políticas por empresa que explora determinado setor, ou por entidades representativas deste mesmo setor. Em assim sendo, imagine-se hipoteticamente que os produtores de brinquedos, por meio do “incentivo” há pouco mencionado, conseguem eleger representantes no Congresso Nacional, e estes aprovam medida no sentido de aumentar a alíquota de tributos incidentes sobre brinquedos produzidos no exterior, “convencidos” que estão do acerto do ato legislativo.

Potencialmente, o setor em apreço restará robustecido (o que pode gerar o aumento da produção, com a contratação de novos empregados, aumentando-se a riqueza); todavia, abre-se igualmente a possibilidade para que, diminuída a concorrência, ocorram monopólios, com o conseqüente aumento de preços. Ademais, atente-se, neste último caso, ao fato segundo o qual o recurso alocado nesse *lobby* poderia ter sido destinado a uma efetiva produção de riqueza, ou seja em alguma atividade produtiva.

Mas isso não significa que a busca de rendas, elemento nuclear da Escolha Pública, seja, por si só, nefasto: tudo dependerá da destinação que os envolvidos empreenderem a esta, donde é lícito afirmar que o

---

<sup>130</sup> Ibid., p. 58.

problema não é intrínseco à doutrina, mas à mentalidade de quem a utiliza.

De outro lado, tem-se o modelo de Escolha Pública segundo o qual a legislação seria aleatória e arbitrária. Com efeito, sentencia Roemer:

Retomando o trabalho pioneiro de Kenneth Arrow, os teóricos têm demonstrado que em circunstâncias plausíveis uma maioria pode ser levada a adotar absolutamente qualquer decisão possível (é notório que estes resultados não dependem de se os legisladores se guiam por interesse próprio ou por alguma ideologia)<sup>131</sup>.

Por ideologia, nesse contexto, não se há de compreender, mas essencialmente consiste no fato segundo o qual o interesse próprio é a causa exclusiva na política, sendo parte importante da Escola da Escolha Pública sua radicação na formulação de agendas de estrutura de decisões e resultados utilitários.

Perceba-se ainda que a contribuição da Teoria da Escolha Pública transcende a elaboração de modelos abstratos que possuem como premissas modelagens simplificadoras. Por isso mesmo, possui por objeto de análise o comportamento dos eleitores, a política dos partidos, ou seja, confunde-se com o objeto da Ciência Política e da Teoria do Estado. No que se refere à metodologia, também é a mesma da Economia. O postulado do comportamento básico da escolha pública, assim como na Economia, é, consoante Mueller *que o homem é um ser egoísta, racional e maximizador de utilidade*<sup>132</sup>.

Consoante Roemer, *o início formal da teoria da Escolha Pública pode situar-se com a aparição, em 1966, de uma revista econômica denominada Papers on Non-Market Decision Making. Dois anos mais tarde alterou-se este nome para Public Choice*<sup>133</sup>. Por mais que este seja o marco formal, é bem verdade, consoante assevera o aludido autor, que cerca de uma década antes, com os trabalhos pioneiros de Anthony Downs (“An Economic Theory of Democracy”), em 1957, e de Duncan Black (“The Theory of Committees and Elections”), em 1958, já estavam delineadas as balizas de dita acepção.

Dito isso, faz-se forçoso perquirir dos aspectos descritivos (ontológicos) e normativos (deontológicos) da escolha pública. Observe-

---

<sup>131</sup> Ibid., p. 59.

<sup>132</sup> Ibid., p. 59. (Tradução livre. Original em inglês.)

<sup>133</sup> Ibid., p. 56. (Tradução livre. Original em inglês.)

se que no aspecto descritivo a escolha pública intenta explicar a forma como os entes políticos e burocráticos de fato se portam, pressupondo que os atores políticos são maximizadores de seu interesse próprio em relação com determinado objeto. Consoante Roemer, a literatura positiva da escolha pública centra-se em três aspectos da democracia representativa, a saber:

[...] o comportamento dos representantes e dos partidos políticos, tanto durante a campanha como quando já se encontram no cargo; o comportamento dos eleitores na escolha de seus representantes, e; os resultados que se apresentam sob uma democracia representativa<sup>134</sup>.

Alie-se a isso o fato da necessidade de cotejar os resultados obtidos em uma democracia representativa com os obtidos em uma democracia direta. Dita comparação ergue-se à estatura de fundamento de validade a doutrina da Escolha Pública, pois, não raro, a Economia se vale de hipóteses a serem confirmadas ou refutadas, não apenas levando-se em consideração os resultados congruentes com a teoria que se pretende provar, mas também com outras hipóteses conflituosas. Apenas desta forma a escolha pública traria algo servível à literatura empírica existente sobre as finanças e políticas públicas. Nesse sentido, é clara a peremptória afirmação de Dennis Mueller, segundo a qual *A menos que os modelos derivados da escolha pública possam funcionar melhor que os modelos tradicionais ad hoc com os quais compete, a relevância prática de suas teorias deve ser questionada, posta à prova*<sup>135</sup>.

Quanto ao aspecto normativo, deontológico por natureza, a Teoria da Escolha Pública indaga de quais condições necessitam ser cumpridas para que os processos decisórios sejam satisfatórios. Dessa maneira, o caráter normativo da Eleição Pública ocupa-se de prescrever quais instituições políticas deveriam ser adotadas, enfatizando em seus respectivos processos decisórios sendo inequívoco seu traço de “dever ser”, cujo propósito é aproximar as instituições políticas do um Estado ideal – ou ótimo – de funcionamento.

Incumbe informar que a metodologia adotada pela perspectiva da Escolha Pública é a da Escola de Economia Política de Virgínia (EUA), possuindo em James Buchanan um de seus maiores expoentes, para

---

<sup>134</sup> Ibid., p. 57. (Tradução livre. Original em espanhol.)

<sup>135</sup> Ibid., p. 60. (Tradução livre. Original em inglês.)

quem a Economia agrega ao Direito limitações e à Política uma teoria<sup>136</sup>. A seu turno, o Direito forneceria à Economia um marco referencial, e a Política a esta forneceria dados. Dito isso, preocupações centrais a respeito da perspectiva tradicional da AED emergem, a saber, a análise de sistemas fechados, o individualismo metodológico, critérios de consenso unânime e a ênfase no intercâmbio.

Quanto à análise de sistemas fechados, a teoria da escolha pública se alonga para além das fronteiras da Economia neoclássica, perscrutando suas limitações políticas, sociais e jurídicas, habitualmente havidas por prontas e acabadas, consoante doutrina Gary Becker<sup>137</sup>.

James Buchanan define o movimento de sistemas fechados da seguinte forma:

A ponte entre o comportamento das pessoas que atuam no mercado e o comportamento das pessoas que atuam no processo político tem uma importância crítica e deve analisar-se. A teoria da escolha pública pode ser interpretada como a construção de dita ponte. O enfoque requer apenas do suposto simplório o conhecimento que os próprios indivíduos atuam em ambas as relações. As decisões políticas não dependem de seres omniscientes que não se equivocam. Os indivíduos atuam nas interações de mercado, nas interações político-governamentais, nas relações cooperativas não governamentais e em outros arranjos. O fechamento do sistema de comportamentos – segundo o uso que faço do termo –, significa apenas que a análise deve ser ampliada para abarcar as ações das pessoas no uso de suas habilidades separadamente<sup>138</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Vale dizer, significa a relação dialética e de exigência recíproca entre os agentes políticos e os atores que atuam no mercado, chegando Roemer a afirmar que *em poucas palavras, a legislação é vendida pela legislatura e comprada pelos beneficiários da legislação*<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Ver BUCHANAN, James. **Toward Analysis of Closed Behavioral Systems**. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

<sup>137</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behaviour**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 69. (Tradução livre. Original em espanhol.)

A aplicação formal da AED a um objeto de estudo como a teoria do Estado, o comportamento dos eleitores, a política partidária, a escolha burocrática e a regulação distingue a escolha pública convencional da corrente principal da Economia neoclássica, a saber, a Escola Tradicional de Chicago.

A perspectiva da AED que ora se analisa faz uso do próximo elemento, qual seja, o individualismo metodológico, acreditando firmemente no fato de que inexistente valor social que se faça perceber desvinculado de valores individuais. Continuando a doutrina dos economistas neoclássicos, os partidários da teoria da escolha pública creem que o proceder individual pavimenta o único instrumental econômico possível para valorar a eleição coletiva. Dessa forma, não causa estranheza o fato de Buchanan, afirmar que *quando se introduzem normas não individualistas, se abandona o campo da Economia, segundo minha definição desta disciplina. Esta afirmação não comporta objeções*<sup>140</sup>.

Avançando, fica-se diante do terceiro elemento metodológico – critérios de consenso unânime. Dito elemento surge como decorrência do individualismo metodológico, pois ao assumir que os valores sociais se ligam em relação de dependência à existência dos valores individuais no meio social, o consenso converte-se na única forma capaz de assegurar que uma mudança seja benéfica, constituindo adoção da regra de unanimidade de Pareto-Wicksell.

Por fim, tem-se a ênfase no intercâmbio, que para Buchanan constituiria o enfoque normativo da Teoria da Escolha Pública, desviando a atenção da escolha, que é a preocupação usual da perspectiva tradicional da AED. Dessa maneira, a Escola de Economia Política de Virgínia (EUA), tanto em sua análise positiva quanto normativa, faz uso sistemático do intercâmbio, sob a batuta da regra do consenso unânime e dos critérios de compensação, que nada mais são a ocorrência de políticas específicas de normas constitucionais potenciais geradoras de lucros líquidos à sociedade, tendentes a compensar quem houver sido prejudicado com a mudança da política com o fim de se assegurar consenso unânime, dado o rechaço do uso de quaisquer expedientes de conciliação de políticas públicas que impliquem a coerção dos perdedores pelos ganhadores.

Posner, inicialmente avesso à concepção da Escolha Pública, abrandava seu posicionamento quanto a esta, em especial quanto à separação de poderes, que poderia restar prejudicada, *dadas as pressões*

---

<sup>140</sup> BUCHANAN, J., Op. Cit., p. 188. (Tradução livre. Original em inglês.)

*do mercado político que invadem os espaços legislativo, administrativo e judiciário, sob a suposta motivação de eficiência*<sup>141</sup>. Quanto a esta, experimenta sentidos diametralmente opostos, se cotejadas as perspectivas tradicional e de Escolha Pública. Nesse mesmo sentido, leciona Roemer:

A eficiência para Posner, e de fato em grande parte para os seguidores do programa tradicional de Análise Econômica do Direito, se avalia fazendo referência a resultados específicos finais, dada uma distribuição inicial dos direitos. São considerados os observadores externos capazes de levar a cabo uma avaliação objetiva da eficiência ou bem de arranjos institucionais específicos. A eficiência na economia política da Escola de Virgínia é um conceito completamente diferente, contratualista, subjetivo e orientado para o processo. Se a única avaliação pertinente é a eleição que influi no custo enfrentado subjetivamente pelas partes frente à mudança real ou potencial, os observadores externos não podem determinar se os intercâmbios observados se quedam curtos ou superam o padrão alcançável<sup>142</sup>. (Tradução livre. Original em espanhol.)

Pode-se asseverar que o emprego da metodologia econômica à questões políticas é alvissareiro e promissor (com a cautela a ser adotada quando se falou da “busca de rendas”), a despeito das premissas planteadas pela acepção da Escolha Pública ainda serem inconclusivas, sendo peremptório tecer considerações conclusivas sobre como a acepção tradicional deveria responder àquela, e vice-versa.

Finalizando, é lícita a conclusão segundo a qual cada uma das perspectivas contribui para a compreensão e alcance do fenômeno jurídico, não se excluindo reciprocamente; ao contrário: partem de premissas diferentes, mas com o mesmo propósito, a saber, conferir à Ciência Jurídica subsídios suficientes para o desenvolvimento de uma teoria do comportamento humano que por ora inexistente no Direito, com a consequência de dotar as respostas que daí decorrerem de uma adequada previsibilidade. Em síntese, eis o esboço do movimento AED, assim como da teoria da *LaE*, e os diferentes significados experimentados ao

---

<sup>141</sup> Nesse sentido, veja-se POSNER, R.A., 2011, p. 37.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 71.

longo de quase seis décadas, com a consequente contextualização do assunto.

No Capítulo vindouro, discutir-se-á de maneira mais incisiva as razões da divergência doutrinária entre Posner e Dworkin, destacando agora a teoria moral deste último, e em que consistem as suas principais críticas à doutrina posneriana, com a consequente contra-argumentação deste.



## 2 A DICOTOMIA TEÓRICA VERIFICADA ENTRE RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN A PARTIR DO COTEJO DOUTRINÁRIO QUANTO AO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ronald Dworkin analisa e rechaça o cognominado movimento da “Análise Econômica do Direito” – AED –, estribando-se na obra homônima de Richard Posner que, entretanto, constitui desdobramento da AED, conhecida por teoria da *Law and Economics* – *LaE*. Dworkin entende ser a natureza da teoria normativa e descritiva, sendo aquela o seu objeto da análise. Baseados nessa teoria, os magistrados julgariam os casos que se apresentassem, com o fito de fomentar a riqueza social. Perceba-se que neste particular, Dworkin lança sérias dúvidas sobre se os juízes do *Common Law* julgariam, realmente, como regra, com o propósito de maximizar a riqueza. Ademais, afirma que as falhas do aspecto normativo inviabilizariam o aspecto descritivo da AED.

O fomento da riqueza social, para Dworkin, atrela-se à disponibilidade e possibilidade de pagamento por um bem de um valor módico, em regra muito menor que aquele que o indivíduo se dispunha a pagar, emergindo a riqueza social como a soma das valorizações individuais<sup>143</sup>.

Especificamente na obra *Uma Questão de Princípio*, Dworkin critica veementemente as noções das teorias oriundas dos partidários da Análise Econômica do Direito e, segundo o mesmo, cometem erro crasso ao se apropriarem indevidamente dos vocábulos eficiente e econômico, naturais e exclusivos da Economia<sup>144</sup>, na busca pela diferenciação entre a eficiência, de Vilfredo Pareto, que desenvolveu o conceito econômico clássico de eficiência (“ótimo de Pareto” e “superioridade de Pareto”).

O “ótimo de Pareto” é um estado social verificável apenas se nenhum outro estado é superior a ele, ou seja, se qualquer distanciamento desse estado de coisas faz com que pelo menos um indivíduo experimente uma situação mais desfavorável em relação à situação em que se encontrava anteriormente. Já quanto à noção da “superioridade de Pareto”, entende-se por superior um estado de coisas/social em relação a outro estado de social, se, e somente se, a troca de um estado por outro não acarrete ao(s) indivíduo(s) que

---

<sup>143</sup> Nesse sentido, ver DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 354.

<sup>144</sup> Id., 2005, p. 355.

cambiou(aram) situação pior que aquela em que se encontrava(m) antes, e que faça com que pelo menos uma pessoa melhore a sua situação.

As disposições declaratórias (direitos estabelecidos) não decorriam da Economia, vez que se pressupõe uma outorga inicial de tais direitos. Neste fato se radica a demasiada limitação da economia liberal, que se lança sobre a Análise Econômica do Direito, rechaçando a doutrina desenvolvida por Richard Posner justificadora do caráter valorativo instrumental da maximização da riqueza.

Analisada a doutrina específica de Posner, assim como estas primeiras linhas do pensamento de Dworkin sobre o mesmo assunto, ressaem os elementos caracterizadores da Análise Econômica do Direito, bem como os motivos propiciadores da divergência doutrinária entre os dois pensadores centrais da investigação.

## 2.1 A DOCTRINA DE RONALD DWORKIN: ANÁLISE ORIUNDA DE SUAS REFLEXÕES ACERCA DA MORAL

Antes de se analisar a concepção dworkiniana acerca da *LaE* propriamente dita, é necessária a exposição dos principais pontos de sua doutrina, em especial dos fundamentos morais informadores, vez que dentre as diversas críticas tecidas a Richard Posner, a mais incisiva diz respeito à amoralidade do critério de eficiência; logo, essencial se faz compreender o que Dworkin concebe por moral. Em obra que constitui síntese de sua visão moral a informar o Direito, a saber, *Justiça para Ouriços*<sup>145</sup>, o autor desenvolve na plenitude, ao longo de mais de quinhentas páginas, raciocínio acerca das bases que constituem a teoria da justiça de sua lavra.

Desde o início cumpre ressaltar que Dworkin assume postura deliberadamente individualista e que rompe com tradição filosófica bimilenar segundo a qual deve-se confiar na razão e pôr em dúvida a sua opinião; Dworkin, por sua vez, pressupunha conferir protagonismo exatamente ao “crer na sua crença<sup>146</sup>”, não atribuindo muita importância à crítica. Com efeito, sentencia: *Este não é um livro sobre aquilo que os outros pensam: pretende ser uma discussão individual. Seria mais extenso e menos legível se estivesse recheado de respostas, distinções e objeções antecipadas*<sup>147</sup>. Para tanto, vale-se de metodologia de nítida

---

<sup>145</sup> DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>146</sup> Id., 2012, p. 419.

<sup>147</sup> Id., 2012, p. 420.

inspiração aristotélica, vez que as práticas interpretativas seriam aptas a materializar a justiça social, que o leva a um fecho com esteio em Platão, ao pugnar pela unicidade axiológica.

Em verdade, Dworkin pretende neste livro estabelecer tese sobre o bem viver, por meio de concepção da unidade axiológica, desaguando necessariamente na ideia da existência de valores objetivamente válidos. Para tanto, defende a iniquidade de alguns costumes, a despeito de perspectivas individuais – ainda que essas constituam a maioria – contrárias, como maus tratos a idosos e a pessoas em situação de hipossuficiência física ou jurídica. Dessa forma, Dworkin rechaça relativismos em prol de uma objetividade – ou unidade – de valores. Com efeito, um de seus entusiastas em *terrae brasilis* – para utilizar expressão bem afeta ao autor a ser citado –, Lenio Streck, ironizando os relativismos que poriam em situação de igualdade desvalores e valores, profere:

Não reflita; não pense; alguém “pensa por você”. Não estude. Não leia nada que tenha mais de 140 caracteres. Não leia parágrafos longos. Seja relativista. Diga que “cada um pode ter a sua opinião sobre qualquer coisa”. Sustente que “gosto não se discute”. E que nada é verdadeiro (inclusive a sua frase!) [...] E, fundamentalmente, afaste-se de livros complicados<sup>148</sup>.

Ou seja, haveria condutas que seriam por natureza contrárias aos valores, por mais que contassem com grande apelo popular. Com isso, Dworkin não quer dizer que o apoio popular seja desimportante, mas sim que nem sempre se coadunam com a “verdadeira justiça”. A título de ilustração, pode-se também trazer a implantação do regime ditatorial na Alemanha na primeira metade do Século XX, quando do nazismo, que contou com expressiva aceitação popular. Eis aí a argumentação fundamentadora de uma moral objetiva, com inescapável esteio na dignidade da pessoa humana, pilar de sustentação central da doutrina dworkiniana. E Dworkin vai além, chegando ao ponto de propor a relativização até mesmo de uma lei, quando ela fosse injusta demais para ser aplicada:

Os princípios estruturantes de equidade que tornam a lei uma parte distinta da moral política – os princípios sobre a autoridade política, precedentes e confiança – davam às

---

<sup>148</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito**: Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

reivindicações dos proprietários de escravos mais força moral do que, de outro modo, teriam. No entanto, os seus argumentos morais eram debilitados por um argumento moral mais forte ligado aos direitos humanos. Assim, a lei não devia ter sido aplicada. Admitamos que esta é a resposta certa à questão moral básica<sup>149</sup>.

É importante destacar, entretanto, que diferentemente do que possa aparentar, esse posicionamento de Dworkin não possui pontos de contato com a filosofia kantiana, pois que aquele empenhou-se em desenvolver tese idônea a esclarecer o acerto da perspectiva de convivência social pautada por balizas de justiça objetivamente profícuas, quando da análise do complexo amálgama axiológico oriundo de uma sociedade multifragmentada, centrando-se, pois na efetiva experiência vivida; Kant, por sua vez, procurou delimitar racionalmente as regras imutáveis e metafísicas da moral.

Dessa forma, o “bem viver”, com base em valores objetivamente válidos pressuporiam a observância de uma moralidade consonante com a firme crença do acerto dos posicionamentos morais do indivíduo, e também que este pautasse igualmente seu proceder nessas posturas já arraigadas em seu íntimo. Em outras palavras, estão aí esboçados os deveres de respeito próprio e de autenticidade, respectivamente, que trazem como consequência lógica a responsabilidade que o sujeito possui de dar a si mesmo uma boa vida; responsabilidade essa que demanda a crença irrefutável nos propósitos aos quais o indivíduo naturalmente se inclina. Percebe-se com nitidez o acercamento de Dworkin com os dogmas religiosos.

De logo pode-se aferir o equívoco sobre o qual se assenta a teoria dworkiniana, qual seja, a incongruência teórica em função da materialização da justiça social assentar-se em quimera segundo a qual o bem-estar encontraria sentido unívoco, o que acarreta a moralidade dworkiniana acerca-se mais da religião que propriamente da filosofia, pois se pauta na pretensão do estabelecimento de dogmas de impossível refutação. Ademais, parece inverossímil legitimar a moral pela moral, dada a exigência dworkiniana da responsabilidade moral de o indivíduo crer firmemente em suas próprias certezas morais.

Esse se afigura como ponto incontornável da doutrina dworkiniana; aproxima-o do sistema de Direito Natural. Entretanto, não

---

<sup>149</sup> Id., 2012, p. 419-420.

estabelece adequadamente como se deve conceber as suas afirmações, para que não padeçam de vício insanável. Caso houvesse Dworkin se debruçado sobre essas questões, menos árdua seria a contra-argumentação da crítica. Nesse sentido, o pesquisador propõe, com esteio no jusnaturalismo à luz das discussões acerca da (i)mutabilidade da natureza humana em Hannah Arendt e Eric Voegelin, soluções a essa circularidade dworkiniana, notadamente baseando-se nos elementos universalidade e imutabilidade, e que poderiam atenuar as críticas de ser uma doutrina teológica, e não filosófica do Direito, vez que se sujeitariam a crivo crítico com grandes possibilidades de se manter – embora Dworkin não estivesse preocupado com isso.

As relações sociais derivam da aceitação da probabilidade social como base, vez que os indivíduos podem ou não atribuir o mesmo significado em suas ações (daí a falsa percepção segundo a qual alguns autores não possuem a dita inclinação natural), e o normal é que os sentidos atribuídos sejam diferentes, especialmente em uma sociedade complexa.

Esta falsa percepção se deve ao fato do olvido, não raro, que as inclinações são coletivas, ou seja, a sociedade na qual se insere o indivíduo deve ser vista a partir das relações sociais determinadas por certa autonomia dos agentes sociais, aproximando-se, nesse ponto, do conceito de “ação social”, de Max Weber, como uma conduta pessoal dirigida por objetivos específicos em relação aos demais<sup>150</sup>.

Deve-se lembrar que inexistem leis absolutamente imutáveis e universais, no sentido literal dos termos. O que existem são acepções diferentes de uma mesma lei natural, a saber, a lei natural, que se subdivide em leis naturais primárias e leis naturais secundárias. As primárias dizem respeito ao valor “nominal”, v.g., justiça, pois independentemente do tempo e do espaço que se esteja inserido, salvo o caso de o indivíduo não estar na posse de suas faculdades mentais ou mesmo ser masoquista, tende a preferir ser agraciado com a justiça a ser vítima de injustiça. Entretanto, o que se vai entender por justiça é que cambiará em função das condicionantes tempo e espaço. Eis aqui as leis naturais secundárias, de nítida função hermenêutica, atualizadora dos valores “imutáveis”. Então, pode-se dizer que o que permanece imutável é o valor (v.g. justiça), e não a sua perspectiva hermenêutica, que varia.

---

<sup>150</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Vol. 1. Tradução Johannes Winckelmann. 5. ed. Brasília: EdUnb, 2009.

Assim, devido ao horizonte social no qual os homens estão radicados, atribuem-se diferentes enfoques às leis naturais primárias. Dessa forma, ainda que os preceitos da lei natural sejam em si mesmos evidentes e comuns a todos os tipos humanos, as interferências interpretativas subjetivas, ou seja, as conclusões de cada ser individualmente nem sempre o são, pois potencialmente variam, em razão das vicissitudes pelas quais passam as sociedades.

Com efeito, a lei natural – para esses propósitos identificadas com a moral objetivamente válida de Dworkin – é imutável no que se refere aos preceitos primários (fazer o bem e evitar o mal, por exemplo), podendo variar quanto aos preceitos secundário (ênfase dada por cada sociedade a um preceito primário de Direito Natural – o que devo entender por bem? E por mal?).

Isto se faz necessário porque a evolução social e axiológica é prerrogativa inseparável da humanidade, já que os preceitos secundários devem variar, no sentido de aumento essencial para o desenvolvimento humano, que muda de valores (pelo menos alguns deles), ou para aqueles que não mudam, passam a ser percebidos de outra forma, e tudo isto de maneira perene. De fato, bastantes disposições úteis à vida humana são adicionadas à lei natural por intermédio da intervenção humana. É como se as leis naturais, que transcendem os contextos históricos (portanto, a-históricas), servissem como guias gerais, necessitando ser detalhadas, pelas leis positivas, para possibilitar a vida em sociedade.

Por esta razão, à luz do estabelecimento da perspectiva das leis primárias, gera-se uma falsa impressão acerca da impossibilidade de se captar o conteúdo não histórico das leis naturais pelo ser humano, sob a alegativa desta limitação de espaço e tempo. Dessa forma, se não há dúvidas pungentes a respeito do caráter histórico dos seres humanos, sendo mesmo limitados por sua vivência futura, de modo que estes conteúdos não podem saber realmente. Entretanto, o conteúdo das leis naturais tem sua gênese quando “nasce” o homem em seu sentido social, ou seja, desde a conduta humana em sua interferência subjetiva tendente a dirigir esta mesma conduta às expectativas dos demais, inclinadas à harmonização da vida social.

Portanto, a limitação histórica experimentada pelo homem diz respeito a fatos futuros, e estes apenas atuarão no sentido da mutabilidade interpretativa dos preceitos secundários das leis naturais, em virtude do contexto no qual se insere, ao passo que os preceitos primários, que “nascem” com o “homem social”, e não como fruto da

racionalidade humana, por sua auto-evidência, transcendem a qualquer contexto histórico, sendo, então, eternos.

Ainda nessa esteira, é de relevo trazer considerações extraídas do pensamento doutrinário de Hannah Arendt<sup>151</sup> a respeito das constantes da natureza humana. A delimitação da matéria através das emoções suscitadas pelo destino dos seres humanos é a “chave” do pensamento de Arendt quanto a esse particular. A preocupação pelo homem e as causas de seu destino em agitações sociais é a fonte da historiografia.

A emoção em seu sentido natural dota a inteligência de um instrumento sensível para reconhecer e selecionar os fatos pertinentes e, se a pureza do interesse humano permanece incólume, o resultado ressaí como estudo histórico consistente, no qual se eliminam das partes substanciais o excesso de carga ideológica.

O caráter de um homem, o alcance e a intensidade de suas paixões, os controles exercidos por suas virtudes e sua liberdade espiritual ingressam como determinantes adicionais. Caso a conduta não seja entendida como a resposta do ser humano a uma situação, e as variações de resposta arraigadas nas potencialidades da natureza humana, e não na própria situação, o processo histórico converter-se-ia em uma corrente fechada, na qual cada secção transversal em um certo ponto do tempo será o fator determinante da evolução. Esta incerteza possui uma causa. A própria Arendt preceitua:

O que as ideologias totalitárias possuem como objetivo, portanto, não é a transformação do mundo exterior ou a transmutação revolucionando a sociedade, mas a transformação da natureza humana em si<sup>152</sup>.

Esta é, de fato, a essência da doutrina totalitária. Movimentos totalitários não possuem intenção de trazer remédios aos males sociais, mas sim criar uma realidade de dominação perene, enfatizando nos fins últimos do homem, através da transformação da natureza humana. A fé cristã na perfeição transcendental pela graça de Deus foi se convertendo e pervertendo a ideia de perfeição imanente através de um ato humano, e

---

<sup>151</sup> Nesse sentido são as obras:

ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Diagrama e Texto, 1983.

\_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

\_\_\_\_\_. **O que é a Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Revolução**. Brasília: EdUnB, 1989.

<sup>152</sup> ARENDRT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 432.

esta compreensão do colapso espiritual e intelectual é seguida em escrito de Arendt, por meio da frase abaixo:

A natureza humana, como tal, está em jogo, e ainda que pareça que estas experiências não logrem mudar a um homem, mas apenas destruí-lo, deve-se ter em contas as limitações necessárias para uma experiência que requer um controle global para mostrar resultados conclusivos<sup>153</sup>.

Eric Voegelin, opositor da concepção de natureza humana mutável de Hannah Arendt, acreditava a natureza é conceito de ordem filosófica, que denota o traço característico de uma coisa como uma coisa de determinado tipo, e não de outro. Assim, a natureza não se poderia mudar ou transformar, vez que, caso adulterada, implicaria necessariamente na desintegração irreversível do objeto.

A concepção ideológica da mudança da natureza, segundo Voegelin, seja do homem, como sujeito de direito, seja de uma coisa, objeto ou não de direito, é um sintoma do colapso intelectual da civilização ocidental<sup>154</sup>. Quanto a isso, Arendt concordava, ao adotar a ideologia imanente, mantendo uma “cabeça” apta a compreender as atrocidades totalitárias, tendo em conta a questão de uma mudança da natureza, que, na esteira voegeliana, invariavelmente deverá ser resolvido pelo método de tentativa e erro, e uma vez que o “juízo” do certo ou errado não podia fazer uso das oportunidades oferecidas por um laboratório global, deveria continuar sendo suspenso. Nesse sentido, preceitua Voegelin:

Estas frases da Dra. Arendt, por óbvio, não devem ser interpretadas como uma concessão ao totalitarismo, em sentido estrito, ou seja, como uma concessão aos ideais nacional-socialistas e atrocidades comunistas. Pelo contrário, refletem uma típica ideia de caráter liberal a atitude pragmática progressista para os problemas filosóficos<sup>155</sup>.

Voegelin, portanto, sugere que as construções teóricas bem estruturadas e concatenadas são mais úteis que os impulsos ideológicos. Efetivamente, levar a cabo uma revisão dessa maneira, além de ser uma maneira de fazer justiça ao que se está analisando, já que não há

---

<sup>153</sup> Id., 1990, p. 432.

<sup>154</sup> Vide VOEGELIN, Eric. **A nova ciência da política**. Brasília: EdUnB, 1979, p. 245.

<sup>155</sup> Ibid, p. 246.

distorção do que realmente queria expressar, é também eficiente, pois que no caso específico revela o que os liberais e totalitários possuem em comum, a saber, o imanentismo essencial, que substitui as diferenças culturais que os separam. E segue Voegelin:

É triste, mas deve ser informado que a autora (Arendt) afilia-se a esta linha. O argumento parte de uma confusão acerca da “natureza humana”, porque a tentativa de mudar a natureza do homem não é suficiente à nossa visão, já que nenhuma natureza, nem mesmo a do homem, pode ser considerada padrão de todas as coisas<sup>156</sup>.

Nessa esteira, é lícito depreender que as ideias de Arendt, na percepção de Voegelin, apenas podem significar que a natureza do homem não é a medida, quando alguém “louco” – entenda-se o totalitarista – concebe a ideia de alterá-la: *A autora parece estar tão impressionada com o vilão, que está disposta a esquecer a natureza do homem como toda a civilização humana, que foi construída em sua compreensão*<sup>157</sup>.

À luz do cotejo doutrinário entre Arendt e Voegelin a respeito da (i)mutabilidade da natureza humana, portanto, pensa-se aportar algum subsídio ao posicionamento dworkiniano acerca da moralidade objetivamente válida, pois que Dworkin sugere uma tematização reflexiva da qual ressaia um padrão axiológico universal apto a promover a compreensão exata das condutas sociais efetivas, cujo móbil é exatamente a modelagem idônea a possibilitar a atribuição de significado a tais condutas.

Esse aporte poderia, se não solver, mas ao menos reduzir as críticas, tanto dos cétricos internos, a saber, aqueles indivíduos para os quais a perspectiva comum não raro levar ao equívoco de tomar por inconteste as crenças oriundas de julgamentos valorativos prévios, quanto dos cétricos externos, ou seja, os que descreem da existência de critérios de ordem moral realmente autênticos. O que os diferencia dos críticos internos basicamente é o fato de que estes pensam ser realmente errado supor a existência de valores válidos objetivamente, e não necessariamente que a perspectiva comum leve a equívocos.

Isso porque a teoria moral de Dworkin, nos moldes como está planteada, afigura-se como insustentável, dado o escopo que possui, a saber, o de tentar compatibilizar a metodologia aristotélica com a

---

<sup>156</sup> Ibid, p. 248.

<sup>157</sup> Ibid, p. 248.

filosofia platônica, daí devendo ressair uma concepção moral estribada na responsabilidade aqui explicitada, necessitar do suporte indeclinável – e irrefutável – da unidade do bem para a cognição racional dos objetos reais.

Essa, em apertada síntese, a essência da teoria moral de Dworkin, para que o leitor possa compreender na integralidade em que consiste a antítese oposta à tese posneriana da moralidade ou justiça do critério de eficiência, embora esta assuma contornos bem mais modestos que em outrora.

## 2.2 A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN QUANTO À *LAW AND ECONOMICS*

Partindo-se do pressuposto que esta investigação se assenta sobre a tese da Análise Econômica do Direito, com ênfase em Richard Posner, convém, para propósitos de isenção acadêmica, exteriorizar a antítese, a saber, a amoralidade da eficiência, elemento nuclear do Movimento referido, que experimentou sensível temperamento após a efetiva contribuição derivada do crivo crítico de Ronald Dworkin, pois não é o propósito deste pesquisador fazer a defesa intransigente da postura da *Law and Economics*, mas sim ponderar que esta, notadamente por intermédio de Posner, constitui-se em marco no estudo da inserção da Econômica – em especial da Teoria Microeconômica – no Direito.

Não se trata, pois, da *ultima ratio*, mas é reflexão que não pode ser desprezada nos processos de tomada de decisão jurídico-normativa, mesmo em países de tradição jurídica romano germânica (*Civil Law*), a exemplo do Brasil, dada sua autorização normativa (legal e infralegal), na Constituição Federal (arts. 37, *caput*, e 186, I), e em extenso rol<sup>158</sup> que versa sobre a necessidade de eficiência no setor energético, como vetor de desenvolvimento em harmonia com o socioambiental. Não se

---

<sup>158</sup> Levando-se em consideração apenas a esfera federal, no âmbito de regulação energética, há os seguintes diplomas normativos autorizadores da utilização do critério de eficiência, pelo Direito Brasileiro: Lei 9.991, de 24.07.2000; Lei 10.295, de 17.10.2001; Lei 10.438, de 29.04.2002; Lei 13.280, de 03.05.2016; Portaria 001, de 13.08.1998; Portaria 174, de 25.05.2001; Projeto de Lei 518, de 2005; Decreto 10.334, de 19.12.2001; Decreto 3.330, de 06.01.2000; Portaria 113, de 15.03.2002; Portaria Interministerial 553, de 08.12.2005; Decreto 4.508, de 11.12.2002; Portaria Interministerial nº 132, de 12.06.2006; Decreto 4.059, de 19.12.2001; Portaria 46, de 07.03.2001; Portaria Interministerial 1.877, de 30.12.1985.

trata de autorização recente, pois remonta já ao vetusto Decreto nº 579/1938, ainda vigorante, que traz a necessidade de se utilizar a eficiência no serviço público. Também não pode deixar de ser levada em consideração a postura jurídico-econômica em razão da possibilidade de reduzir o ativismo judicial – não se pode olvidar que a *LaE* visa combater o realismo jurídico – assim como diminuir construções da norma jurídica de cariz puramente político, ao primar pela adoção do critério técnico da eficiência.

A contribuição mais nítida de Dworkin para o estudo da Economia no Direito materializa-se nas críticas feitas ao Movimento, com ênfase na irrazoabilidade da riqueza e da eficiência como valores a conferirem o fundamento ético ao Direito – a antítese desta investigação –, pois estes seriam, quando muito, desvalores. Suas ponderações possibilitaram a mudança de perspectiva desses elementos (em Posner eficiência e maximização da riqueza constituem uma só realidade, não se pode olvidar!), que passam a assumir contornos bem mais modestos, aliçados do protagonismo de outrora (anos 1970 e 1980), sendo apenas mais alguns dos diversos elementos a serem levados em consideração (as críticas de Dworkin fazem Posner converter-se ao pragmatismo jurídico).

Dessa dicotomia doutrinária, ressaí a impossibilidade de se conceber qualquer hierarquização entre os pensadores, pois que do cotejo de ambos, com a tese e a antítese explicitados, possibilita-se verdadeira síntese, a saber, a harmonização da racionalidade com a necessária humanização normativa<sup>159</sup>, indeclinável exigência social, a ser solvida pelo Direito, vindo bem ao encontro do PEES. Há que se ter em conta as contribuições de ambos ao mundo jurídico. Para tanto, é imperiosa a análise dworkiniana para além da realidade jurídico-econômica, até para que se possa compreender na plenitude suas inclinações, que lastream a incisividade das críticas proferidas em desfavor da *LaE*.

### **2.2.1 Da maximização da riqueza: considerações dworkinianas sobre seu caráter axiológico no prisma social**

É prudente advertir que o propósito maior de Dworkin, ao analisar a maximização da riqueza, constitui-se em repelir a ideia segundo a qual esta poderia ser havida como valor social. Para tanto, trata de definir com precisão o que se pode entender por “maximização

---

<sup>159</sup> Id., 2014, p. 261-290.

da riqueza”, pois que historicamente, consoante o autor, havia sido incompreendida: *A expressão maximização da riqueza, na teoria, não pretende descrever a mesma coisa que a eficiência de Pareto.*<sup>160</sup>

Neste mesmo diapasão, tem-se que a maximização da riqueza assume posição central nos aspectos normativo e descritivo da AED. O autor, então, intenta exteriorizar que se equivocam os partidários do movimento em escopo, ao suporem que as noções de maximização da riqueza (trazida pelos juristas), e a eficiência, na esteira de Pareto, se equivaleriam. E sentencia:

A maximização da riqueza, tal como definida, é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente do dinheiro) para possuí-lo<sup>161</sup>.

Isso posto, pode-se afirmar que determinada pessoa robustece (ou maximiza, conforme Posner) sua riqueza quando agrega valor aos recursos materiais dos quais é possuidor. À guisa ilustrativa, observe-se o caso de João, que adquire um livro, que muito valoriza, por R\$ 100,00 (cem reais). Todavia, João podia e estava disposto a pagar R\$ 120,00 (cento e vinte reais) por este mesmo livro. Dessa forma João maximizou sua riqueza: uma diferença patrimonial (R\$ 20,00) decorrente do valor que o mesmo se dispunha e podia pagar e aquela que efetivamente pagou.

Todavia, Dworkin aduz a uma grande dificuldade de ordem conceitual da ideia de maximização da riqueza, a saber a diferença entre o valor pecuniário que dada pessoa se disporia a pagar por algo e o que lhe seria pago por este mesmo objeto se dele já fosse proprietário<sup>162</sup>.

Nessa situação, caso o valor que podia e se dispunha a pagar fosse maior que aquele que receberiam se tivesse a coisa, a maximização da riqueza seria demasiado instável, obedecendo, pois, a um padrão cíclico. Caso contrário (a pessoa se dispõe a pagar menos que o valor que receberia), a maximização seria dependente da direção que a ela fosse atribuída, conduzindo necessariamente à inserção de certo elemento de arbitrariedade<sup>163</sup>. Desta forma, Dworkin visualizou

---

<sup>160</sup> Id., 2005, p. 351.

<sup>161</sup> Id., 2005, p. 352.

<sup>162</sup> “Para a maioria das pessoas, há uma diferença entre a soma que estariam dispostas a pagar por alguma coisa que não têm e a soma que receberiam em troca dela caso já a tivessem”. Id., 2005, p. 352.

<sup>163</sup> Neste sentido, veja-se DWORKIN, R., 2005, p. 353.

indiferença, não apenas por parte de Posner, mas dos entusiastas da AED em geral, em relação à dependência da direção, ciclicidade e arbitrariedade<sup>164</sup>.

Com isso, tem-se que o escopo da ideia de maximização da riqueza apenas lograria êxito caso houvesse o câmbio do bem, e esta mudança avolumasse a riqueza social com a métrica por aquilo que os indivíduos proprietários estariam dispostos a pagar para contrair se fosse imprescindível, bem como pelo valor que anuísem receber para se desfazer da *res*. Ocorre que quando houver assimetria entre estas duas situações, paradigmaticamente a maximização da riqueza restaria indeterminada. Vale dizer, aqui não ocorreria distribuição eficiente de recursos.

Há que asseverar que a noção de eficiência para o economista segue o critério de Pareto, a partir do qual a distribuição de recursos seria eficiente caso não fosse possível estabelecer qualquer câmbio em dita distribuição que piorasse o estado de qualquer pessoa, em prol de outra. Esta seria uma distribuição eficiente de recursos sob a ótica economicista. Vale dizer, a perspectiva de norma jurídica eficiente para os economistas é somente aquela que satisfaz os requisitos do “ótimo de Pareto”; para os juristas, a seu turno, é eficiente se a mesma promove a maximização da riqueza. Dworkin então sugere que a apropriação, pelos partidários da AED, dos vocábulos “econômico” e “eficiente”, é inadequada, pois que exclusivos, em seu juízo, da Ciência Econômica.

Feitas essas considerações, Dworkin levanta a bandeira daquilo que considera *o cerne do problema*<sup>165</sup>, a saber, a percepção equivocada segundo a qual a persecução da maximização da riqueza seria um objetivo digno. Na esteira do autor, quem defende esta percepção o faz porque crê firmemente que uma sociedade que possui mais riqueza é melhor que outra que possui menos. Ressalte-se que esta percepção se

---

<sup>164</sup> “A dependência da direção não é uma falha séria como a ciclicidade, mas, não obstante, introduz um elemento de arbitrariedade em qualquer esquema de transferência com o intuito de promover a maximização da riqueza social. Nem Posner nem outros proponentes da análise econômica do Direito parecem incomodar-se muito com alguma dessas possibilidades. Eles supõem, talvez, estipulações de racionalidade que excluem diferenças em valor de pegar ou largar desse tipo. Ou talvez estejam ocupados principalmente com o comportamento de empresas comerciais onde tais estipulações não pareceriam tão arbitrárias”. Id., 2005, p. 353.

<sup>165</sup> Id., 2005, p. 356.

dá especificamente em seu aspecto normativo. O equívoco, na percepção dele, ocorre pelo fato de se tomarem por iguais a sociedade e as pessoas que a compõem.

Surge, então, a seguinte indagação: por qual motivo alguém que não personifica a sociedade deveria pensar que a maximização da riqueza é um objetivo digno? Depreende-se que Dworkin encontra duas respostas. A primeira viria na trilha segundo a qual a riqueza social seria, por si, um elemento integrante do valor social. A segunda, a seu turno, assevera que a riqueza social não seria elemento integrante do valor social, mas sim instrumento deste.

Em outros termos, as melhoras na riqueza social não valem *de per se*, senão na medida em que potencialmente ensejam outros benefícios que são “*valiosos em si*”<sup>166</sup>. Todavia, ainda que se conceba como instrumento, a afirmação instrumental comporta acepções bem plurais<sup>167</sup>. Perceba-se que a primeira resposta endossa a ideia que a riqueza social seria algo pelo qual valeria a pena morrer, pois que sem ela não valeria a pena viver (perspectiva imodesta<sup>168</sup>), enquanto em uma outra acepção, seria apenas mais um dos elementos integrantes do valor social. Já quanto às plurais acepções da afirmação instrumental da maximização da riqueza<sup>169</sup> – segunda resposta – tem-se que podem ser do tipo causal, do tipo “ingrediente” ou substitutivo do valor social.

---

<sup>166</sup> Id., 2005, p. 357.

<sup>167</sup> Nesse sentido, veja-se DWORKIN, R., 2005, p. 357.

<sup>168</sup> A perspectiva imodesta assevera que a riqueza social é o elemento exclusivo a constituir o valor social. Aduz que o único aspecto distintivo de melhoria de uma sociedade em relação a outra é exatamente a riqueza social. A perspectiva modesta, a seu turno, traz que a riqueza social seria mais um dos elementos a constituir o valor social.

<sup>169</sup> “A afirmação causal argumenta que melhoras na riqueza social não podem, por si só, causar outras melhoras: melhoras na riqueza, por exemplo, melhoram a posição do grupo em pior situação na sociedade, aliviando a pobreza mediante um processo invisível. Uma segunda afirmação alega que melhoras na riqueza social são ingredientes do valor social porque, embora não funcionem automaticamente para causar outras melhoras, fornecem o material para tais melhoras. Se uma sociedade tem mais riqueza, está em melhor situação porque pode usar essa riqueza aumentada para reduzir a pobreza. Uma terceira afirmação sustenta que a riqueza social não é causa nem ingrediente do valor social, mas um substituto dela. Se a sociedade almeja diretamente algum progresso no valor, tal como aumentar a felicidade geral entre seus membros, seu fracasso na obtenção desse objetivo será tanto maior quanto seria se, em vez dele, almejasse promover a riqueza social. A riqueza social é, segundo essa

A estas respostas acerca da riqueza social, bem como a todos os seus temperamentos, Dworkin esboça um rechaço. É bem verdade que o autor reconhece que, à exceção da perspectiva imodesta da afirmação primeira, as demais poderiam ser justificadas caso articuladas com *alguma afirmação funcional da responsabilidade institucional que afirma sua função especial dos tribunais buscar exclusivamente a riqueza social, embora não seja, por exemplo, necessariamente a função do legislador*<sup>170</sup>. Nessa esteira, Dworkin passa a analisar as impossibilidades das afirmações garantidoras de que a riqueza social seria componente ou instrumento do valor social. Inicia pela teoria do componente do valor.

Dworkin traz que Posner deveria demonstrar – pois não o fez – o motivo pelo qual uma sociedade com mais riqueza, apenas por isso, seria melhor que uma menos rica. Peremptoriamente, Dworkin assevera ser indefensável esta afirmação, pois para que a análise econômica se sustentasse dentro da perspectiva que a riqueza social seria um valor por si só, tornar-se-ia necessário comprovar que os câmbios sociais em uma sociedade norteada apenas pelo aumento da riqueza conduziriam a um aumento do valor social.

Ademais, critica Posner quando da análise das relações entre riqueza e utilidade, sobretudo na distribuição indistinta daquela<sup>171</sup>, pois ao se levar em consideração as individualidades, potencialmente uma adição na riqueza acarretaria diminuição na utilidade, e o contrário também seria verdadeiro. Isso porque desaparegada da utilidade, a riqueza careceria de um vazio insanável, que tornaria impossível a defesa minimamente aceitável de sua percepção como componente do valor.

E segue o autor, intentando demonstrar a infausta tarefa das perspectivas modesta e imodesta da riqueza como componente do valor social<sup>172</sup>, pois um aumento na riqueza pode ser “compensado” por um declínio em sua utilidade, se levadas em consideração as particularidades de cada indivíduo. Ademais, não se pode afirmar que o experimento de acréscimo na riqueza seja, por si só, aliado de seus

---

descrição de “alvo falso”, um segundo melhor objetivo, valorizado não por si nem porque causará ou poderá ser usado para ocasionar outras melhoras, mas porque existe uma correlação suficientemente alta entre melhoras na vida social e tais outras melhoras para fazer do alvo falso um alvo bom”. Id., 2005, p. 357.

<sup>170</sup> Id., 2005, p. 359.

<sup>171</sup> Nesse mesmo sentido, ver DWORKIN, R., 2005, p. 365.

<sup>172</sup> Id., 2005, p. 365.

dispêndios ou outros corolários lógicos, considerado necessariamente um ganho.

Acercando-se do fim da análise da impossibilidade de se conceber a riqueza como componente do valor, o autor arremata com o estabelecimento de relação entre riqueza e justiça, segundo o qual seria inviável supor que determinada sociedade buscaria a troca entre a riqueza e a justiça<sup>173</sup>. Isso pelo fato que a opção pela riqueza, desvinculada da utilidade, nos moldes como visto, padeceria de total falta de sentido e, ademais, referida troca implicaria em distribuição, que seria indiferente sob o aspecto da justiça.

Verificando a impossibilidade de se afirmar garantidamente que a riqueza social seria um instrumento do valor, assim como em que moldes se deve compreender uma afirmação instrumental fraca, Dworkin analisa a incorreção da percepção segundo a qual dada sociedade com mais riqueza seria melhor pelo fato de esta – a riqueza – ter vínculo instrumental importante – seja como causa, ingrediente ou como falso alvo – com algum componente independente do valor<sup>174</sup>.

Assim, uma afirmação instrumental fraca assevera que casualmente aumentos na riqueza social acarretam, como corolário lógico, benefícios de outras espécies. Todavia, tem-se que este tipo de afirmação é demasiado exígua para amparar que os magistrados deveriam assentir que a única baliza paradigmática de câmbio em países de cultura jurídica anglo-saxônica (*Common Law*) fosse a maximização da riqueza. Necessitam, pois, flagrantemente, de afirmação instrumental forte.

Dita afirmação instrumental forte assevera que os magistrados convencidos de a maximização da riqueza ser o único fator para a mudança da cultura jurídica no *Common Law* trabalharão para gerar bem mais daquilo que desvinculadamente é precioso, a exemplo da redução do nível de pobreza, do que se tomassem por base parâmetro mais detalhado e buscassem maximizar a riqueza somente nas situações específicas que os levassem a crer que, ao agir dessa forma, robusteceriam o valor de forma independente.

Vale dizer, “aumenta-se o bolo”, sem pensar, pois, que isso automaticamente aumentaria a “fatia” que cada um receberia, não havendo qualquer razão autorizadora especial para fazê-lo. Depreende-se, do posicionamento de Dworkin, que a acepção normativa da Análise Econômica do Direito necessita da afirmação instrumental deste tipo

---

<sup>173</sup> Id., 2005, p. 370.

<sup>174</sup> Nesse sentido, ver DWORKIN, R., 2005, p. 372.

“forte” para se apoiar. Feitas essas considerações, é imperioso ressaltar a impossibilidade da afirmação instrumental a favor da maximização da riqueza até que o valor ou a conjugação desvinculada de valores seja discriminada, mesmo que aproximadamente<sup>175</sup>.

O autor se debruça sobre os argumentos utilizados por Posner para justificar a maximização da riqueza como valor, a saber, o fato desta ser valor porque quando dada sociedade a considera elemento nuclear das providências governamentais, engendraria outros traços distintivos mais interessantes<sup>176</sup>, como, v.g., o respeito a direitos individuais, fomentando a criação de benefícios recíprocos pelos próprios cidadãos.

Outro argumento de Posner seria que a adequada conjugação dos caracteres interessantes, como os direitos individuais, por exemplo, seria alcançada pelo condicionamento unilateral da maximização da riqueza como centro das decisões de cunho político<sup>177</sup>, nas quais se encontram contidas as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário.

A esses argumentos levantados por Posner, Dworkin contesta principiando pelo fato daquele não haver oferecido subsídios tendentes a estribar a afirmação instrumental de tipo forte, pois, consoante Dworkin: *A atribuição de direitos deve promover a maximização da riqueza. Esse é o principal uso do padrão da maximização da riqueza no contexto judicial*<sup>178</sup>.

Dessa forma, Dworkin intenta expor a “fragilidade” dos argumentos expendidos por Posner, em especial por seu potencial risco de ciclicidade: a crítica maior neste particular consiste no fato de a AED, além de não oferecer resposta única que possa ser havida por correta, igualmente não traz qualquer afirmação moral.

Dessarte, Dworkin rechaça a tese da inexistência única resposta que possa ser havida por correta em matéria de Direito<sup>179</sup>, sendo interessante notar quanto a esse posicionamento, que Dworkin dedica capítulo inteiro (o Capítulo 5, oriundo escrito de sua lavra intitulado *Is*

---

<sup>175</sup> Segue, *in verbis*, a sentença de Dworkin a esse respeito: “É surpreendente que, apesar da suposta popularidade da análise econômica, houve poucas tentativas de se fazer isso. Essa omissão sustenta minha visão de que muitos juristas presumiram acriticamente que a riqueza é, pelo menos, um componente do valor”. Id., 2005, p. 373.

<sup>176</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Id., 1977, p. 103-127.

<sup>177</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de POSNER, R., Op. Cit., p. 103-127.

<sup>178</sup> DWORKIN, R., Op. Cit., p. 374.

<sup>179</sup> Nesse sentido, é salutar a leitura de Id., 2005, p. 175-216.

*There Really No Right Answer in Hard Cases?*, de 1985) da obra *Uma Questão de Princípio* a esposar tese segundo a qual existem respostas jurídicas corretas para os casos que se apresentam, mesmo quando estes se revistam das maiores complexidades.

Nisso se contrapõe, mais uma, a Posner, versando desta feita a discordância doutrinária sobre o aspecto interpretativo propriamente dito do Direito<sup>180</sup>, pois na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, em resposta à tese de Dworkin sobre a existência de respostas jurídicas corretas até mesmo para os *hard cases*, Posner igualmente dedica capítulo inteiro (o Capítulo 6), sobre a impossibilidade de haver respostas certas para os *hard cases*, notadamente pela inalcançabilidade da certeza em sede judicial<sup>181</sup>, sob pena de o Direito restar reduzido a mera probabilidade, o que constituiria novo problema, vez que ficaria a dúvida sobre que tipo de teoria probabilística deveria ser utilizada.

Assim, destoa Dworkin também de lição legada pelo movimento da “Nova Retórica<sup>182</sup>”, de Chaïm Perelman, robustecendo-se esta impossibilidade no fato de naturalmente as normas jurídicas serem dotadas, em maior ou menor grau, de vagueza. Ademais, a resposta a ser dada pelo Direito não necessariamente deve ser de cunho moral: há que se respeitar sua autonomia.

Nessa mesma esteira, percebe-se com nitidez a demasiada preocupação de Dworkin quanto ao aspecto moral a influenciar o Direito, olvidando-se do fato segundo o qual, em que pesem as intersecções potenciais entre Direito e Moral, aquele conserva sua autonomia. Não fosse assim, inclusive a almejada imparcialidade do magistrado quedaria relativizada, pois tenderia a proferir decisões as mais “morais” e “justas” possíveis. O problema disso é que o julgador

---

<sup>180</sup> Nesse sentido, consultar Id., 2007a, p. 263-293.

<sup>181</sup> Nesse sentido, ver POSNER, R., Op. Cit., p. 283.

<sup>182</sup> Constitui-se a “Nova Retórica” em teoria geral de argumentação que pugna pela insuficiência do empirismo e da dedução lógica para a justificação dos julgamentos de valorações. As premissas do raciocínio jurídico não seria, portanto, fornecidas de antemão, mas, em realidade, seriam eleitas pelo orador. O interlocutor que as escolheria deveria, inicialmente, tentar compartilhá-las com o auditório específico. Ao sublinhar que a argumentação está vinculada a atitudes e convicções dos interlocutores, situando-a em um contexto histórico-social específico, ressaí como corolário lógico a impossibilidade de se designar conclusivamente uma única solução como a única correta. Nesse sentido, consultar PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ficaria limitado apenas à sua consciência (subjetividade), e esta, indubitavelmente, desconhece limites.

Não atenta Dworkin que a Ciência Econômica e o ferramental por ela fornecido ao Direito independem de aspectos econômicos *stricto sensu*, isto é, permitem, que a decisão seja eficiente, sem que com isso implique afirmar que o aspecto econômico seja o único presente, mas que deve ser considerado, vez que tende a tornar a decisão bem mais objetiva, desvinculada de meras inclinações de cunho pessoal. Constitui valioso instrumento para a compreensão do processo decisório que trate de exiguidade de recursos, sendo verdadeira análise comportamental focada na previsibilidade das ações.

A despeito da argumentação supra, depreende-se que Dworkin considera superficial e incongruente o posicionamento de Posner quanto à aceção de valor, no âmbito da Análise Econômica do Direito, pois faltaria, consoante aquele, desenvolver compreensão muito mais aprofundada do que seria “valorizar”, pois:

...se alguém valoriza alguma coisa mais que outra pessoa (e o sistema da análise econômica depende disso) apenas se está disposto a pagar mais por ela (e é capaz de fazê-lo), caso (por outras razões que não imperfeições de mercado) o proprietário natural é incapaz de pagar o que o proprietário do direito aceitaria, ele não o valoriza mais<sup>183</sup>.

Percebe-se, pois, que o escopo maior de Dworkin, neste particular, é demonstrar as fragilidades dos argumentos de Posner, pois, segundo aquele, é desde o início infausta a tarefa de comprovar que na maximização da riqueza haveria um valor de cunho instrumental. Estribado neste intento, Dworkin critica a mais um argumento posneriano, a saber, ter a maximização da riqueza valor instrumental pelo fato da busca de uma sociedade por esta fomentar predicados individuais nobres.

De fato, entende-se padecer de falta de subsídio teórico e empírico esta máxima de Posner, vez que não é em atenção a bens primários do homem (dignidade, liberdade etc.) que opera a lógica economicista; tampouco fomenta dito altruísmo. Exemplificando, tem-se a crise econômica<sup>184</sup> de epicentro nos EUA, em 2008, que demonstrou

---

<sup>183</sup> Id., 2005, p. 377.

<sup>184</sup> O desequilíbrio na mais destacada economia mundial (os Estados Unidos da América - EUA) em 2008 teve raízes mais antigas, remontando aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, após o que este Estado se envolveu nas guerras do Afeganistão e do Iraque, acarretando necessariamente um dispêndio

a subserviência dos Estados no plano internacional aos grandes atores econômicos, desmistificando a falácia segundo a qual o capitalismo fomentaria a democracia.

Isto porque a China (em razão de seu poderio econômico), País nitidamente ditatorial, em muitos aspectos determina a política nos EUA (por haver comprado os dólares "podres"<sup>185</sup> de 2008) e em uma série de outros países, e com isso o capital especulativo financeiro atua como nítido elemento de relativização de limitações materiais, v.g., direitos fundamentais, atentando frontalmente contra a democracia.

Perpassado este ponto, incumbe agora verificar o argumento de Dworkin mais específico contra o ramo normativo da Análise Econômica do Direito.

As considerações de Dworkin sobre o caráter normativo da AED alvejam diretamente a afirmação motivacional (possível fomento de benesses a terceiros). O autor assevera que dita afirmação não faria nenhum sentido como escopo social, ainda que ao lado de outros objetivos, pois os magistrados, ao julgarem maximizando a riqueza, não necessariamente promoveriam a utilidade. Dessa forma, Dworkin propõe reformulação para a teoria, com consequentes sugestões – em número de três – para sanar as falhas da percepção da riqueza como valor. Seguem abaixo.

A primeira sugestão se refere ao desprestígio da suposta correspondência existente entre decisões efetivas que maximizam a

---

financeiro demasiado. Alie-se a isso o fato de a economia norte-americana, naquele contexto, em razão de descompasso entre exportação e importação, não se encontrar razoavelmente saudável. Não bastasse isso, os EUA receberam aporte financeiro vultoso, notadamente da China, passando o sistema financeiro a ampliar a oferta de crédito até mesmo relativizando o risco que trazia determinados nichos de clientes, com vários atrativos, a exemplo de taxa de juros baixa. Corolário lógico disso foi o financiamento da “bolha imobiliária”, pois como houve bastante demanda, inflacionou-se o preço dos imóveis. Passada a euforia inicial, a taxa de juros retornou a níveis normais, a procura por ditos imóveis foi reduzida, e consequentemente os preços dos imóveis igualmente baixaram. Em seguida, a adimplência nos financiamentos imobiliários foi ficando cada vez mais rara, vez que se concebia como irracional continuar a pagar hipotecas astronômicas, vez que os imóveis se desvalorizavam vertiginosamente. Assim, os recursos das instituições financeiras se escassearam, provocando a falência de várias destas; outras, ao revés, receberam subsídios do Estado (entenda-se Estado o contribuinte).

<sup>185</sup> Entenda-se como o capital financeiro meramente especulativo, e não produtivo.

riqueza que coincide em *tentar elaborar teorias de prestação jurisdicional que a ignorem*<sup>186</sup>.

A segunda sugestão, a seu turno, seria a tentativa de elaborar uma teoria de afirmação instrumental do tipo fraca da maximização da riqueza, na qual o nexu se legitimaria apenas se vinculada a alguma noção de utilidade, e assim, e somente assim, a maximização da riqueza, elemento nuclear na AED, poderia ser havida como um bom meio.

A terceira sugestão, sendo também a tentativa de embasamento da correlação entre decisões efetivas e maximizadoras da riqueza, demonstrando que as decisões que aparentemente aumentam a esta seriam imprescindíveis, agora *não mais como decisões instrumentais buscando produzir certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade ou qualquer outra meta política, mas, antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade*<sup>187</sup>.

Esta, enfim, a análise de Dworkin sobre a implausibilidade da riqueza como valor.

## **2.2.2 Da irrazoabilidade da eficiência no âmbito da Análise Econômica do Direito, segundo Dworkin**

Analisando a eficiência no âmbito da AED, Dworkin alude Guido Calabresi, como em uma réplica pelo fato de este haver questionado a forma pela qual aquele teoriza acerca da interação entre eficiência e justiça<sup>188</sup>. Dworkin alega que os fundamentos expendidos por Calabresi para refutar sua doutrina possuem efeito contrário, pois se lhe confirmariam.

Nesse particular, é imperioso expor pontos da doutrina de Guido Calabresi, em razão de seu pioneirismo na temática. Calabresi no início da década de 1970 escreve a obra “O Custo dos Acidentes”, dando continuidade ao movimento *LaE*, iniciado no final dos anos 50 do Século XX e início dos anos 1960, quando, quase concomitante com Ronald Coase, escreveu, em 1961, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*.

---

<sup>186</sup> Id., 2005, p. 396.

<sup>187</sup> Id., 2005, p. 397.

<sup>188</sup> Refere-se a artigo da lavra da Calabresi intitulado “About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin”. CALABRESI, Guido. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 553-589, mar. 1980.

A essência da obra *O Custo dos Acidentes* pode ser exteriorizada como a tentativa de distribuição do risco como parâmetro para a atribuição de responsabilidade (sujeição do patrimônio de quem deu causa a um ilícito ao cumprimento de determinada prestação) pelos eventos danosos efetivamente ocorridos, possuindo como traço característico maior a simplicidade no manejo de princípios propriamente econômicos tendentes a conferir ao Direito a utilização racional dos recursos.

De qualquer modo, para Calabresi os sistemas de responsabilidade civil objetivam o atingimento dos ideais de justiça e da diminuição dos custos dos acidentes e com custos acautelatórios, por meio da interação entre as reduções primária, secundária e terciária, levando-se em consideração que haverá a abdicação de algo para que o escopo maior (a redução dos custos) seja exitosa.

Por redução primária deve-se compreender a redução quantitativa e qualitativa (da gravidade) dos acidentes, que somente se lograria caso houvesse o impedimento de determinadas atividades potencialmente lesivas, ou de forma menos drástica, imputando-lhes reprimenda pecuniária proporcional aos eventos danosos causados o que, invariavelmente, repercutiria negativamente do ponto de vista econômico, sendo, pois, menos atrativas.

Já a redução secundária de custos atrela-se à diminuição de encargos sociais, sendo incluídos neste tipo de redução a compensação pecuniária da vítima, o que o aproxima do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks.

Quanto ao terceiro elemento (redução terciária de custos), seu propósito é exatamente reduzir ainda mais os custos oriundos das reduções primária e secundária, de jaez, portanto, eminentemente administrativo. Em apertada síntese, essa a essência da doutrina de responsabilidade civil sob a batuta da AED, proposta por Guido Calabresi.

Referida “confirmação” da doutrina dworkiniana pelo próprio Calabresi se daria porque este, ao propor o rechaço de ações potencialmente injustas, ainda que sob o fundamento da diminuição de dispêndio financeiro global de acidentes, obstaria a consecução da eficiência, pois que se contraporía ao atingimento da justiça. Vale dizer, haveria verdadeira vedação ao retrocesso, dada a abstenção de condutas eficientes caso houvesse algum tipo de prejuízo de conquistas já solidificadas.

Essa interação eficiência-justiça proposta pelo autor italiano resultaria, portanto, consoante Dworkin, em verdadeira troca de um critério por outro, dada a superficialidade – e desacerto – da abordagem da teoria da eficiência, sendo essa a teoria, consoante Dworkin<sup>189</sup>, segundo a qual seria vantajosa a persecução da riqueza social, a despeito do atingimento da justiça.

Nesse sentido é trazida a lição de Dworkin:

Calabresi fala de uma troca ou combinação, não entre a justiça e a redução de custo, mas entre a riqueza total e a sua distribuição. Mas é duvidoso que tenha abandonado inteiramente a ideia errônea latente na distinção inicial, segundo a qual a riqueza total tem valor por si só. Essa noção de “conciliação” numa troca ou combinação certa deve ser distinguida da ideia de “receita”, na qual certa mistura de ingredientes é a combinação certa apenas porque levará ao melhor produto final<sup>190</sup>.

Dessa afirmação, pode-se inferir que a “troca” a qual alude Calabresi não possui apenas uma perspectiva. Assim, há que se delimitar o real sentido desejado. Quando se faz menção a uma troca ou combinação harmoniosa, deve-se perceber que uma das acepções dar-se-á com a compatibilização entre *dois bens e duas qualidades desejadas independentemente*<sup>191</sup>.

Exemplificando, tem-se que, se dado indivíduo é por demais afeto ao seu ofício, que lhe demanda demasiado, bem como gosta de desfrutar, também, da companhia de sua família, que igualmente lhe exige grande presença física, é recomendado que tal pessoa encontre o melhor arranjo capaz de compatibilizar trabalho e família, dada a natural impossibilidade de dedicar-se integralmente a uma ou a outra “atividade”, pois deseja na maior amplitude possível o gozo das duas.

Perceba-se, à luz do exemplo fornecido, não se tratar de situação o esboço do que viria a ser uma compatibilização com o amálgama de componentes tendentes a fornecer o resultado final mais satisfatório, como seria o caso de um confeitiro que misturando os ingredientes “x” e “y” em quantidades especificadas, obtém o melhor doce possível, que constituiria a segunda perspectiva, assemelhando-se verdadeiramente a uma receita, diferentemente da primeira acepção, que seria verdadeira combinação.

---

<sup>189</sup> Id., 2005, p. 400.

<sup>190</sup> Id., 2005, p. 400.

<sup>191</sup> Id., 2005, p. 400.

Surge, pois, em Dworkin, a dúvida sobre qual perspectiva foi a adotada por Calabresi, se de conciliação ou de receita<sup>192</sup>. Todavia, depreende-se que o sentido foi efetivamente o de conciliação, pois nitidamente o autor italiano concebe a riqueza como elemento integrante do valor, dado que somente é lógico combinar duas coisas que impliquem, em menor ou menor grau, diminuição de uma em relação à outra caso ambas sejam efetivamente integrantes do valor. Nesse caso, é imperioso analisar a combinação correta entre distribuição e riqueza.

Referida combinação pressupõe a noção de utilidade total máxima, a ser obtida quando do arranjo a menor do que se convencionou chamar de riqueza social total máxima e do padrão mais igualitário de distribuição de riqueza possível. Mas surge igualmente a necessidade de definir o que poderia vir a ser a igualdade de tratamento.

Assim como ocorreu com a “troca”, abrem-se aqui, com a igualdade de tratamento quanto à riqueza, duas possibilidades de concepção, diretamente ligadas ao que se deve entender por eficiência. A primeira se refere a uma distribuição, na mesma quantidade, entre todas as pessoas de dada sociedade, da integralidade dos bens existentes nesta. Esta perspectiva afigura-se como bastante artificial, pois a riqueza tende a ser distribuída, com relativa chancela da sociedade, em conformidade com as habilidades e funções desempenhadas por cada indivíduo.

Outra concepção para a igualdade de tratamento seria a da compatibilização da utilidade mais elevada possível com a igualdade de riqueza. Todavia, ambas apresentam pontos falhos e, segundo Dworkin, “inconciliáveis<sup>193</sup>”, dado que seu subsídio doutrinário quanto à eficiência ser a superioridade de Vilfredo Pareto e, como cediço, este é critério de utilização extremada, pois que a distribuição de riqueza não pode imputar a nem mesmo uma única pessoa que seja situação mais gravosa que aquela que experimentava antes de dita distribuição, há que se preferir, consoante Dworkin, aquela que *afirma que os indivíduos são tratados como iguais quando uma parcela igual dos recursos da comunidade, medida abstratamente – isto é, antes que esses recursos sejam confiados a qualquer rota de produção específica – é dedicada à vida de cada um*<sup>194</sup>.

Dessa assertiva dworkiana afere-se que não se deve prestigiar a aceção de igualdade como utilidade de cunho utilitarista, segundo a

---

<sup>192</sup> Id., 2005, p. 405.

<sup>193</sup> Id., 2005, p. 408.

<sup>194</sup> Id., 2005, p. 408.

qual em nome do aumento geral da riqueza e do bem-estar poder-se-ia sacrificar – ainda que fosse apenas uma pessoa – parcela da sociedade, vale dizer, independentemente da distribuição. Igualmente, não se pode conceber uma distribuição das riquezas *per capita*, indistintamente. Dessa forma, Dworkin acaba por concluir ser a doutrina de Calabresi fundamentada na lógica utilitarista.

Avançando na temática da eficiência, Dworkin distancia-se ainda mais de Posner quando afirma que este procura difundir que os magistrados de países herdeiros do sistema jurídico de tradição anglo-saxônica devem proferir suas decisões de modo a maximizar a riqueza<sup>195</sup>, utilizando-se Posner dos argumentos do “consentimento” e do “interesse universal”.

Pelo argumento do “consentimento”, tem-se que, se não a integralidade, mas parcela expressiva da sociedade, já de antemão, anuiu à aplicação das normas que norteiam os magistrados nas tomadas de decisão que visam à maximização da riqueza, o que, consoante se depreende da crítica dworkiana, seria a adoção, por Posner, da concepção de liberdade, pela sociedade, como traço distintivo e legitimador do elemento riqueza, de nítida inspiração kantiana.

Pelo argumento do “interesse universal”, a seu turno, o imperativo dessas mesmas normas seria do interesse da integralidade ou perto desse patamar, da sociedade. Disso se infere a importância, para Posner, do bem-estar para a consecução da justiça. Todavia, afigura-se referido posicionamento bastante aproximado do imperativo despsicologizado<sup>196</sup>, de Kelsen, revestido de certo viés utilitarista. Seguindo esta linha de raciocínio, Dworkin arremata:

Posner sugere que os argumentos combinados mostram que a maximização da riqueza – pelo menos pelos juízes – provê o melhor dessas teorias tradicionais de moralidade política e evita

---

<sup>195</sup> Id., 2005, p. 411.

<sup>196</sup> O imperativo despsicologizado, engendrado por Hans Kelsen no intuito de justificar sua percepção de natureza da norma jurídica, consiste na ideia do regulamento da conduta humana por uma norma jurídica sem que haja, por parte do indivíduo, qualquer manifestação de vontade. Ou seja, segue-se a norma mandamental sem que exista a necessidade do mínimo de crítica. Assim, o Direito poderia ser reconhecido como ordem despsicologizada, legitimando dessa forma a máxima segundo a qual o homem deve pautar-se pelos parâmetros estabelecidos pelo Direito. Nesse sentido, ver KELSEN, Hans. **La Idea de Derecho Natural y Otros Ensayos**. Buenos Aires: Lozada, 1946, p. 222.

seus famosos problemas. Posner ilustra o argumento do interesse demonstrando por que, se as regras da responsabilidade por negligência são superiores do ponto de vista da maximização da riqueza às regras da responsabilidade estrita, decorre daí que todos os que se beneficiam dos custos de direção reduzidos – quase todo mundo – estariam em melhor situação sob um regime de responsabilidade estrita<sup>197</sup>.

Acaba sendo lícito, pois, inferir que o argumento do consentimento seria corolário da aceitação como verdade que expressiva parcela da sociedade se encontraria em posição mais vantajosa em um regime de responsabilidade por negligência<sup>198</sup> que em sistema de responsabilidade estrita<sup>199</sup>, seria apropriado inferir que praticamente toda a sociedade haveriam optado pela negligência caso a escolha lhes houvesse sido ofertada em situação primeira, de forma que seria lícito julgar que essa quase integralidade anuiu pela responsabilidade por negligência, a despeito de ninguém a haver feito, de fato.

A grande impropriedade de Posner, neste particular, consoante depreendido das críticas de Dworkin, é que aquele confunde os dois argumentos (consentimento e interesse universal) expendidos com a noção de equidade. Ademais, como para Dworkin Posner utiliza o critério paretiano de eficiência – o que é equivocado, pois Posner se pauta pelo critério de compensação de Kaldor-Hicks –, esbarra inevitavelmente na problemática da consecução da utilidade total média como imprescindível ao alcance da justiça, pois que referida baliza – o critério utilizado – é de cunho extremista, dado que se apenas um indivíduo passa a experimentar situação mais gravosa com a adoção aludida em prol do aumento da riqueza em termos gerais, a teoria se

---

<sup>197</sup> Id., 2005, p. 412.

<sup>198</sup> Responsabilidade por negligência ou subjetiva, seria a sujeição do patrimônio de determinada pessoa ao adimplemento de prestação oriunda de conduta ilícita – civil ou criminal – baseada em extracontratualidade e culpa (infringir o dever de diligência exigível do “homem médio”) por parte de quem deu causa ao evento danoso.

<sup>199</sup> Responsabilidade estrita ou objetiva, a seu turno, seria a sujeição do patrimônio de alguém ao adimplemento de prestação oriunda de conduta que, embora ilícita, deu-se sem infração da natural diligência esperada pelos atores sociais. Em geral, no Brasil, é imputada às pessoas jurídicas cujas atividades regulares afiguram-se como potencialmente lesivas, a despeito da adoção de cautelas, pelo que assumem o risco.

esvai, pois consoante o critério adotado, não pode haver ninguém “sacrificado”, ainda que referido sacrifício implique em acréscimo de lucro por tantos outros. Dito de outra forma, significa que embora combinados os argumentos, consoante Dworkin, não haveria mais que utilitarismo.

### 2.3 A EXTRAÇÃO DA ESSÊNCIA DAS CRÍTICAS À *LAW AND ECONOMICS* FEITAS POR RONALD DWORKIN E A CONTRA-ARGUMENTAÇÃO DE RICHARD POSNER

A despeito de há praticamente seis décadas de pesquisas sólidas sobre a Análise Econômica do Direito<sup>200</sup>, esta segue sendo alvejada de críticas, muitas das quais estribadas em percepções desvirtuadas sobre assuntos centrais da doutrina, como a maximização da riqueza e eficiência, maiores elementos caracterizadores do discurso econômico no Direito, bem como de seu propalado caráter utilitarista.

Estribam-se os críticos basicamente no argumento segundo o qual a racionalidade inspiradora das tomadas de decisão se pautaria em um liberalismo econômico no qual as regras do livre mercado imporiam ao Estado o modelo gerencial, intervindo este de maneira mínima deste em assuntos sociais, gerando como consequência a inversão da natureza das coisas, pois nesse contexto o interesse público não mais teria prevalência quando conflitado com interesses privados. Isso para não falar do câmbio do critério de justiça pelo da eficiência, dada a amoralidade da Ciência Econômica.

---

<sup>200</sup> Orlando Celso da Silva Neto, ao explicitar uma das grandes razões de ser da AED, traz: “Uma das grandes razões para a existência da análise econômica do direito deriva da constatação que, partindo da premissa básica da racionalidade humana, a utilização de comportamentos racionais pode acarretar conflitos socialmente não desejáveis. Para evitar – ou regular – estes conflitos, criou-se historicamente todo um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Uma certa ‘administração de conflitos’ existe independentemente da existência de normas jurídicas, tomando-se como exemplo o comportamento cooperativo voluntário, mas a maior parte da administração de conflitos é feita através do sistema legal, seja *ex ante* ou *ex post*. Este sistema legal orienta a conduta dos agentes, encorajando-os a determinadas condutas e desencorajando-os a outras, ainda que estas outras aumentem seu bem-estar.” Nesse sentido, ver NETO, Orlando Celso da Silva. **É possível a Análise Econômica do Direito do Consumidor? XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Aracaju, SE, pp. 372-400, jun. 2015, p. 392.**

Entretanto, afiguram-se as críticas como calcadas ainda no extremismo daquela em seu gérmen, no final da década de 1950, quando tentava converter toda a temática jurídica em Economia, e a concepção da eficiência em termos de pretensão totalizante. Referida postura da AED alterou-se no tempo e no espaço, como visto no Capítulo primeiro desta investigação, sendo caracterizada em dias atuais<sup>201</sup> como instrumento imprescindível ao jurista quando da tomada de decisão eficiente dentro das alternativas que se apresentam, sem que isso importe em amesquinamento da sustentabilidade. Dessa forma, é imperioso que se aponte especificamente a essência das críticas formuladas por Dworkin<sup>202</sup>, com as consequentes réplicas.

Iniciando-se, sinteticamente pode-se trazer, após a análise da doutrina dworkiniana, que as principais fragilidades imputadas à *LaE*, assim como a contra-argumentação posneriana, são as que seguem.

A manifestação de resistência inicial se refere ao fato de a perspectiva eficientista posneriana rechaçar o utilitarismo, sendo mesmo consequencialista. Mas com isso, o proceder de alguém vincula-se às suas possíveis consequências, disto decorrendo que a eticidade da exteriorização da volição é demarcada por balizas oriundas dos efeitos que causa, o que, entretanto, a aproximaria do utilitarismo de Jeremy Bentham, baseado este no valor “felicidade”. Perceba-se que exatamente por isso as doutrinas de Posner e Bentham se diferenciam, vez que a doutrina daquele, em sua fase inicial (década de 1970) pautava-se pelo valor “econômico”. Salama chega a afirmar que *O eficientismo posneriano não é, portanto, um “utilitarismo aplicado”*. Este ponto é fundamental, porque torna as críticas ao utilitarismo insuficientes para desqualificar o eficientismo<sup>203</sup>. Consoante Posner:

---

<sup>201</sup> Adotar como marco temporal a segunda metade da segunda década do século XXI.

<sup>202</sup> Orlando Celso da Silva Neto ainda propõe que: “Da exposição que se fez anteriormente, podem ser extraídas várias conclusões. Dentre elas, opta-se por destacar as seguintes: a análise econômica do direito é criticada por ser conservadora; a eficiência monetária não deve ser o único critério de tomada de decisão; ser humano é racional, maximizador de seu interesse, mas a expressão de suas preferências é limitada pela informação disponível; políticas públicas não devem ser guiadas exclusivamente pela eficiência, mas podem considerar também outros valores sociais; a comparação interpessoal de preferências é complexa, mas pode servir como ferramenta de tomada de decisão; seres humanos reagem a incentivos, e estes incentivos podem ser punições e recompensas”. *Ibid*, p. 395.

<sup>203</sup> *Ibid*, p. 2.

Não é de surpreender, portanto, que dentre os críticos mais severos da abordagem econômica do direito estejam justamente aqueles que a atacam como uma versão do utilitarismo. O método consiste em igualar economia a utilitarismo e depois atacar este último. Se seguem esse método por se sentirem mais à vontade com a terminologia da filosofia que com a das ciências sociais, ou se o fazem por desejarem explorar a atual hostilidade filosófica ao utilitarismo, isso não importa. O importante é saber se é possível distinguir utilitarismo e Ciência Econômica. Acredito que sim e também que a norma econômica a que chamarei “maximização da riqueza” fornece bases mais sólidas para a ética do que o utilitarismo<sup>204</sup>.

A identificação que os críticos de Posner fazem com Bentham se deve ao fato de, a despeito de ser sabedor que a doutrina utilitarista possui críticas recorrentes, o próprio Posner afirmou que *O que talvez seja novidade é que eu não apenas compartilho com Bentham a certeza de que os indivíduos são maximizadores racionais de sua própria satisfação em todos os setores da vida, mas também acredito na eficiência como conceito tanto ético quanto científico*<sup>205</sup>.

Posner combate o utilitarismo, tanto que evidencia vícios insanáveis dessa postura, a saber, a inoperância do critério de felicidade, ante a ausência de métrica adequada a aferir o nível de felicidade dos indivíduos em razão dos valores capilarizados inviabilizarem a objetividade da aferição. Dessa forma, não haveria confundir-se efficientismo com utilitarismo, dada a objetividade efficientista, fornecedora de previsibilidade dos gostos dos indivíduos. Perceba-se, contudo, que em razão das várias críticas recebidas, Posner muda de postura, notadamente em artigo intitulado *Wealth Maximization Revisited*. Antes dessa mudança (de efficientismo para pragmatismo), porém, avolumavam-se os questionamentos, que seguem.

Ainda na esteira da primeira postura de resistência à *LaE*, soma-se a esta outra crítica, que põe à prova a possibilidade de utilização do critério de eficiência no Direito, pois até mesmo na Ciência Econômica, da qual o conceito teria, segundo os críticos, sido inadequadamente retirado, não é garantida sequer a previsibilidade comportamental dos

---

<sup>204</sup> Id., 2010a, p. 58-59.

<sup>205</sup> Id., 2010a, p. 17.

mercados implícitos, por que razão então garantiria ao Direito? Dessa forma, dispensável seria neste, sob pena inclusive de prestar grande “desserviço”, ou seja, além de não promover qualquer aporte positivo, ainda o prejudicaria.

A essa oposição Posner traz, exteriorizando a insularidade de sua doutrina, que o critério eficientista seria viável, pelo menos nos EUA, como forma de possibilitar aos juízes do *Common Law* ferramenta apta a reduzir o realismo jurídico, dado ser a eficiência verdadeiro critério de justiça, devendo essa ser entendida, segundo o próprio Posner, como o sentido atribuído por John Rawls, que segue:

O sentido que aqui atribuo à palavra “justiça” aproxima-se daquele em que John Rawls a utiliza. Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais<sup>206</sup>.

Vale dizer, que os fundamentos normativos do enfoque econômico seriam tão repulsivos que resultaria inconcebível que o Direito pudesse aceitá-los. Esse argumento resta rechaçado, pois que nitidamente confunde a análise normativa com a positiva<sup>207</sup>. Nesse sentido, é de relevo a lição de Posner, que segue:

Ademais, a Análise Econômica do Direito não deve ser rechaçada só porque não estejamos convencidos sobre a versão mais efetiva dessa análise. Poderíamos crer que a Economia explica só umas quantas regras e instituições jurídicas, e que poderia usar-se para melhorar ou explicar muitas delas, mas o que é lamentável porque vincula a Economia como algo imoral para a política legal, ou pensar inclusive que a Análise

---

<sup>206</sup> Nesse sentido, ver Id., 2010a.

<sup>207</sup> A análise normativa é de cunho deontológico, pois põe a norma em termos de um dever ser ideal, segundo um critério de valor, pois fornece critérios sobre qual seria a norma jurídica mais apropriada – ou ideal – a ser adotada para cada situação. A análise positiva, a seu turno, de cunho ontológico, relaciona-se a um critério de verdade, pois indaga das consequências oriundas da adoção de determinado complexo de regras.

Econômica do Direito tem reduzida importância para explicar ou melhorar, em qualquer dessas situações, não desejaríamos encerrar este livro<sup>208</sup>.

Há que se reconhecer, portanto, também os “serviços prestados” pela AED para a confecção da legislação antitruste, a condução da atividade econômica e até mesmo quando do engendramento de políticas públicas, ante a sempre presente “reserva do possível<sup>209</sup>”. Não se justificam as críticas imputadas à AED, nas quais se atribui a pecha do utilitarismo. Nesse sentido é o posicionamento de Gonçalves e Stelzer, que segue:

[...] o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) justifica-se, delimitando como categoria teórica, distinta possibilidade de interação econômico-jurídica socialmente inclusora; progressista e capacitada para a realização dos Direitos individuais e sociais de forma eficaz e eficiente; permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada, sem perder de vista os dilemas da vida, especialmente humana, em meio aos contextos econômicos, políticos e jurídicos<sup>210</sup>.

A interação racionalidade tendente à maximização da riqueza com princípios de justiça social, assim, não é algo incompatível com a natureza da AED, pois o que se busca é a compatibilização de interesses privatísticos maximizadores de riqueza com interesses de ordem coletiva. Ressai, pois, o Princípio da Eficiência Econômico-Social como verdadeira alternativa para a inclusão social, que avança sobre o utilitarismo, constituindo síntese oriunda da tese posneriana com a antítese de Dworkin.

---

<sup>208</sup> Id., 2010a, p. 60.

<sup>209</sup> Por “reserva do possível” entenda-se a forma de alocação de recursos públicos que leva em consideração a disponibilidade – como consequência de sua natural escassez – destes e a relevância da situação que reclama o investimento ante a pretensão de outra situação que igualmente o exige, havendo, todavia, a necessidade de se decidir qual destas situações será agraciada, em razão da impossibilidade de atenção a ambas, por conta da finitude de recursos. A metodologia fornecida pela AED auxilia o ator envolvido a decidir da maneira mais eficiente possível, o que não necessariamente importará na decisão mais justa ou moralmente adequada, mas sim conduz a uma decisão que otimize os recursos, fazendo com que se obtenha o melhor resultado possível com o mínimo de desperdício.

<sup>210</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Id., 2014, p. 261-290.

Ademais, é de relevo ressaltar que por mais que a AED tenha sua gênese e desenvolvimento em países cuja cultura jurídica é a de Direito consuetudinário (*Common Law*), não há empecilho para sua utilização em países cuja orientação seja de Direito romano-germânico/codificado (*Civil Law*), como o caso do Brasil, quase sempre privilegiando as elucubrações em detrimento das situações de uso – ou concretas – a metodologia trazida por tal doutrina auxilia na delimitação dos aspectos material e prático dos institutos jurídicos tradicionalmente analisados sob a perspectiva que há um sentido objetivo intrínseco em cada um deles e que caberia ao intérprete pura e simplesmente extrair de lá a *mens legislatoris*; a AED supera esse equívoco, ao inserir o elemento subjetivo da escolha de qual significação seria mais apropriada, todavia com balizamentos idôneos a evitar voluntarismos, possuindo como corolário lógico um freio ao ativismo judicial.

Por fornecer todo esse ferramental teórico, a AED supera igualmente o “senso comum teórico dos juristas<sup>211</sup>”, já percebido por Luís Alberto Warat, no qual o Direito consiste em uma realidade construída, coparticipada e não algo dado, ensejador do comodismo doutrinário dos “estudiosos” do Direito. Além disso, é instrumento idôneo a dotar de previsibilidade a conduta de determinado grupo societário quando submetido a pressões oriundas de normas jurídicas, pois que o ser humano tende a responder de maneira relativamente objetiva diante de uma estrutura de incentivos; é capaz, ainda, de moldar-se às situações mais heterogêneas, proporcionando visão mais completa e aprofundada das estruturas nas quais se desenvolve o fenômeno jurídico.

Não se trata de mera aplicação de ensinamentos econômicos em setores usuais da Economia, mas sim de aplicação da metodologia da Ciência Econômica a todos os ramos do Direito, e não apenas àqueles classicamente de apelo econômico imediato, como o Direito Empresarial ou o Tributário. Assim, por mais que não fosse o critério único a ser utilizado, Posner não visualizava óbices à sua viabilidade.

Outra crítica se daria pelo fato de os direitos individuais, por sua natureza, serem despidos de valor econômico, trazendo já consigo sua própria valoração. Assim, esse complexo de direitos é almejado em função da própria natureza humana, e não pelo fato de fomentar a riqueza. A isso Posner diverge com a seguinte linha de raciocínio:

---

<sup>211</sup> Nesse sentido, veja-se WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

Para a maioria das pessoas que não são economistas, a palavra "riqueza" sugere dinheiro. Mas para um economista, sugere preferências de ponderação para as coisas que as pessoas querem ou pela disposição de pagar por uma coisa, se você não a possui, ou por relutância em se separar voluntariamente, se você o possui<sup>212</sup>. (Tradução livre. Em inglês, no original)

Ou seja, Posner a isso se levanta aduzindo que a pluralidade axiológica das sociedades complexas impede a harmonização em termos absolutos de todas essas exigências éticas genericamente protegidas, ao passo que a eficiência, quando da análise de prós e contras, viabilizaria o saneamento dos problemas de maneira efetiva, superando, dessa forma, as supostas respostas oriundas de uma filosofia moral, revestidas puramente de verbalismos sem substância.

Passada essa crítica, fica-se diante de outra, qual seja, o nefasto olvido, pela eficiência, da distribuição original dos direitos no meio social, em razão da possibilidade da destinação primeira dessas disposições declaratórias serem muito desiguais, e a maximização da riqueza agiria como vetor de manutenção dessa ordem excludente, legitimando-a. Salama aduz que

Posner admitiu que a distribuição original é arbitrária, e repousa principalmente sobre a sorte. Mas o sacrifício de preocupações igualitaristas encerrado na tese eficientista viria em contrapartida de um reforço das virtudes e da recompensa à produtividade e ao trabalho individual. Além disso, critérios de justiça que desconsiderem as consequências previsíveis seriam igualmente incompletos<sup>213</sup>.

Dessarte, embora Posner reconheça a aleatoriedade da distribuição inicial dos recursos, ressalta que essa desigualdade seria justificada em razão da contraprestação pelo trabalho do sujeito.

Outra crítica consiste na inobservância do bem-estar individual, pois que a preocupação seria o bem-estar geral, o que poderia ensejar grandes desigualdades e injustiças, como o aniquilamento de minorias, sendo taxado, por isso, o critério da eficiência, como faceta utilitarista.

Contra essa visão, Posner contra-argumenta, baseado em seu rechaço à filosofia utilitarista, já visto. Em abono ao contra-argumento

---

<sup>212</sup> Id., 1985, p. 85-86.

<sup>213</sup> Ibid., p. 23.

posneriano, vem a calhar o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), de Gonçalves e Stelzer, quando da conjugação dos elementos *racionalidade e humanização na norma positivada*<sup>214</sup>, pois que a proposta inclusora do princípio impõe a observância dos seguintes requisitos:

- a) A inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica;
- b) A consideração; para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos – adjudicação de direitos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica;
- c) O primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado;
- d) A apreciação do caso concreto de forma eficiente, segundo expectativas da AEDI, eliminando--se os reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como, os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras e;
- e) A avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social<sup>215</sup>.

Dessa forma, não haveria razão de ser a crítica acerca da inobservância do bem estar individual em prol de um bem-estar geral, pois não intenta a *LaE* em fazer da eficiência o único critério na tomada de decisões políticas e jurídicas, pois que fatores outros, com base na justiça social, obrigatoriamente devem ser observados.

Ou seja, o potencial “esquecimento” da justiça, pela AED, carece, para superação, mais uma vez, que se precisar o conteúdo e alcance do que se há de entender por justiça, dada a falta de sentido objetivo de *per se*. Pode se atribuir à justiça a perspectiva distributiva, na qual a Ciência Econômica fornece sólidas reflexões sobre o que se há de compreender por igualdade, considerando as particularidades de cada sociedade em determinado contexto de espaço e tempo.

---

<sup>214</sup> Id., 2014, p. 261-290.

<sup>215</sup> Id., 2014, p. 261-290.

Outra acepção de justiça seria o da eficiência (a tentativa de harmonização capitaneada por Posner quando de sua “conversão” ao pragmatismo jurídico), através do qual a AED lega à sociedade, por exemplo, o fundamento de porque a desapropriação deve ser precedida de justa indenização, ou a vedação ao locupletamento. Isso pelo fato que diante da natural escassez de recursos, não há falar-se em injustiça ou imoralidade em utilizá-los de forma que gere menos desperdícios, vale dizer, da maneira eficiente.

É de se inferir que a “falta de justiça” na AED, atribuída pela crítica, deve-se ao fato segundo o qual a justiça está além da Economia. Por exemplo, quando o artigo 1.210, § 1º, do Código Civil Brasileiro<sup>216</sup>, autoriza a utilização da violência pelo indivíduo para a defesa da posse que pode, inclusive, desde que observados os critérios de imediatidade e proporcionalidade, ceifar a vida do esbulhador. Aqui haveria, segundo a linha de raciocínio dos críticos, inversão de valores, na qual a posse se sobreporia à vida. Todavia, tal crítica padece de vazio a partir do momento em que se compreende a noção do caráter normativo da AED, de cunho deontológico.

Dessa forma, imputar inexistência de critério de justiça à *LaE* não encontra aderência à realidade, pois o critério técnico trazido pela Teoria é balizador para a tomada de decisão. Poderia ser um critério político (v.g., favorecer alguém em algum segmento por razões escusas ou mesmo meramente pessoais), aleatório... Por que, então, reiterar-se, não se pautar por critério técnico, fornecido pela *LaE*?

Entretanto, talvez a crítica mais pungente de Dworkin resida no fato de não ser a eficiência um valor, e o Direito forçosamente apoiar-se em valores; a eficiência seria, nesta visão, quando muito, um desvalor, dada a pouca aderência que teria junto à sociedade, por faltar a humanização necessária.

Contra essa crítica, aduz Posner que a eficiência é balizada pelos ditames estabelecidos na Carta Magna, devendo-lhe, assim, observância. Ademais, não se poderia identificar aprioristicamente valores, que

---

<sup>216</sup> Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

ressaem cambiantes conforme as situações de uso, condicionados pelo tempo e espaço, vez que a norma apenas passa a “dizer” algo apenas *a posteriori*, quando da “fusão de horizontes” do intérprete (à época da interpretação) com os do legislador, à época da feitura da lei. Ademais, consoante aludido há pouco, o PEES solve esta crítica, ao aliar racionalidade à humanização, e inserindo as externalidades no processo de tomada de decisão eficiente, aperfeiçoando, dessa forma, o critério de compensação potencial de Kaldor-Hicks.

Quanto às externalidades, é imperioso reconhecer que pretender inserir todas no “cálculo” econométrico talvez fosse tarefa já desde o início infausta. No entanto, por mais que não seja factível a possibilidade da inclusão na integralidade, ao menos restam bem reduzidas as potenciais injustiças oriundas do pensamento econômico aplicado ao Direito; algo como que diante de impossibilidade de se alcançar o estado ideal, busca acerca-se deste tanto quanto possível, com estreita relação entre o mundo ideal e o mundo do possível ou das sombras (imperfeito), o que encontra estribo filosófico no “Mito da Caverna<sup>217</sup>”, de Platão, no Livro VII da clássica *A República*.

Dessa forma, em que pese a impossibilidade da inserção de todas estas no “cálculo” econométrico, não há a invalidade do argumento, vez que ao menos as potenciais injustiças oriundas do discurso econômico restam minguadas. Assim, por mais que não se consiga “exterminar” possíveis iniquidades – aliás, qual teoria consegue? –, ou seja, por mais que não seja perfeita, tenta acercar-se na medida mais estreita dentro do humanamente possível, da perfeição.

Essas as críticas mais incisivas de Dworkin, com o respectivo contra-arrazoado de Posner.

## 2.4 DEMAIS CRÍTICAS À *LAW AND ECONOMICS*

A despeito do trabalho versar sobre o cotejo doutrinário, antagônico por excelência, entre Richard Posner e Ronald Dworkin, e como as críticas desse possibilitaram a mudança paradigmática daquele, várias outras posturas de resistência à *LaE* se fizeram sentir. Nessa esteira, traz-se a essência de algumas das principais oposições, a saber, os Estudos da Crítica Jurídica (ECJ), assim como as críticas de Mitchell

---

<sup>217</sup> Nesse sentido, para acesso ao raciocínio do “Mito da Caverna” desenvolvido na plenitude, recomenda-se a leitura de PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret: 2003, p. 210-238.

Polinsky e, no âmbito da doutrina nacional, o posicionamento de Heloísa Borges Bastos Esteves.

### **2.4.1 Críticas ao economicismo jurídico: Estudos da Crítica Jurídica (ECJ)**

Analisada a doutrina dworkiniana, é relevante trazer outra postura de resistência à *LaE*: os Estudos da Crítica Jurídica – ECJ. Inicialmente, incumbe salientar que os Estudos da Crítica Jurídica (ECJ) constituem movimento intelectual oposto à postura tradicional da AED, e não uma perspectiva (ou Escola) autônoma, surgido no fim dos anos de 1970 nos Estados Unidos, sob a batuta de Mark Tushnet, com o propósito de fornecer novas formas de compreensão do Direito, bem como do desenvolvimento de novos métodos para utilizar esse entendimento, sem que constitua perspectiva autônoma da AED. O professor Tushnet, da Universidade de Yale (EUA), foi o mentor intelectual dos ECJ.

Havia referência à tradição weberiana na qual as estruturas formais das doutrinas jurídicas se veem submetidas a uma crítica desmitificadora encaminhada a revelar sua função social latente. Some-se a isso o estímulo, por parte de Tushnet, à concepção do Direito como forma de dominação, proferido em janeiro de 1977, por ocasião da “Invitation to First Conference on Critical Legal Studies”, que segue:

O Direito é um instrumento do domínio social, econômico e político, tanto no sentido de apoiar os interesses concretos dos dominadores, como no de legitimar a ordem social existente. Este enfoque insiste no caráter ideológico da doutrina jurídica, e como consequência, se ocupa mais de sua estrutura interna que das funções latentes e sociais. Ao mesmo tempo, se preocupa em entender o efeito na prática – as formas em que o pensamento jurídico serve às forças sociais dominantes ao mesmo tempo em que as restringe. Com isso se concilia a ambição de estender a tradição da teoria social, mais do que aplicar simplesmente as ideias dos clássicos às realidades dos Estados Unidos. Finalmente, a premissa metodológica do novo enfoque consiste no fato que a teorização liberal moderna sobre a sociedade se vê perseguida por contradições fundamentais e inevitáveis; neste sentido expõe um dilema existencial dramático, mais do que

representar tensões ou conflitos suscetíveis de resolver-se de maneira sensata<sup>218</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Percebe-se, portanto, a visão do Direito como forma de legitimar interesses de certas castas, mas a um só tempo os restringindo, ampliando a teoria social estribada em Max Weber, bem como conferindo nova perspectiva a assuntos já abordados, mas reconhecendo as limitações de ordem metodológica que dita visão comporta.

Quanto às características próprias dos ECJ, observa-se que dito movimento rechaça toda e qualquer espécie de formalismos; possui caráter neomarxista; é notadamente utópico e teórico, bom como demonstra preocupação com as hierarquias, frequentemente ilegítimas.

O primeiro traço caracterizador – o rechaço sistemático aos formalismos – parte da tentativa de se demonstrar a indeterminação da doutrina jurídica, vez que qualquer princípio jurídico pode ser utilizado para alijar resultados contrastantes ou contraditórios, servindo, não raro, para utilizar-se o Direito de forma a justificar determinada ideologia, configurando verdadeira arbitrariedade, por meio de deturpações jurídicas.

O caráter neomarxista do movimento evidencia-se na tentativa de abominar o liberalismo, entendido pelos partidários dos ECJ como instrumento idóneo a perpetuar situações de desigualdade, sob o manto de uma suposta igualdade. Ademais, não se coadunam com o ideário tradicional do marxismo segundo o qual o Direito serviria aos propósitos opressores das classes dominantes. Isto pelo fato de entenderem o Direito como política, servindo, conseqüentemente, a um propósito ideológico, ao “disfarçar” a exploração com uma justiça aparente, de forma que induzem os explorados a apoiarem o sistema e sua própria opressão, sem que sequer percebam, aproximando-se o “imperativo despsicologizado<sup>219</sup>”, de Hans Kelsen. Dessa forma o Direito legitimaria a estrutura de classes.

---

<sup>218</sup> TUSHNET, Mark. In: **Invitation to First Conference on Critical Legal Studies**. Madison (informação verbal), 1977.

<sup>219</sup> Ao analisar a natureza da norma jurídica como imperativa, conferindo desmedida primazia ao elemento ilitude, Kelsen concebe o “imperativo despsicologizado”, que possui o seguinte significado, *in verbis*: “La conducta humana es sancionada, estatuida o prescripta por una regla de derecho sin ningún acto de voluntad psíquica. El derecho podría ser denominado una orden despsicologizada. Esto aparece en la afirmación de que el hombre debe conducirse de acuerdo com el derecho”. *Ibid.*, p. 222.

Os traços de utopia e teoria se radicam no fato segundo o qual os ECJ não possuem como objetivo oferecer ou considerar programas específicos, dado o caráter de seus partidários de juriconsultos que buscam explicações de um mundo, por um lado, repleto de interesses e, por outro, carente de lhanza. Com efeito, Duncan Kennedy, em posicionamento externado na Revista da Faculdade de Direito de Harvard intitulada “Form and Substance in Private Law Adjudication”, segundo o qual *O Estado, e com ele o juiz, estão condenados a desaparecer na medida em que o povo recobre a consciência de sua fraternidade [...] entretanto, nós lograremos dita meta apenas quando superarmos nossa alienação recíproca*<sup>220</sup>.

O último signo distintivo da ECJ diz respeito à preocupação do movimento com as hierarquias – não raro havidas por ilegítimas. A acepção ora em comento centra seus esforços em elaborar análise histórica e socioeconômica para identificar como os grupos de interesses, classes sociais ou instituições econômicas se aproveitam das decisões jurídicas, a despeito da indeterminação das doutrinas legais.

Com propósitos ilustrativos, Roemer considera *hierarquias os grupos de advogados e outras organizações profissionais como trincheiras de privilégios especiais que pretendem obter uma autorregulação benéfica*<sup>221</sup>.

Quanto às diferenças e similitudes dos ECJ com a perspectiva tradicional, tem-se que não se excluem reciprocamente: por evidente há diferenças, até porque se não as houvesse tratar-se-iam da mesma coisa, apenas com nomenclaturas próprias. Todavia, também existem pontos de contato entre ambas, o que se verá agora.

Para os partidários da acepção tradicional, fortemente forjados na racionalidade, os seres humanos pautam seus comportamentos das mais variadas formas com o único escopo de maximizarem seus próprios proveitos. Sob o viés econômico, a norma jurídica desempenha notadamente função de fomento à recompensa de pessoa cujo proceder aumenta a eficiência, e castiga aquela cuja conduta potencializa e/ou efetiva a ineficiência.

Os partidários dos ECJ, a seu turno, entendem o conceito econômico de comportamento racional como visceralmente, consoante Roemer, ligado a aspecto ideológico subjacente que trata de justificar e

---

<sup>220</sup> KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 2, p. 1685-1771, jan. 1976. (Tradução livre. Original em inglês.)

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 77.

explicar a desvantagem e o privilégio como consequência de uma escolha racional privada<sup>222</sup>. Argumentam que o comportamento é racional somente pelo fato de se afinar com uma ideologia política específica. Da mesma forma, aduzem que as formas liberais tradicionais de análise jurídica falham pela incoerência das opções fundamentais acerca da necessidade e desejo da intervenção do poder coercitivo do Estado sobre a vontade livre do indivíduo.

Discorrendo sobre as diferenças entre as duas acepções ora em referência, Roemer afirma:

Existe também um profundo desacordo entre estes movimentos a respeito da possibilidade de construir explicações objetivas e coerentes sobre como opera o Direito dentro da sociedade. Enquanto os autores da Escola de AED concordam que o pensamento jurídico tradicional é insuficiente e deve preocupar-se com questões que impulsionem o crescimento econômico, os autores de ECJ sustentam que o conflito entre a regulação e o mercado pode resolver-se através de regras elaboradas pelos juízes que efetuem distinções precisas entre assuntos de atribuição e distribuição, adotando posturas comportamentais que presumam a racionalidade e animando os juízes a ignorarem as preocupações utilitaristas em favor das preferências distributivas<sup>223</sup>. (Tradução livre. Original em espanhol.)

Com efeito, estas diferenças são visualizadas nas essências dos dois movimentos, recordando que consoante a acepção da Escola de Chicago, Direito se confunde com eficiência, ao passo que para os partidários de ECJ, Direito é política. Todavia, a “política” nos ECJ deve ser compreendida como movimento de oposição, e não no sentido estrito como na *Public Choice* (Escolha Pública). A teoria da crítica jurídica considera que a AED representa uma visão incorreta da lei e de seu papel na sociedade. De toda forma, o conflito existente entre as duas correntes decorre de perspectivas diametralmente distintas do Direito.

Estabelecidas as diferenças, incumbe falar agora das semelhanças existentes entre as acepções tradicional e a ECJ. Nesse sentido, é salutar a lição de Mark Kelman:

---

<sup>222</sup> Ibid., p. 77.

<sup>223</sup> Ibid., p. 78.

Em parte, a Escola de ECJ não poucas vezes se assimila nas mentes dos observadores com a (perspectiva tradicional) de Análise Econômica do Direito, porque ambas ganharam notoriedade como movimentos acadêmicos em faculdades de Direito elitistas, em meados e fins da década de 1970 e, em parte porque cada uma delas representou um ataque contra a postura dominante das faculdades de Direito: centrista, focada no processo e orientada para o estudo de casos jurídicos. Ademais, a Escola de Análise Econômica do Direito foi concebida frequentemente não apenas como representante de um novo método de pensamento acerca das questões jurídicas, mas também como um ataque frontal da direita contra os pontos de convergência de uma política liberal moderada sobre a propriedade; enquanto que a Escola de ECJ foi considerada frequentemente como o ataque da esquerda contra essas mesmas políticas<sup>224</sup>. (Tradução livre. Original em inglês.)

Vale dizer, tanto uma quanto outra convergem em uma repulsa a respeito da concepção do Direito como ideal público. Uma Escola (a AED tradicional) o concebe como eficiência; a outra (ECJ), como política, derivando ambas as vertentes de um tronco comum: o realismo jurídico dos Estados Unidos, cujos propósitos eram, em apertada síntese, demonstrar que o Direito é indeterminado, no sentido de fornecer uma pluralidade de respostas a uma mesma indagação; que as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e que o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o Direito, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico).

Posner, analisando o fenômeno jurídico entre extremos, enfatizou que o sustentáculo da fé na autonomia do Direito como disciplina foi impulsionado nos últimos vinte e cinco anos<sup>225</sup>. O espectro da opinião pública nas faculdades de Direito – que em 1970 ocupou estreito espaço entre o liberalismo suave e um conservadorismo também suave – abarca

---

<sup>224</sup> KELMAN, Mark. **A Guide to Critical Legal Studies**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 114.

<sup>225</sup> Nesse sentido, ver Id., 2013, p. 26.

hoje em dia desde o marxismo, o feminismo, o nihilismo e o anarquismo de esquerda até um liberalismo político e econômico, bem como um fundamentalismo cristão de esquerda. Referido autor receia que o sucesso angariado das duas posturas da AED faça com que os estudiosos não mais criam nesta como disciplina autônoma. Nesse sentido, Roemer:

Ademais, tanto a Escola da Análise Econômica do Direito como a de ECJ rechaçam algumas das premissas centrais da Escola do Processo Jurídico: a suposição de que os juízes ou legisladores possam descobrir valores compartilhados e a ideia de que exista um consenso político sobre questões fundamentais. Os partidários da cada movimento defendem um novel realismo que leve em consideração o profundo conflito existente em um mundo repleto de agudas diferenças políticas e econômicas; um mundo no qual abunda por todas as partes a escassez, o privilégio e a desvantagem<sup>226</sup>. (Tradução livre. Original em espanhol)

Pode-se afirmar, pois, que embora partindo de referenciais distintos, especialmente metodológicos, ambas as vertentes são complementares. Enquanto a acepção tradicional lança mão dos métodos formais da Economia, ECJ retoma suas ideias e métodos de fontes ecléticas e disciplinas como a teoria crítica, o criticismo literário, o feminismo e o estruturalismo. Dessa forma, cada movimento introduziu uma nova forma do saber jurídico que se aparta radicalmente das perspectivas e métodos da grande corrente do pensamento jurídico.

#### 2.4.2 A análise da *LaE*, por parte de Mitchell Polinsky

Mitchell Polinsky, em artigo intitulado *Economic Analysis as Potentially Defective Product: a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*<sup>227</sup> (“Análise Econômica como um Produto Potencialmente Defeituoso: um Guia do Comprador para a Análise Econômica do Direito de Posner”), propõe-se a analisar a teoria jurídico-econômica de Richard Posner, não no sentido de rechaçá-la,

---

<sup>226</sup> Ibid., p. 82.

<sup>227</sup> POLINSKY, Mitchell. *Economic Analysis as Potentially Defective Product: a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 87, n. 8, pp. 1.655-1.681, jun. 1974.

declarando-a inservível, mas objetivando preencher determinados vazios que, caso permanecessem lacunosos, fariam a teoria padecer de vício insanável.

O crítico chama a atenção para a pretensão, segundo seu juízo, dos estudiosos da Economia se assenhorearem de áreas outras que não aquelas próprias de suas preocupações tradicionais, imiscuindo-se mesmo em áreas que seriam – ou deveriam ser – “privativas” dos profissionais do Direito. Em que pese o fato de o autor reconhecer a possibilidade de ser acessível ao economista compreender alguns aspectos do Direito, em função da interdisciplinaridade científica, aduz que este se excede ao pretender equivocadamente estender o ferramental econômico à globalidade dos “problemas de natureza jurídica<sup>228</sup>”.

A inadequação da metodologia econômica a informar o Direito se radicaria especialmente no fato de ser ininteligível ao estudioso do Direito, dada a especificidade técnica característica da Economia, naturalmente causando-lhe “espanto” a aplicação de dita ferramenta a assuntos aparentemente despidos de caráter econômico, como, por exemplo, a fragmentariedade do Direito Penal.

Até em função disso, analisando a obra *Economic Analysis of Law*, de Posner, o autor sugere que os *propósitos do livro seriam melhor atendidos por uma discussão aberta sobre as limitações da análise econômica, aplicada ao direito*<sup>229</sup>, reconhecendo, pois, a possibilidade de utilização – não generalizada – da Economia no Direito, mas, para tanto, necessitando de abordagem que contivesse os seguintes elementos:

Estilo de análise e temas básicos metodológicos; o paradigma do mercado competitivo: descrição, eficiência e optimalidade; exposição do teorema de Coase e análise de Posner em termos do paradigma do mercado competitivo; algumas limitações do paradigma do mercado competitivo para a análise do Direito; assentamento final: análise econômica do Direito como um produto potencialmente imperfeito<sup>230</sup>.

Para Polinsky, seria ainda vital solver a problemática da redistribuição de renda idônea a superar um critério de eficiência que, embora operante, poderia ser danoso. Com efeito:

---

<sup>228</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, p. 1.656.

<sup>229</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, p. 1.660.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 1.664.

Com a intenção de obter um ótimo social, o primeiro estágio é tão crucial quanto o segundo, pois se a distribuição de renda for incorreta, o equilíbrio competitivo resultante pode não ser socialmente desejável, mesmo que seja eficiente. Por exemplo, um equilíbrio competitivo pode ser eficiente, conforme Pareto, mesmo quando cada cidadão está na linha de pobreza, com exceção de uma pessoa, que seja multimilionária<sup>231</sup>.

Havia, portanto, a necessidade de combinar harmonicamente a eficiência com a justiça, o que, para Polinsky, restava de difícil efetivação, dada a impossibilidade dos custos de transação serem iguais a zero. Por fim, traz a *LaE* como potencialmente imperfeita não por suas naturais fragilidades, mas pela má compreensão daqueles que a utilizarão:

A análise econômica do direito está capacitada a causar os maiores prejuízos através do mau uso pelos seus leitores do que por defeitos inerentes. Ao dizer que a análise econômica do direito é produto potencialmente defeituoso, não quero negar que ela seja valiosa; eu acredito que ela o seja. Mas, mesmo um produto valioso está sujeito a mau uso, se não forem incluídas instruções para seu uso. Meu propósito aqui foi simplesmente suprir algumas das instruções faltantes<sup>232</sup>.

À crítica de Polinsky pode-se opor alguns contra-argumentos. Inicialmente, não há a pretensão da *LaE* de ser o único critério a ser observado quando da criação e aplicação do Direito, mas sim servir como metodologia hermenêutica analítica quando da possibilidade de decisão entre alternativas diferentes, entretanto, assumindo Posner as limitações de sua teoria, pois *Poderíamos crer que a Economia explica apenas algumas regras e instituições jurídicas, e que poderia usar-se para melhorar ou explicar muitas delas*<sup>233</sup>; até por isso é mais um entre vários instrumentais potencialmente úteis ao Direito.

Quanto à (re)distribuição de recursos, a conjugação de eficiência com justiça seria possibilitada pela inserção das externalidades no “cálculo” econométrico, que corrigiria o desequilíbrio gerado por uma distribuição que, embora eficiente, caso desigual na origem, perpetuaria situação de exclusão social. Ademais, os custos de transação não

<sup>231</sup> Ibid., p. 1.675.

<sup>232</sup> Ibid., p. 1.681.

<sup>233</sup> Id., 2013, p. 60.

necessariamente corresponderão a zero, o que não invalida a teoria, pois que basta que estes custos não sejam impeditivos da transação.

Na mesma esteira dessas críticas, no entanto, não sendo a intenção do pesquisador de alçar ao mesmo patamar de Polinsky, traz-se, a título ilustrativo, as críticas de Esteves, que possuem por propósito demonstrar a incompatibilidade entre os juízos econômico e jurídico mas, ao final, aponta a possibilidade de tal interação. Entretanto, há que se ter em conta que embora os discursos se afinem, os enfoques são diferentes: Esteves centra sua crítica a partir de prisma epistemológico, ao passo que as críticas de Dworkin são eminentemente morais.

A autora, analisando a (im)possibilidade interdisciplinar entre Direito e Economia, identifica algumas questões que obrigatoriamente devem ser solvidas, sob pena restar completamente inviabilizado o estudo conjunto desses dois ramos do saber. Com efeito, preceitua:

De modo geral, podem ser identificadas quatro questões que, de modo mais freqüente, colocam-se como obstáculo (nem sempre superado) à atuação integrada das disciplinas:

- i) Problemas relacionados ao recorte metodológico das disciplinas: definição do nível apropriado de análise e compatibilização dos diferentes planos de análise estudados;
- ii) Problemas relacionados ao conceito de eficiência econômica: a eficiência como critério de escolha em aplicações normativas e como objetivo de política;
- iii) Problemas relacionados à escolha de critérios de agregação das preferências individuais;
- iv) A economia como ciência reducionista e os limites de sua aplicação;
- v) Problemas relacionados ao paradigma da racionalidade dos agentes econômicos<sup>234</sup>.

O óbice inicial a ser transposto diz respeito à tentativa de harmonização das metodologias através das quais o Direito e a Economia são estudados. Enquanto a Economia, tanto na Teoria Microeconômica quanto na Teoria Macroeconômica, tem por escopo as consequências globais oriundas das normas jurídicas, o Direito, por

---

<sup>234</sup> Nesse sentido, ver ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. *Economia e Direito: Um Diálogo Possível*. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 49-50.

meio de seus profissionais, circunscrever-se-iam às particularidades do caso concreto.

Em outros termos, na visão do Direito, ante o embate jurídico entre interesses divergentes instaurado, as atenções dos juristas se voltariam no balizamento de direitos e sopesamento sobre o que merece tutela compensatória estatuída pelo ordenamento jurídico, sendo nítida a perspectiva *a posteriori*, de forma que a compensação apenas seria recomendada pela impossibilidade da restauração da situação jurídica anteriormente transgredida.

Na Economia, a seu turno, caso se tome por base a perspectiva da Teoria Microeconômica, a compensação seria apenas potencial (critério de Kaldor-Hicks), e mesmo no prisma macroeconômico, quando a análise foca nas consequências políticas, positivas ou não, da norma jurídica, as perdas, do ponto de vista individual podem não ser levadas em conta.

Entretanto, tal “impedimento” parece desconhecer o fato de não ser o Direito forjado tão-somente no ideário interindividualista. Tome-se também por exemplo a situação das avenças, notadamente comerciais, entre nações, as quais Posner identifica como contratuais, sendo lícita a análise sob o prisma de referida espécie do Direito. Mas por mais o autor trace paralelo entre as relações sinalagmáticas estabelecidas entre particulares dentro de uma mesma nação, regidas ordinariamente pelo Código Civil, e as travadas entre empresas pertencentes a nações diferentes, reconhece a existência de potenciais tensões oriundas da inexistência de organismo supranacional cujos ditames fossem dotados de exigibilidade garantida. Para ilustrar o pensamento de Posner, pode-se esboçar um exemplo, à luz de Stelzer, para quem:

O significado do termo “supranacional” expressa um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionais<sup>235</sup>.

Imagine-se em sede de dada comunidade supranacional, onde o comércio entre as nações seja integrado, *v.g.*, a venda de cerveja do país

---

<sup>235</sup> STELZER, Joana. **União Europeia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 75.

“X” no país “Y”. A cerveja oriunda do país “X”, para fins didáticos, suponha possuir teor alcoólico menor que a produzida no país “Y”, o que segundo a legislação interna deste a descaracterizaria como cerveja.

É de relevo mencionar que no país de origem (“X”) a cerveja cumpre todas as exigências para qualificar-se como tal. Suponha-se ainda ser a qualidade daquela é inferior à da cerveja de “Y” e que, além de tudo, tem preço inferior a esta. Dado o contexto, a cerveja de “X” angaria expressivo quinhão no mercado, notadamente em razão do atrativo preço. Ocorre que os produtores de cerveja de “Y” se insurgem contra esta situação, alegando que a concorrente sequer poderia ser considerada cerveja, pois não obedece aos padrões estabelecidos pela legislação interna para tal, e pleiteiam não a sua exclusão do mercado, mas sua desclassificação para outra categoria de bebida alcoólica que não a cerveja. Perceba-se que as implicações econômicas são bastante evidentes: a maximização da riqueza para os produtores do país “X”, em razão do aumento de vendas, e o empobrecimento dos produtores do país “Y”, que alegam concorrência desleal, pelos fundamentos expendidos.

Para que dito questionamento seja analisado, é *conditio sine qua non* a existência do ente supranacional para o deslinde do conflito. Instaurada a querela, surge a indagação: a quem deve ser dada razão? É caso de concorrência desleal de fato? Pelo menos duas respostas decorrem. A primeira reside no acolhimento das razões dos produtores do país “Y”, pois que para ser considerada cerveja deveria amoldar-se aos padrões estipulados por sua legislação interna, o que não ocorria no fato descrito. A segunda resposta seria o acolhimento dos fundamentos trazidos pelos produtores do país “X”, pois que cumpria todas as exigências na legislação deste e, portanto, deve ser considerada cerveja.

Inclina-se o pesquisador a adotar por mais correta esta última alternativa, em razão de a transferência de parcela da soberania pelos países a um organismo comunitário central, objetivando a integração – de jaez marcadamente comercial – impõe a reciprocidade de tratamento: se no país de origem houve o cumprimento das exigências qualificadoras da bebida como cerveja, deve ser tratada como cerveja em todos os países pertencentes à comunidade supranacional. Aos produtores que se julgam prejudicados resta a possibilidade de buscarem arranjos alternativos, notadamente campanhas publicitárias, que tornem seu produto mais competitivo.

O raciocínio retromencionado pode ser utilizado para situações as mais diversas, ainda que aparentemente despidas de caráter econômico,

como, v.g., o reconhecimento de títulos acadêmicos de pós-graduação obtidos em países pertencentes ao mesmo organismo supranacional, sob pena do cometimento de flagrante etnocentrismo cultural. Mormente porque, neste caso específico, há outros mecanismos para aferir a capacidade do acadêmico (a sua produção intelectual, por exemplo), pois não é o título, por si só, que faz presumir o conhecimento. Ademais, indaga-se: o que autoriza concluir que apenas a produção científica engendrada nas fronteiras de determinado país é a válida? Referido questionamento se justifica ainda mais nestes dias que foram dados para viver, de pura “*ilusão cartográfica*”<sup>236</sup>, em alusão a Stelzer.

Como se percebe, temas aparentemente despidos de caráter econômico se desvelam como essencialmente econômicos. Basta a possibilidade do envolvimento de escolhas relevantes que o método econômico se fará presente, auxiliando no processo de tomada de decisões as mais eficientes e racionais possíveis. O custo, sob a perspectiva econômica, não importa necessariamente em pecúnia; refere-se, isso sim, à escassez de recursos.

Em última análise, o movimento “Law and Economics” se propõe a fazer uma releitura do Direito – com a dotação de ferramental atualizador – para além das concepções clássicas, vinculadas à concepção positivista, donde ressaí a percepção dos institutos jurídicos em sua verdadeira razão de ser, seu verdadeiro fundamento, dado que parcela expressiva de referidos institutos são, em realidade, regulamentação de relações econômicas subentendidas.

Não há, pois, como se sustentar o primeiro óbice erigido por Esteves, vez que, além de conceber o Direito apenas sob perspectiva interindividual, ainda o põe na fileira de mero instrumento repressivo, como se este apenas se fizesse presente quando da instauração de conflitos. Esta é, aliás, apenas sua função secundária, pois que a principal centra-se justamente na prevenção de embates. Parece olvidar-se do caráter deontológico do Direito, pois que este, enquanto realidade contingente, não necessariamente é, mas sim “deve ser” o melhor possível.

Nesse diapasão, não raro o legislador se vale do estudo do sociólogo do Direito, que observa externamente como certo nicho societário se porta diante de determinada pressão, e descreve a realidade observada, fornecendo àquele primeiro informações decisivas para que,

---

<sup>236</sup> Neste sentido, veja-se STELZER, Joana (Org.); CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

agora sim, “crie” o Direito mais adequado àquela sociedade, primando pela prevenção de conflitos de interesse, apenas emergindo a função secundária (a repressão dos conflitos) quando a primeira não for suficiente, como perfeitamente possível, ante a disjunção do sujeito de direito, que pode ou não agir consoante os mandamentos normativos. Todavia, caso haja a transgressão, “deve” se sujeitar a alguma reprimenda prevista. Abonando essa tese, Gonçalves e Stelzer:

A interação entre a Ciência Econômica e o Direito é, em primeiro momento, surpreendente já que, a princípio, haveria diferença metodológica na compreensão da fenomenologia social por parte de ambas as ciências; entretanto, é interessante verificar que a unicidade de determinado fenômeno pode ser apreciada sob os diversos pontos de vista sem deixar que este continue individualizado e inalterado. 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 à satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa. Intenta-se, assim, eliminar a legislação e o julgamento político-volitivo e aleatório<sup>237</sup>.

Logo, não prospera afirmar que as metodologias da Economia e do Direito, em razão de seus níveis de análise, seriam instrumentos capazes de impedir a interação entre essas duas realidades, pois que ter-se-ia, ao menos, um ponto de contato, a saber, a análise centrada nas consequências, motivo pelo qual ambas se compatibilizam, sendo não situações excludentes entre si, mas sim realidades que se exigem reciprocamente.

O segundo elemento que impossibilitaria a interação entre Direito e Economia seria o conceito de eficiência como critério normativo, quando traz serem os juristas claudicantes quanto à importância que se deve dar a este elemento, vez que em muitas situações confundem as acepções alocativa e produtiva do vocábulo, tomando aquela por esta, tendo como consequência lógica e imediata de dito equívoco o olvido dos ideais de justiça, em especial aqueles que dizem respeito à isonomia e a distribuição dos recursos disponíveis. A impossibilidade se daria,

---

<sup>237</sup> Id., 2014, p. 261-290.

notadamente, pelo fato de o Direito assentar-se sobre paradigmas de justiça e equidade, ao passo que a Economia, com base no elemento riqueza.

Argumento posto, surge agora o contra-argumento. Inicialmente, reitera-se o argumento segundo o qual o termo riqueza não necessariamente significa pecúnia, mas sim o sopesamento do que valoriza pela vontade de tê-la e de que maneira se abriria mão dela. Ademais, não há a intenção de fazer com que a eficiência seja o único elemento que seja levado em conta quando da tomada de decisões. Assim, qual o óbice à sua utilização, se apenas deve ser utilizado quando compatibilizado com os demais valores informadores. Nesse mesmo sentido, Gonçalves e Stelzer:

Entende-se, assim, que a prática jurídico-econômica de mercado social, como discurso vigente, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme realidade inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de dialética social-econômico-normativa inclusiva e progressista, ainda conforme ao que se defende como Mínimo Ético Legal (MEL)<sup>238</sup>.

Para tanto, surge a necessidade da levada em conta de raciocínio distributivo dos recursos que não privilegie a manutenção de realidade social excludente. Ou seja, à Economia seria dada roupagem que romperia os paradigmas tradicionais de aleatoriedade na distribuição inicial de recursos, o que poderia ocasionar desigualdades: a ideia agora deve ser, por meio de critério técnico oferecido pela Economia ao Direito, informar desde o legislador até o magistrado, no sentido de eliminar as externalidades, quando então estas fariam parte do processo de tomadas de decisão, o que, sem dúvida, tornaria o critério de Kaldor-Hicks bem menos “potencial” e bem mais “efetivo”. Esboça-se, dessa forma, ou seja, por meio da inclusão das externalidades no cálculo jurídico-econômico, a superação de elemento entravador da interação Direito-Economia.

O terceiro obstáculo levantado seria a escolha de critérios de agregação das preferências individuais. Segundo Heinen:

O uso da eficiência alocativa como critério na avaliação do resultado de mudanças normativas ou institucionais implica em uma valoração

---

<sup>238</sup> Id., 2014, p. 261-290.

decorrente de critérios econômicos que nem sempre se coadunam com os valores consagrados em determinada ordem normativa constitucional, critérios esses desconsiderados em várias propostas de Direito e Economia<sup>239</sup>.

O contra-argumento a ser utilizado vem ainda na esteira do imediatamente anterior, residindo no fato de a eficiência alocativa, nos moldes como tradicionalmente esta é entendida, restar relativizada pelo PEES, pela inclusão das externalidades<sup>240</sup> no “cálculo” econométrico, o que reduz o cometimento de injustiças. Mas, mais especificamente, tem-se que a eficiência não é aplicada ao arrepio dos mandamentos constitucionais, e de qualquer forma, parece frágil, porquanto desapegada da realidade a crítica, notadamente por questões de inviabilidade operacional da mesma. Explica-se: não há como se compatibilizar de antemão de forma abstrata os plurais valores de sociedades complexas, onde cada nicho possui preferências específicas, e no interior de cada nicho se observam subpreferências... A eficiência, nesse contexto, traz a objetividade necessária, o que não implica em pecuniarização de direitos individuais, mas apenas confere-se a estes mínima padronização, necessária no processo de contenção de casuísmos.

A próxima crítica se radica no fato da delimitação de marcos para a aplicação da Economia, ou seja, a Economia é reducionista, e sua linguagem, por ser tão própria, converter-se-ia em óbice intransponível para os juristas, fazendo com que estes não compreendessem

---

<sup>239</sup> Nesse sentido, ver HEINEN, Luana Renostro. *Performatividade: O Direito Transformado em Dispositivo pela Análise Econômica do Direito*. 2016. Tese (Doutorado em Direito). 360 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 245.

<sup>240</sup> Consoante Cooter e Ulen, deve-se entender por externalidade uma falha de mercado segundo a qual: “A troca ou intercâmbio dentro de um mercado é voluntária e mutuamente benéfica. Normalmente, as partes envolvidas na troca captam todos os benefícios e assumem todos os custos, tendo, portanto, as melhores informações sobre a desejabilidade da troca. Mas às vezes os benefícios de uma troca poderão se refletir em outras partes que não aquelas explicitamente envolvidas nela. O primeiro caso é um exemplo de um benefício externo; o segundo, de um custo externo. Um exemplo de benefício externo é a polinização que um apicultor oferece a seu vizinho que tem um pomar de maçãs. Um exemplo de custo externo é a poluição do ar ou da água.” *Ibid.*, p. 61.

adequadamente as conclusões da análise do Direito pela Ciência Econômica. Segundo Heinen, peremptoriamente:

O reducionismo da economia à teoria das escolhas racionais faz com que ela se imponha ao Direito, com seu método de análise para explicar todo e qualquer comportamento humano, sem que haja, no entanto, uma contribuição vinda do próprio Direito para essa análise. A imposição do método econômico suplanta a possibilidade de integração entre as disciplinas<sup>241</sup>.

O contra-argumento quanto ao suposto caráter reducionista da Economia, assim como a barreira imposta pela linguagem específica desta, que chegaria a constituir “apropriação indevida” se utilizada pelo jurista. Principiando, qual seria o problema do reducionismo ou modelagem? Afinal, estes auxiliam no processo de redução de complexidade – e isso não é exclusivo da análise do Direito pela Economia – idôneo a efetivar a compreensão do fenômeno jurídico. Ademais, por qual razão não seria lícito “pensar” o Direito a partir da metodologia fornecida pela Ciência Econômica?

É prudente asseverar que o movimento da AED não reclama para si a exclusividade de “pensar” o Direito, sendo lícito mirá-lo sob outros pontos de vista, seja a História, a Sociologia, a Antropologia, ou até mesmo a “Biologia do conhecer<sup>242</sup>”, de Humberto Maturana e Francisco Varela, dentre outras ciências.

Não seria de alguma serventia uma teoria que dotasse a aplicação do Direito de relativa previsibilidade? Não reduziria, por exemplo, o ativismo judicial, sem que isso importe em negação da liberdade interpretativa dos magistrados? Pois é exatamente isso que faz a AED, com o fornecimento de sua metodologia analítica.

Na mesma esteira, não há qualquer óbice erigido pela linguagem capaz de inviabilizar a perspectiva econômica do Direito. Já que o argumento é a especificidade da linguagem econômica, com termos como “eficiência” ou “riqueza”, por exemplo, uma definição de termos, precisando seu conteúdo e alcance, sanaria o suposto problema. Ademais, fosse esse realmente fator de entrave insuperável para a

---

<sup>241</sup> Ibid., p. 245.

<sup>242</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura das seguintes obras: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. Campinas: Psy II, 1995, bem como MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos**: Auto-poiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

análise do Direito a partir da Ciência Econômica, também não seria possível fazê-la sob qualquer outra perspectiva, dada a imprecisão característica dos signos linguísticos pelos quais as ciências se expressam. As palavras, assim como as coisas, não possuem sentido objetivo já incrustado e que caberia apenas ao intérprete descobrir e extrair: ao revés, o significado é coparticipado, sendo determinante a situação de uso para atribuir-lhes esta ou aquela significação.

Não resiste, pois, à investida segundo a qual esta ou aquela ciência monopolize dado vocábulo: o referencial passa a ser determinante, tanto se se analisa o Direito do ponto de vista da Economia ou da História ou da Sociologia ou da Antropologia ou da Biologia etc.

O último obstáculo erigido se radica no paradigma da racionalidade dos agentes, pois haveria a necessidade de se compreender este com todos os temperamentos que se lhe podem ocorrer, para que não se incorra no equívoco de desprezar as individualidades potencialmente “irracionais” em prol de uma racionalidade totalizante. Nesse sentido, Esteves alude à imperiosa necessidade do abrandamento de dito paradigma:

Ainda que não seja possível incorporar todos os aspectos do complexo processo de tomada de decisão dos indivíduos, reconhecer que estes nem sempre agirão de forma racional é necessário para a compreensão dos efeitos das normas sob uma perspectiva substantiva<sup>243</sup>.

Nesse sentido, faz-se forçosa a ponderação segundo a qual a noção de racionalidade, ou seja, o agir racional, em termos econômicos, e com o conseqüente legado ao Direito, deve ser compreendido apenas quando seus propósitos digam respeito à consecução daquilo que esteja conforme o Direito, ainda que se saiba que um comportamento classicamente havido por racional pode objetivar o ilícito. Nesse sentido, insta trazer a lição de Cooter e Ulen:

Especificamente, o comportamento pode ser racional ainda quando os fins sejam antissociais e os meios imorais. Sem embargo, a busca dos fins antissociais ou a adoção de meios imorais se consideram geralmente como não racionais. Uma pessoa racional está socializada de acordo com as normas e convenções de uma comunidade, de tal sorte que seus fins são

---

<sup>243</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, p. 60.

congruentes com os valores compartilhados, e sua busca guarda correspondência com as normas do grupo<sup>244</sup>.

Esse esclarecimento afigura-se como vital no processo na superação de referida crítica, pois se entende ser racional o agir tão-somente quando de acordo com o Direito. Entretanto, mesmo após todas as críticas, Esteves reconhece a possibilidade da interação entre as realidades jurídica e econômica, embora de maneira estrita, isto é, quando analisadas sob o prisma da Sociologia Econômica, de Max Weber. Com efeito:

Uma solução possível, como será observado, é a incorporação de algumas contribuições da sociologia, particularmente as influências sociais e culturais sobre as preferências individuais. Deste modo, as preferências dos indivíduos passariam a ser endógenas, sendo o sistema legal um dos fatores que as influencia. A contribuição weberiana mostra-se particularmente útil na superação dos conflitos entre as disciplinas originados da adoção de paradigmas de racionalidade dos agentes<sup>245</sup>.

Dessa forma se possibilitaria a interação entre Direito e Economia, pois que se iria além da apropriação conceitual (devida ou não) de uma realidade por outra, ante a levada em consideração de elementos outros, a saber, o contexto de espaço e tempo, com todas as suas nuances culturais, ante a descontinuidade do fenômeno histórico, abarcando, assim, a complexidade social, em nítida relação de condicionamento recíproco entre os elementos econômico, jurídico e social.

Eis esboçados, aqui, neste Capítulo, os motivos propiciadores da divergência doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin, assim como a postura de resistência à *LaE*, cognominada *ECJ*, e as críticas de Mitchell Polinsky e Heloísa Borges Bastos Esteves. O que se passa a analisar, no Capítulo porvir, será a verificação da hipótese inicial de trabalho, isto é, a síntese hermenêutica para a *Civil Law* Brasileira, oriunda da dicotomia doutrinária entre esses dois autores no que diz respeito à influência da Economia – notadamente a Teoria Microeconômica – no Direito, a partir dos posicionamentos econômico-jurídicos do transcurso doutrinário de Posner, sujeitos ao crivo crítico de

---

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 62.

Dworkin, quando então a *LaE* evolui, mormente, no Brasil, a partir dos anos 1990, como método hermenêutico para a criação e aplicação de normas, tornando o Direito consequencialista, e menos suscetível de voluntarismos políticos e jurídicos, pela adoção de critério técnico, a saber a eficiência, muito embora esta despida do caráter de protagonismo inicial, pela conversão posneriana ao pragmatismo.



### 3 A INDECLINÁVEL EXIGÊNCIA RECÍPROCA ENTRE DIREITO E ECONOMIA

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO E ECONOMIA

Seria já de início infausta a tarefa de fornecer perspectiva sobre o Direito que gozasse de unanimidade, em razão de ser apanágio das ciências sociais a divergência sobre como se deve compreender seu objeto de estudo, em que consiste, modos cognitivos etc. Dessa forma, não há falar-se sobre o que vem a ser o Direito, pois que cambiado o referencial adotado, diferente será o que se deve entender por Direito. É recomendável, para êxito em tal empreitada, acercar-se de acepções sobre o Direito.

Para Arno Dal Ri Júnior, há a identificação do Direito com a História, por isso mesmo possuindo aquele caráter relativo e, logo, mutável, em razão das vicissitudes que experimenta o social, de acordo com o tempo e o espaço<sup>246</sup>. Em última análise, o Direito se confundiria com a História na medida em que não se pode separar aquele de seu destinatário – o social –, cambiante por natureza, apanágio do próprio gênero humano, determinado pelo tempo e espaço no qual se insere, por isso mesmo atribuindo distintas perspectivas a institutos jurídicos, de forma descontínua, mas que pode, todavia, restar relativizado pela figura do “soberano”, a depender do interesse norteador do poder político.

Santi Romano, ainda sob a batuta da concepção histórica<sup>247</sup> do Direito, não se limita a fornecer uma visão unilateral do Direito. Antes, o mesmo contribui com ricas e sólidas reflexões sobre o fenômeno jurídico, em suas diferentes acepções. Isso pelo fato de o autor analisar o direito em sentido objetivo, subjetivo, à luz de seus elementos essenciais, dentre outras, sempre explicitando que qualquer visão dessas, isoladamente, constitui-se como insuficiente.

Analisando o Direito em sentido objetivo, o autor entende ser ponto comum de suas definições aquele ser regra de conduta, até de maneira desarrazoada, atentando-se para o fato da regra (lei) não encerrar na plenitude o conceito de norma, sendo aquela apenas uma

---

<sup>246</sup> DAL RI Jr., Arno. **O Estado e seus Inimigos: A Repressão Política na História do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 27.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 62.

espécie desta, o que vai na contramão da visão monística<sup>248</sup>, de doutrinadores da envergadura de Hans Kelsen.

Ressalta, todavia, que embora essa maneira de se enxergar o direito seja míope, sendo necessário complementá-lo *com outros elementos que frequentemente não são levados em conta e que, ao contrário, parecem ser essenciais e característicos*<sup>249</sup>. Pedindo emprestadas as palavras do autor, mais correto seria entendê-lo como uma “realização de convivência ordenada”.

Entender dessa maneira o Direito, vale dizer, não visualizá-lo apenas como regra, mas sendo também algo decorrente das diversas manifestações da vida em sociedade, a exemplo de costumes, doutrina, jurisprudência, princípios, dentre outras, o autor amplia o conceito de norma jurídica, indo bem ao encontro de sua percepção pluralística de direito, materializada na possibilidade de diversos ordenamentos jurídicos coexistentes em um mesmo Estado (estatutos de empresas, regimentos de igrejas, universidades, e até mesmo estatutos de ordem ilícita, a exemplo da máfia).

Sustenta também que dado ordenamento jurídico não representa apenas conjunto de normas<sup>250</sup>, pois que o Direito é organismo vivo, produto das múltiplas manifestações da vida em sociedade, não se restringindo a um complexo de normas emanadas de uma ficção de vocação nitidamente totalitária a que se convencionou denominar “Estado”.

Maquiavel, a seu turno, concebe o Direito como sendo este o instrumento idôneo a legitimar o monopólio da força, ou violência institucionalizada<sup>251</sup>, para nos valermos de outra nomenclatura, pelo Estado. Depreende-se, então, haver imbricação necessária entre essas duas realidades (Direito e Estado), uma exigência recíproca, já que a única fonte da qual emanaria o Direito seria o Estado, e este necessitaria daquele, através de sua cogência característica, para legitimar-se (ao menos uma legitimação normativa), emergindo daí a exigibilidade garantida de seus mandamentos.

Dessa forma, havia algo semelhante a uma força de fato dos indivíduos que, a um só tempo limitaria o direito do Estado e a um só

---

<sup>248</sup> Nesse sentido, ver KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>250</sup> ROMANO, S., *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>251</sup> Nesse sentido, ver MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 108.

tempo restaria limitada por este. Como corolário, tem-se que o poder do Estado é um poder não de fato, mas de direito, pois que também limitado pela força dos indivíduos.

Para exemplificar, o autor estabelece uma comparação, no Capítulo XVIII, entre força e lei<sup>252</sup>: esta constitui apanágio do homem, aquela, dos animais. As leis, entendidas como a única manifestação de direito existente, porquanto a única decorrente do Estado, retiram sua fundamentação da força. É como se o homem retirasse seu substrato legitimador, a saber, a violência institucionalizada, de algo próprio dos animais: a racionalidade se sustenta pela irracionalidade.

Nesse diapasão, sustenta que o príncipe está compelido a saber agir como um animal, devendo utilizar-se das qualidades da raposa e do leão, vez que este não sabe se defender das armadilhas, ao passo que a raposa não consegue defender-se dos lobos. Dessa forma, é necessário o príncipe ser raposa para reconhecer as armadilhas, e leão para afugentar a lobos.

Todavia, à luz desta metáfora, deixa entrever que a verdadeira força do governo repousa na “raposa”, em razão de sua astúcia em dissimular a violência legítima exercida pelo Estado, garantida à luz de um ordenamento jurídico.

Léon Duguit apresenta sua perspectiva de Direito como sendo um termo polissêmico, designador de duas acepções distintas, mas complementares: direito objetivo e direito subjetivo<sup>253</sup>. O Direito objetivo, também conhecido pela expressão “regra de direito”, designaria os valores éticos que se exigem dos indivíduos em sociedade, havidos por imprescindíveis para a sua manutenção sendo, possuindo, por isso mesmo, caráter potestativo, exigibilidade garantida.

A seu turno, o Direito subjetivo seria o poder do indivíduo que integra a sociedade, no sentido de vindicar a restauração de um direito resguardado pela regra jurídica (direito objetivo), transgredido por alguém. Nesse sentido:

O respeito a essa ética, em determinado momento, implica, no âmbito social, a garantia de preservação do interesse comum, e, em contrapartida, sua violação acaba desencadeando

---

<sup>252</sup> Ibid., p. 110.

<sup>253</sup> DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

uma respectiva reação da coletividade visando, de alguma forma, o responsável por tal violação<sup>254</sup>.

Assim, o Direito subjetivo seria amparado pelo objetivo, na medida em que o titular de determinado direito fosse vilipendiado por outrem. Todavia, independentemente da aceção adotada, o Direito possuiria por fundamento maior a solidariedade orgânica, valendo-se, como se observa, da doutrina de Durkheim. Ademais, entende, assim como Santi Romano, que é perfeitamente possível um Direito que não emane do Estado, ao afirmar o que segue:

É imperiosa, nos dias de hoje, a prevalência de uma norma de direito que se imponha, rigorosamente, tanto ao Estado, detentor da força, quanto aos indivíduos desse mesmo Estado. Aliás, é bem possível comprovar a manifestação do direito num estágio anterior à criação pelo Estado, considerando mesmo a referida superioridade sobre o Estado, ao qual, na verdade, se impõe<sup>255</sup>.

A perspectiva de Duguit sobre o Direito, então, é plural, vez que reconhece manifestações outras do direito que não na lei. Todavia, contraditória, a asserção, pois que no Capítulo XVII da obra em comento nega com veemência o costume e a jurisprudência como fontes do Direito.

Percebe-se, pois, que não há sentido unívoco para o que venha a ser Direito, dada a vinculação ao referencial adotado. Os autores aludidos nesse particular são meramente exemplificativos, havendo outras aceções, portanto, aplicáveis ao tema, que não se fazem necessárias abordar, vez que não centrais na investigação. Valeu-se o pesquisador destes com o propósito meramente ilustrativo.

De forma mais específica, para os propósitos da investigação, e fazendo paralelo com a Ciência Econômica, traz-se a lição de Gico Jr., para quem:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais

---

<sup>254</sup> Ibid., p. 11.

<sup>255</sup> Ibid. p. 15.

teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências<sup>256</sup>.

Percebe-se, pois, a imbricação necessária entre Direito e Economia para o auxílio na tomada de decisão pelos juristas pautadas no critério de eficiência econômica – já devidamente definida no transcorrer do trabalho – dada a impossibilidade de uma única resposta havida por correta no Direito, donde é lícito concluir que o fundamento do Direito é exógeno, vez que se encontra em outras ciências, que lhes são auxiliares neste processo. Nesse sentido, assevera Gonçalves e Stelzer:

Enquanto o Direito busca dado critério de justiça, a Ciência Econômica se ocupa do dilema da escassez e da necessidade de eficiência no uso dos recursos produtivos. Justiça e eficiência são metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente<sup>257</sup>.

Traçadas as considerações sobre o Direito, para que se evidencie, ainda de maneira mais robusta suas imbricações com a Ciência Econômica, incumbe asseverar que esta, para além do sentido vulgar que a ela se atribui, como, vinculada a aspectos eminentemente financeiros, constitui-se em mecanismo valiosíssimo na avaliação do comportamento humano que reclama tomada de decisão eficiente, diante da potencial multiplicidade de alternativas possíveis, como corolário lógico de seu objeto de estudo, a saber, a escassez de recursos, servindo de molde para os atores sociais atuarem de modo racional tendente a maximizar a utilidade – atentando para o fato de a eficiência não ser o único elemento a ser levado em conta –, reduzindo voluntarismos políticos e jurídicos, tanto na feitura quanto na aplicação e interpretação do Direito.

### 3.2 DAS IMBRICAÇÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS

---

<sup>256</sup> Ibid., p. 1.

<sup>257</sup> Id., 2014, p. 261-290.

Eis aqui o sítio propício para a análise das imbricações existentes entre o Direito e a Ciência Econômica, através da utilização da Teoria Microeconômica a informar o desvelamento de possibilidades acerca da verdadeira razão de ser de muitos institutos jurídicos, vários deles aparentemente despidos de caráter econômico estrito. Não se trata da “última palavra” – nem há essa pretensão – mas é reflexão que merece atenção, notadamente por possibilitar a redução do ativismo judicial e sugerir a substituição do voluntarismo legislativo e judicial por critério técnico, em nome do desenvolvimento econômico-social.

Alguns institutos jurídicos apenas se manifestam desvinculados de aspectos econômicos se mirados de soslaio; não resistem à análise um pouco mais aprofundada, quando então se descobre que sua razão repousa na regulamentação de aspectos econômicos subjacentes. Ademais, a AED não se restringe a pecúnia, de maneira estrita: estará presente onde quer que haja possibilidade de decisão entre opções umas mais vantajosas que outras.

Nesse sentido, mister se faz a diferenciação entre as perspectivas de eficiência: a produtiva e a alocativa. Consoante Heinen, ao analisar as possibilidades interdisciplinares entre a Ciência Econômica e o Direito:

Essa confusão entre eficiência produtiva (que diz respeito à aplicação máxima dos recursos disponíveis para total aproveitamento de seu potencial) e eficiência alocativa (que diz respeito à distribuição de recursos de maneira eficiente, no sentido de Pareto ou Kaldor-Hicks) é crucial porque, enquanto os juristas são receptivos à ideia de eficiência adotando um conceito próximo da eficiência produtiva, a AED propõe a eficiência alocativa como critério normativo para o direito. Há, portanto, uma divergência teórica fundamental que precisa ser ultrapassada na pesquisa interdisciplinar<sup>258</sup>.

Em outras palavras, a eficiência produtiva se dá ante a impossibilidade de determinada economia de explorar os recursos em sua potencialidade maior sem comprometer o bem-estar de dado nicho societário. A seu turno, a eficiência alocativa – que é a perspectiva adotada pela *LaE* – traz a possibilidade de se alcançar as repercussões positivas em maior amplitude possível, com o mínimo consequências negativas. Todavia, estas últimas não podem ser desprezadas, pois que

---

<sup>258</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, p. 244.

devem ser compensadas, embora seja verdade que não necessariamente serão, mas a possibilidade se dá em estado potencial.

Na esteira de Esteves, tem-se que a deficiência mais evidente da eficiência produtiva se deve ao fato de olvida-se dos ideais de justiça social<sup>259</sup>, nestes compreendida a forma como a riqueza se encontra disposta na sociedade, vez que há a distribuição *per capita*, e não efetivamente equitativa. As críticas à eficiência alocativa não destoam muito da outra perspectiva de eficiência, pois que não haveria a preocupação com aspectos redistributivos, e os recursos, limitados, devem ser destinados ao *locus* de maior apelo mercadológico.

Analisada essa postura de resistência à *LaE*, é imperiosa a reiteração segundo a qual não há interesse desta teoria em fazer da eficiência o único critério na tomada de decisões políticas e jurídicas, pois que fatores outros, com base na justiça social, obrigatoriamente devem ser observados.

Ademais, por que não pode a eficiência ser considerada um critério de justiça, com base na técnica? A esse respeito, observe-se o exemplo trazido por Cooter e Ulen:

Um exemplo satírico ajudará a perceber as vantagens da redistribuição eficiente. Suponha que um deserto contenha dois oásis, sendo que um deles tem sorvete e outro não. Os defensores da justiça social que são a favor da redistribuição conseguem o controle sobre o Estado e declaram que o primeiro oásis deveria compartilhar seu sorvete com o segundo. Em relação a isso, o primeiro oásis enche de sorvete uma grande tigela e envia em jovem que atravessa o deserto correndo para levar o sorvete ao segundo oásis. O sol quente faz uma parte do sorvete derreter, de modo que o primeiro oásis abre mão de mais sorvete do que o segundo recebe. O sorvete derretido representa o custo de distribuição. As pessoas que discordam veementemente a respeito de quanto sorvete o primeiro oásis deveria dar ao segundo talvez concordem que um corredor rápido deveria transportá-lo. Elas também poderiam concordar em escolher um corredor honesto que não vá tomar o sorvete ao longo do trajeto.<sup>260</sup>

---

<sup>259</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, p. 6.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 31.

O exemplo é pertinente porque esboça a nítida compatibilidade entre justiça social e eficiência. Ademais, é argumento corriqueiro dos partidários da impossibilidade da interdisciplinaridade entre Ciência Econômica e Direito a suposta insuperável dicotomia de critérios a informar esses dois ramos do saber, vez que o primeiro se pauta pela eficiência na utilização e distribuição de recursos escassos, ao passo que o Direito baliza-se pelo crivo da justiça<sup>261</sup>. Mas onde se radica a incompatibilidade entre essas duas realidades?

Propõe-se um exemplo hipotético plenamente factível, considerando os critérios típicos tanto da Ciência Econômica (eficiência e distribuição dos recursos) quanto do Direito (justiça), que pode ilustrar não apenas a possibilidade da harmonização entre essas duas realidades, mas verdadeira exigibilidade recíproca necessária no processo de tomada de decisão. Imagine-se uma ação judicial manejada por associação de consumidores, *v.g.*, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor<sup>262</sup> – Idec –, em face de determinada empresa fabricante de veículos no, sentido de impor a esta, via Judiciário, obrigação de fazer consistente na inserção de barras de aço nas laterais dos veículos, para a proteção dos consumidores.

De um lado, a empresa, visando invariavelmente o lucro ao arrepio do bem-estar social, alega a inviabilidade da medida, pois que as barras de aço, além de serem desnecessárias, aumentariam os custos de transação. O Idec, a seu turno, embasa sua pretensão por meio de perícia técnica que atesta, além da necessidade – decisiva – da instalação das

---

<sup>261</sup> Relevante lembrar a diferenciação entre Direito e sua fonte principal em países de tradição jurídica de *Civil Law*, a saber a lei. Esta é apenas uma das formas através da qual aquele se expressa, por isso mesmo com ele não se confundindo; pode-se dizer que a lei não é Direito, mas contém Direito. Por essa razão, por ser meramente uma das maneiras pelas quais o Direito se exterioriza, eventualmente pode não se caracterizar como justa, pois que possível é a mácula em razão de interesses escusos envolvidos no processo legislativo, o que não significa dizer que o Direito não busque a justiça: ocorre que nesse caso a lei “expressou” de maneira deturpada o Direito.

<sup>262</sup> Trata-se o Idec de associação de consumidores sem finalidade de lucro e desvinculada dos setores público e privado, destinada a zelar pela ética e justiça nas relações consumeristas, tanto do ponto de vista pedagógico – informação e orientação aos consumidores – quanto do ponto de vista repressivo – ajuizamento de ações contra fornecedores e governo, quando de ações ou omissões atentatórios aos direitos da parte hipossuficiente das relações de consumo.

barras de aço laterais para a segurança dos consumidores, o baixo custo de transação que essa medida acarretaria.

Dada a situação, qual o vetor hermenêutico idôneo a guiar o magistrado em sua tomada de decisão, no sentido de efetivar o critério maior a informar o Direito, a saber, a justiça? O vetor – pelo menos um dos muitos possíveis utilizados –, no caso em apreço, deve ser o critério técnico, ou seja a eficiência, fazendo com que o julgador se incline a deferir o pleito do Idec não por questão de benevolência, mas sim porque houve parâmetros objetivos que lhe nortearam, tendendo – como desejável consequência – a reduzir sensivelmente possíveis arbitrariedades a serem cometidas. Não seria esse o caso de se reconhecer a eficiência como critério de justiça? Não teria sido efetuada a justiça social, característica do Direito, na situação em tela, ao conceder direito aos consumidores, tomando por base a técnica decorrente da eficiência, decorrente da Economia? Consoante Neto:

A análise econômica do direito não é incompatível com a garantia de proteção ao consumidor – ao contrário, é método válido para assegurar que o nível de proteção desejado seja alcançado com o menor custo social possível<sup>263</sup>.

Perceba-se que a decisão foi jurídica – e justa –, mas levando-se em conta também critério fornecido pela Ciência Econômica, a saber, a eficiência; senão como único elemento, mas como integrante da tomada de decisão, o que vai na contramão da crítica imputada à *LaE* de reduzir o Direito a mera metodologia fornecida pela Economia, cujas decisões seriam econômicas, e não jurídicas.

Para esse desiderato, são feitas considerações às críticas ao movimento imputadas – muitas delas puramente recalcitrantes – ainda que restem, como em qualquer tema humano aquelas efetivas, as quais ainda não se logrou sanar; a amplitude do movimento, e por fim o esboço de uma perspectiva relativamente original sobre como a utilização da AED, como teoria de comportamento humano, na tentativa de captar certa previsibilidade, ajudaria a fornecer metodologia idônea a nortear as decisões judiciais pautada em limites e vínculos.

### **3.2.1 A relevância metodológica da *LaE***

À luz do que até este momento se expendeu, é forçoso verificar que um dos propósitos principais da *LaE* é, indubitavelmente, dotar o

---

<sup>263</sup> Ibid., p. 374.

Direito de metodologia idônea a compreender a dinâmica das estruturas socioeconômicas nas quais o fenômeno jurídico se desenvolve, servindo de verdadeiro estribo para a tomada de decisões jurídicas as mais racionais possíveis, tendo por base a interdisciplinaridade Direito-Teoria Microeconômica, reduzindo o ativismo judicial e a construção política da lei, adotando critério técnico – a eficiência –, visando a compatibilização da racionalização da norma com a humanização.

Mas, por mais que seja perfeitamente possível a utilização da *LaE* no Brasil, tanto do ponto de vista doutrinário, quanto pelos permissivos legais existentes, a plena efetivação da Teoria em terras brasileiras, por exemplo, encontra os óbices<sup>264</sup> lembrados por Posner no prefácio à edição brasileira de *A Economia da Justiça*, a saber, a formação interdisciplinar insuficiente dos juristas da *Civil Law*, assim como o fato de as instituições não se encontrarem sólidas o suficiente.

A contribuição da *LaE* sob a perspectiva epistemológica é, pois, robusta, vez que emerge como mecanismo de análise alternativo extremamente vantajoso nas investigações jurídicas, dada a possibilidade de se aquilatar o acerto de determinada norma jurídica em função de seus potenciais impactos sobre a sociedade. Isto pelo fato de a tendência de responder às estruturas de incentivo ser traço característico da natureza humana.

A utilização, em especial pelos magistrados, do instrumental hermenêutico trazido pela *LaE*, caso se analise, por exemplo, o direito à saúde, pode conduzir a decisões mais acertadas – ou eficientes, consoante referencial adotado nesse trabalho –, e ajudaria a rechaçar, de uma vez por todas, a pecha do utilitarismo atribuída ao referido movimento. Propor-se-ia, portanto, um debate aprofundado e alijado de pendores puramente subjetivos, idôneo a iluminar a decisão quando colidirem “reserva do possível” e direito à saúde individual.

Corriqueiramente utiliza-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que goza de estatura de fundamento da República Brasileira, consoante a CRFB/88, para, por intermédio do Poder Judiciário, compelir o Poder Executivo a arcar com tratamentos médicos, intervenções cirúrgicas e medicamentos (algumas dessas intervenções e/ou medicamentos de alto custo) não cobertos pelo Sistema Único de Saúde – SUS – ou, pior, em algumas situações, judicializa-se de forma desnecessária, pois que inobservam que o SUS dispunha da terapêutica pleiteada. Aqui, por mais que não haja o dispêndio com, v.g., o

---

<sup>264</sup> Nesse sentido, ver Id., 2010a, Prefácio à edição brasileira.

tratamento privatísticos em si, mas ainda assim há o desperdício de recursos, pois há todos os custos que um processo judicial acarreta.

Não raro, invoca-se a eficácia positiva do referido princípio, para que, através de um ato comissivo – por parte do Judiciário –, o direito à saúde, individualmente falando, se revista da maior amplitude possível. Todavia, referidas decisões “olvidam-se” de fundamento basilar que, aliás, constitui o objeto de estudo da Economia: a escassez de recursos, pois, por mais vultosas que aos olhos do indivíduo possam parecer as provisões estatais, em realidade são naturalmente finitas, limitadas, de forma que a judicialização indiscriminada da saúde, privilegia o indivíduo com a alocação do recurso que satisfará seu pleito para potencialmente “condenar” parcela expressiva da coletividade, pois inevitavelmente a realocação de recursos para cumprir as decisões judiciais vai fazer faltar, v.g., na contratação de mais profissionais da saúde, para aquisição de medicamentos e equipamentos médicos etc.

Sucedo rigorosamente o mesmo na “vida privada”: os genitores, v.g., indubitavelmente querem disponibilizar para sua prole a melhor educação, a melhor saúde, lazer, vestuário etc.: todavia, esbarram no mesmo elemento limitador: a falta de recursos. Faz-se o possível dentro das limitações econômicas existentes! O princípio que rege tanto a esfera estatal quanto a privada é um só: a recorrente escassez natural dos recursos. Eis aqui esboçado o caráter ético da *LaE*, que se distingue da moral individual, para prestigiar a moral coletiva em sede de políticas públicas e seu respectivo orçamento.

Em realidade, essa postura ativa do Poder Judiciário, nesse particular, constitui intromissão indevida no Poder Executivo. Não se quer fazer crer que possa ser excluída da apreciação do Judiciário a lesão ou ameaça de lesão a direito(s), mas dita interferência apenas seria legítima em caso de falha ou omissão por parte das demais funções estatais. Todavia, na problemática que ora se analisa não há nada de falha e/ou omissão: “simplesmente” faltam recursos!

Atente-se para outro desdobramento igual ou ainda mais nefasto desse ativismo: a invasão por parte do Judiciário no planejamento administrativo e legislativo, na área da saúde, com o conseqüente prejuízo do amadurecimento político da sociedade brasileira. Cabe aos gestores, balizados pelos critérios de oportunidade e conveniência, traçar as estratégias de prestação de saúde, não ao Judiciário. Em porventura sendo as políticas equivocadas, a sanção deve “vir das urnas”, não cabendo ao Judiciário, reiterar-se, ali se imiscuir. Agora, caso esta função estatal venha a “corrigir” as políticas públicas, a consciência

coletiva pode ser induzida a crer que está tudo bem, conservando governantes despreparados no poder.

Ademais, a partir do instante no qual a sentença judicial substituiu indevidamente as políticas públicas democraticamente construídas/planejadas – sim, democraticamente, pois ou para o mal ou para o bem, os gestores e legisladores encontram-se nessa posição por meio de eleições com a participação do povo –, que se inseriam nas possibilidades técnicas e orçamentárias do Estado, há um atentado à separação dos poderes, insculpido na Constituição brasileira, dado que o provimento jurisdicional não raro alija tanto as normas pertinentes ao funcionamento do SUS quanto as políticas públicas de saúde.

Dito alijamento consiste no ferimento frontal do equilíbrio financeiro do SUS, com o conseqüente prejuízo para a coletividade, ao deferir apenas direitos individualmente e, pior: debilita-se, sem que se perceba, uma série de outros direitos, além do próprio direito à saúde, que supostamente se está fazendo efetivar! Isso sem se falar da potencial sujeição do administrador público à responsabilização fiscal, pois, sentenças judiciais não que ser cumpridas, mesmo ante a falta de recursos.

Dados do Tribunal de Contas da União<sup>265</sup> – TCU – sobre os gastos do Ministério da Saúde dão conta que em cinco anos, de 2010 a

---

<sup>265</sup> Segue, *in verbis*, trecho extraído do site do TCU: *Valores pagos pela Saúde para atender decisões da justiça cresceram 500% entre 2010 e 2014. Em evento do TCU, ministro Marcelo Castro avaliou os impactos na sustentabilidade do SUS.*

*O ministro da Saúde, Marcelo Castro, participou nesta quinta-feira (15) da cerimônia de abertura do evento “Diálogo Público: Judicialização da Saúde no Brasil”, promovido pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Em sua fala, o ministro avaliou os impactos das ações judiciais na sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) e na garantia da segurança do paciente. Muitas vezes, são solicitados na justiça acesso a tratamentos sem registro no Brasil e comprovação de eficácia e segurança. Desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões. Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões. “O caráter imediatista do cumprimento das decisões judiciais pode levar ao desperdício de recurso público uma vez que a aquisição dos medicamentos e insumos não é feita de maneira planejada e nem por meio de processo criterioso. Precisamos nos organizar de modo a não sobrecarregar um orçamento já subfinanciado, alertou o ministro. Muitas das ações que*

2014, houve o crescimento de 500% (quinhentos por cento) para atender a demandas judiciais de prestação de medicamentos e realização de procedimentos cirúrgicos. Consoante o TCU, no ano de 2010, foram alocados para atender aos provimentos jurisdicionais o montante de R\$

---

*chegam ao Ministério da Saúde solicitam tratamento de doenças que já contam com opção terapêutica no SUS. “Uma revisão feita recentemente em 51 estudos sobre judicialização mostrou que a maioria das ações judiciais teriam sido evitadas caso tivessem sido observadas as opções terapêuticas disponíveis no Sistema Único de Saúde. A judicialização é um tema extremamente relevante para o sistema de saúde e o sistema judicial”, avaliou o ministro da Saúde, Marcelo Castro. A judicialização do direito à saúde consiste na busca do Poder Judiciário como alternativa para a obtenção de medicamento ou tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS). Com o crescimento das demandas judiciais, o orçamento voltado para as ações e programas de atendimento coletivo da população tem sido consumido cada vez mais para o atendimento das ações judiciais. O evento contou também com a presença do vice-presidente do TCU, Raimundo Carreiro, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, e o presidente do Senado, Renan Calheiros. AÇÕES - O Ministério da Saúde tem subsidiado o Judiciário com informações que visam contribuir para a compreensão da formatação constitucional e legal do Sistema Único de Saúde, bem como a respeito dos tratamentos oferecidos pelo SUS e daqueles solicitados judicialmente. Os diálogos são mantidos com todos os atores envolvidos na judicialização da saúde, tais como promotores, procuradores, advogados, juízes, desembargadores e ministros. Para garantir a oferta de medicamentos à população, o Ministério da Saúde tem ampliado a lista de medicamentos oferecidos pelo SUS por meio da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Em 2010, eram 550 itens. Este número saltou para os atuais 844. A incorporação de novas tecnologias no SUS tem sido feita a partir da análise da eficácia, efetividade e custo-benefício dessas tecnologias e acompanhada de regras precisas quanto à indicação e forma de uso. Isso permite orientar adequadamente a conduta dos profissionais de saúde, além de garantir a segurança dos pacientes. Esta análise é feita pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec), criada em 2012, com o objetivo de assessorar o Ministério da Saúde na decisão de incorporação de novas tecnologias no SUS. O Ministério da Saúde tem ampliado ainda a oferta gratuita de medicamentos por meio do SUS. Os gastos para a compra de medicamentos cresceram 78% em quatro anos, passando de R\$ 6,9 bilhões, em 2010, para R\$ 12,4 bilhões, em 2014. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. CIDADÃO, Brasília, 10 out. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>. Acesso em 22 dez. 2016.*

139.600.000,00 (cento e trinta e nove milhões e seiscentos mil reais). Já no ano de 2014 esta soma atingiu o patamar de R\$ 838.400.000,00 (oitocentos e trinta e oito milhões e quatrocentos mil reais). O valor global, entretanto, no interregno dos cinco anos aludidos chega a R\$ 2.100.000.000,00 (dois bilhões e cem mil reais).

O TCU<sup>266</sup> destaca que apenas para a aquisição de medicamentos houve o aumento de seis mil ações judiciais em 2010 para doze mil em 2014, e para materializar o impacto financeiro desse acréscimo, ilustra que no ano de 2013 “a aquisição dos quarenta medicamentos de maior custo custou R\$ 431 milhões em 2013, o que equivale a 54% dos recursos totais transferidos aos estados, naquele ano, para a aquisição de Medicamentos do Componente Especializado”.

Ressai imperiosa, dessa forma, a seguinte indagação: o que é eficiente: alocar recursos expressivos para atender ao direito – legítimo, reconheça-se – de alguns poucos, ou à coletividade inteira, cujo direito é igualmente legítimo? O ideal seria consagrar os dois. Todavia, do ponto de vista da efetivação, resulta impossível, dada a finitude dos recursos. Assim, inclina-se, por todas as razões já expandidas nesta seção, pela segunda opção, balizado pela metodologia hermenêutica analítica legada pela *LaE*, ao se lograr o melhor resultado possível com os escassos recursos disponíveis.

### **3.2.2 Por que fundamentar o Direito sob as premissas da *Law and Economics*?**

Há ao menos duas razões que justificam o “pensar” o Direito a partir da perspectiva econômica fornecida pela Microeconomia (sob a batuta da *LaE*), quais sejam, erigir óbice ao robustecimento do ativismo judicial – seria demasiado presunçoso falar-se em extinção desse, mas plenamente verossímil falar-se em redução de tal postura voluntarista – e; diminuir construções da norma legal de jaez puramente político, ao primar pela adoção de critério técnico, a saber, a eficiência, advertindo-se, contudo, que essa assume contornos bem mais modestos, sob a

---

<sup>266</sup>TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU conclui nova versão do FiscSaúde. **IMPRESSA**, Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-conclui-nova-versao-do-fiscsaude.htm>>. Acesso em 22 dez. 2016.

batuta do pragmatismo. Despiciendo dizer que essas propostas da *LaE* não constituem “fórmula infalível”, mas merecem reflexão<sup>267</sup>.

Advirta-se, entretanto, que a expressão “ativismo judicial” possui pluralidade significativa. Tal postura “pró-ativa” desdobra-se, em um primeiro sentido, na legítima – logo, lícita – intervenção do Judiciário no âmbito de competência das demais funções estatais (Legislativo e Executivo), quando estas se abstêm da prática de atos os quais não podem se furtar – omitem-se, portanto – ou quando, mesmo agindo, agem em desacordo, em maior ou em menor grau, com as prescrições estabelecidas pelo Direito<sup>268</sup>. Em uma segunda acepção, o ativismo

---

<sup>267</sup> Nesse mesmo sentido é a lição de Orlando Celso da Silva Neto, ao analisar se cabe ao sistema jurídico buscar eficiência, que segue *in verbis*: “Uma questão absolutamente interessante e fundamental à correta compreensão da análise econômica do Direito é a questão lançada acima: cabe ao sistema jurídico buscar a eficiência? A resposta pronta seria não, ou ao menos, não se tem notícias de que qualquer sistema cuja função precípua seja declaradamente buscar a eficiência. [...] Mas antes que esta resposta objetiva – porém apressada – possa ser confirmada, é fundamental uma análise mais profunda de determinadas características históricas da construção do Direito e de suas relações com o pensamento econômico. Infelizmente, a construção de uma doutrina econômica do Direito, ou uma construção da eficiência econômica do Direito é mais facilmente encontrada na literatura da *common law*, mas alguma aproximação comparativa pode ser realizada com mecanismos encontrados também no Direito Civil, inclusive no Brasileiro (principalmente na construção do Direito das Obrigações)”. *Ibid.*, p. 384-386.

<sup>268</sup> Exemplo da intervenção legítima do Judiciário no Executivo seria quando este último, extrapolando os limites traçados pelo Direito – portanto, agindo ilícitamente –, utiliza recurso financeiro de alocação vinculada, *v.g.*, oriundo do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb –, que deve se destinar à educação, para a contratação de profissional da música para entretenimento na festa do carnaval. Aqui se justifica a intervenção do Judiciário, pois que descaracterizado o mérito administrativo, inspirado pela oportunidade e conveniência. Já a intervenção no Legislativo se justifica, por exemplo, quando há norma programática da Constituição Federal declarando a necessidade do deferimento de direitos, mas que ficam condicionados à elaboração de legislação ulterior, e o Legislativo simplesmente se abstém de legislar. Trata-se de inconstitucionalidade por omissão, a ser suprida pelo Judiciário, ou através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou por meio de mandado de injunção. Exemplo dessa hipótese é o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, insculpido no art. 9º, da CRFB/88, que se aplica, por analogia, aos servidores públicos, que ficariam impedidos de fazê-la, não fosse a atuação jurisdicional, vez que a norma constitucional que a prevê (art. 37, VII,

judicial caracteriza-se pela intromissão indevida<sup>269</sup> do Judiciário nas atribuições do Executivo e do Legislativo, rompendo, dessa forma, a esfera que se faz necessária inexpugnável, pois que atenta contra princípio de envergadura constitucional: a separação entre os Poderes. Em desfavor dessa segunda postura atua a *LaE*.

Antes de adentrar nas razões autorizadoras especificamente, é relevante esclarecer que inexistente óbice doutrinário para a aplicação da Teoria em Países cujo Direito é de tradição *Civil Law*, em que pese o fato da *LaE* haver sido desenvolvida para o *Common Law*. Nesse sentido, o próprio Posner, no prefácio à edição brasileira da obra *A Economia da Justiça*, sentencia:

A análise econômica do direito tem exercido grande influência sobre as decisões judiciais e a criação do direito por parte dos tribunais norte-americanos, e também sobre a formação dos profissionais do direito. Creio que ela tem tanto a oferecer num país de *civil law* como o Brasil quanto nas jurisdições anglo-americanas em que até agora desempenhou seu papel mais importante<sup>270</sup>.

O autor admite a possibilidade doutrinária, entretanto, pondera sobre duas cautelas a serem observadas para a ocorrência da real aplicação da *LaE* em terras brasileiras:

A primeira diz respeito à formação dos juízes; a segunda, ao caráter do Brasil como país em desenvolvimento, e não ainda plenamente desenvolvido. Nos sistemas de *civil law*, a formação de advogados e juízes tende a ser estritamente profissional e, portanto, metodologicamente conservadora. Uma

---

da CRFB/88) condiciona esse direito à edição de lei específica até então (março de 2017) não elaborada.

<sup>269</sup> A intromissão indevida do Judiciário nas demais funções estatais – daí o sentido pernicioso da expressão “ativismo judicial” – se verifica, por exemplo, quando um gestor público (um prefeito, a título ilustrativo) destina determinado recurso de alocação desvinculada – logo, pode alocar onde seu critério de oportunidade e conveniência assim o informarem – para a construção de biblioteca municipal, e o Judiciário, instado pelo Ministério Público em ação civil pública, profere decisão tendente a “realocar” o recurso, agora, v.g., na feitura de restaurante popular. A postura indesejada do Judiciário, nesse caso, radica-se em imiscuir-se no – agora legítimo – mérito administrativo.

<sup>270</sup> *Id.*, 2010a, Prefácio à edição brasileira.

concepção do direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição do *civil law*. [...] Em segundo lugar, nos países em desenvolvimento, esses valores (direitos de propriedade, liberdade contratual, discricionariedade judicial – **grifo nosso**) tendem a ser postos em questão e só se efetivam de modo incompleto<sup>271</sup>.

Em outros termos, é possível o Direito Brasileiro efetivar-se ante as premissas da *LaE*, desde que se fomente, desde a formação dos juristas, o pensamento interdisciplinar do Direito, assim como valores do porte dos direitos de propriedade e a prevenção da corrupção devem ser defendidos com ênfase mais ampla que Países plenamente desenvolvidos, dado o processo de maturação em andamento das instituições brasileiras, ainda não completamente sólidas.

Perceba-se ainda que as premissas do pensamento posneriano não se restringem apenas a aspectos jurídicos *stricto sensu*, mas o critério técnico da eficiência como forma de fundamentar decisão aplica-se a situações cotidianas da vida, por mais que não incidente o Direito do ponto de vista restrito. Imagine-se a situação hipotética que segue. Dois professores concorrem a uma única vaga existente no departamento, suponha-se, de Física, de universidade privada. Um dos professores, aqui convencionado “A”, possui quinze anos de experiência como pesquisador no segmento ofertado, assim como seu currículo é mais vasto e mais impactante – sob as perspectivas de titulação e produção acadêmica – que o oponente, chamado “B”, que, além de não ser pesquisador, possui apenas dois anos de graduado. Todavia, “B” é amigo íntimo do diretor do departamento.

Estabelecida a situação, qual critério deve preponderar no processo de tomada de decisão do diretor do departamento, responsável pela contratação? A *LaE* auxilia na decisão, pugnando por adoção de critério técnico, no intuito de privilegiar o candidato melhor preparado para a assunção da vaga, a saber, “A”. Todavia, caso despedido do limite imposto pelo critério técnico, a mera inclinação pessoal do diretor, que possui relações estreitas de amizade com “B”, poderia ser a determinante para que se contratasse este último.

---

<sup>271</sup> Id., 2010a, Prefácio à edição brasileira.

Em outras palavras, abrir-se-ia a possibilidade do subjetivismo, que nesse caso denota injustiça, pois que preterido o candidato mais apto para assumir o cargo. Então, não seria esse critério técnico também um critério de justiça? Não há incompatibilidade. Aliás, Posner, quando da assunção do pragmatismo jurídico, objetivou conciliar eficiência com justiça. Por que, então, não pensar o Direito também sob critério técnico?

Dessa forma, imputar inexistência de critério de justiça à *LaE* não encontra aderência à realidade, pois o critério técnico trazido pela Teoria é balizador para a tomada de decisão. Poderia ser um critério político (v.g., favorecer alguém em algum segmento por razões escusas ou mesmo meramente pessoais), aleatório... Por que, então, reiterar-se, não se pautar por critério técnico, fornecido pela *LaE*? Mas pode surgir a seguinte contra-argumentação: o critério utilizado na *Civil Law* é a lei. Sem dúvida que é a lei. Mas não se deve olvidar que essa, de *per si*, é silente, apenas passando a “dizer” algo quando alguém atribui-lhe significação, ou seja, quando a mesma é interpretada. E isso não se dá apenas no Direito, mas nas mais corriqueiras situações da vida.

Exemplificativamente, propõe-se a imagem de um hospital. O que essa imagem diz? Por si só, não diz nada, pois que a percepção de cada expectador acaba por ser determinante. Um dito indivíduo pode olhar para o hospital e se lhe assaltarem os mais profundos sentimentos de tristeza, pois que sua compreensão – entenda-se interpretação – sobre aquele objeto, em razão de ali haver sido o sítio no qual perdeu um ente querido. Entretanto, a mesma imagem do hospital, quando vista por pessoa diferente pode ser compreendida como algo que muito lhe apraz, pelo fato de ali haver nascido seu filho. Perceba-se que o mesmo objeto (o hospital) foi interpretado de maneiras bem distintas.

Socorrendo-se da literatura, há um poema, da lavra de Ferreira Gullar, chamado *O Açúcar*, que sintetiza com profundidade a essência da atividade hermenêutica. Segue o poema.

O branco açúcar que adoçará meu café  
nesta manhã de Ipanema  
não foi produzido por mim  
nem surgiu dentro do açucareiro por  
milagre.

Vejo-o puro e afável ao paladar  
como beijo de moça, água na pele,  
flor que se dissolve na boca.

Mas este açúcar não foi feito por mim.  
Este açúcar veio da mercearia da

esquina e tampouco o fez o Oliveira, dono da mercearia.

Este açúcar veio de uma usina de açúcar em Pernambuco ou no Estado do Rio e tampouco o fez o dono da usina.

Este açúcar era cana e veio dos canaviais extensos que não nascem por acaso no regaço do vale.

Em lugares distantes, onde não há hospital nem escola, homens que não sabem ler e morrem de fome aos 27 anos plantaram e colheram a cana que viraria açúcar.

Em usinas escuras, homens de vida amarga e dura produziram este açúcar branco e puro com que adoço meu café esta manhã em Ipanema<sup>272</sup>.

À luz do poema, o autor supera a superficialidade manifesta de seu objeto direto de análise – o elemento açúcar – procedendo à interpretação mais aprofundada e completa do objeto, chegando a elucubrações inicialmente havidas por inimagináveis, caso examinado de maneira rasa. Rigorosamente o mesmo fenômeno ocorre com a lei – que é o critério da *Civil Law* –, pois não se deve satisfazer com um “olhar” de soslaio, há que se atribuir a significação.

Querer fazer se acredite que a lei já encontra em si significado único, e que tocará ao intérprete apenas “retirá-lo” de suas “vísceras”, é algo tão consistente – e aqui o vocábulo é empreendido em seu sentido irônico – quanto pensar que a qualquer pessoa, uma vez municiada das ferramentas adequadas, pode retirar de pedra sabão em estado bruto algum de *Os Doze Profetas*, de Aleijadinho. Absurdo, pois que desprezadas as características de ordem pessoal: no caso, o talento.

Os exemplos fornecidos servem como parâmetro para mostrar que a interpretação comporta variados pontos de vista. Qual, então, o critério a ser utilizado para que se supere as visões parciais do fenômeno jurídico? A lei, critério da *Civil Law* é interpretável, e referida interpretação pode ser restritiva ou extensiva. Chega-se aqui ao ponto do ativismo judicial. Em assim sendo, repete-se a pergunta, agora

---

<sup>272</sup> GULLAR, Ferreira. **Dentro da Noite Veloz**. 3. ed. São Paulo: José Olympio, 1998.

reformulada: por que não adotar critério que leve em conta a escassez de recursos, os princípios de melhor utilização dos bens?

Às razões autorizadoras, agora. A primeira razão justificadora (reduzir o ativismo judicial) da fundamentação do Direito sob as premissas da *LaE*, radica-se na inviabilização de tomadas de decisão, por parte dos magistrados, inspiradas tão-somente ou em grande parte, em suas inclinações de ordem pessoal – a sua visão de mundo, a sua consciência – nas quais impera, como corolário lógico, o voluntarismo, ou subjetividade, elemento capaz de sobrepujar o próprio Estado Democrático de Direito, pois faltaria a mínima previsibilidade nas decisões sobre casos semelhantes.

Faltaria previsibilidade pois, ao ficar ao alvedrio dos “humores” judiciais, determinado caso, que guardasse estreitas conexões com outro já decidido, potencialmente seria decidido de forma muito distinta, o que implicaria necessariamente em inobservância do princípio da isonomia, assim como em prejuízo de difícil reparação a outro princípio basilar: o da segurança jurídica. Tudo isso porque faltariam balizas minimamente objetivas nas decisões – não olvidar que a subjetividade no ativismo judicial assume posição central –, sendo, pois despidas de limites e vínculos, a serem fornecidos pelo critério da eficiência.

Por oportuno ressaltar que a adoção da eficiência não implica em cerceamento da atividade interpretativa do julgador; ao revés, é garantia de sua independência hermenêutica, idônea a conduzir, por meio dessa função estatal, à efetivação do Estado Democrático de Direito, ao fazer com que as decisões não sejam engendradas apenas sob a batuta da consciência do juiz, livrando-as, assim, da pecha da parcialidade, que as faz cair em descrédito, vez que a sentença judicial possui função dúplice: pôr fim a conflito de interesses (em se tratando de jurisdição contenciosa) ou simplesmente atender ao reclamo individual sem oposição (jurisdição voluntária), e persuadir a sociedade da adequação da decisão, ou seja, por mais que não seja favorável a alguém, este tem de se sentir convencido de sua conformidade aos mandamentos do Direito.

Não há espaço para a natural e (in)consequente insegurança jurídica infligida aos jurisdicionados, quando da postura ativista do Judiciário, vez que, a depender do estado de espírito do julgador, casos com visceral relação de semelhança terão decisões as mais díspares. Sabe-se que a *iuris dictio* é composta por pessoas as mais diferentes, com as mais variadas inclinações, mas independentemente dessas inclinações, as decisões devem encontrar aderência ao ordenamento

jurídico, e não às impressões particulares dos que compõem a função jurisdicional.

Não se quer fazer crer no mito da neutralidade das decisões. Mito porque neutralidade pressupõe alijamento da subjetividade, que é a essência, isto é, o elemento caracterizador do homem enquanto ser humano. Neutralidade, assim, aniquila o próprio homem, que será coisa, despido de sua natureza. Não há contradição entre defender a redução da subjetividade e ao mesmo tempo dizer que esta é inevitável em manifestações volitivas, a exemplo de uma sentença judicial.

O que rechaça o possível apontamento de contradição é o caráter de inevitabilidade da subjetividade (presente em maior ou em menor grau nas decisões), pois que é a natureza do sujeito, ou seja, seu princípio vital, o que o faz existir. Busca-se, entretanto, reduzi-la a “níveis toleráveis”, rumando à consecução da imparcialidade, esta sim, possível, pois que pressupõe a manutenção de distância equidistante do julgador do complexo amálgama axiológico presente em casos que reclamam resposta do Direito, sem que isso importe em “abandono” da subjetividade.

A necessidade da imparcialidade no Direito possui contornos de verdadeira exigibilidade, dada a natural pluralidade significativa das normas jurídicas, pois, por mais diligentes e proficientes que sejam os legisladores – isto apenas para falar de Direito legislado – a norma jurídica, muitas vezes pela própria dificuldade imposta pela linguagem em se exprimir com exatidão o que se quis dizer, restará, em maior ou em menor grau, vaga, donde ressaí imperiosa a imparcialidade, possibilitada pela *LaE* quando da adoção de critério técnico, objetivo, a eficiência, na perspectiva do pragmatismo, ou seja, sem pretensões totalizantes, logo, combinado com outros critérios, tornando o Direito consequencialista.

Tal desiderato restaria inviabilizado se, sob a alegativa de “fazer justiça”, os julgadores passassem decidir consoante suas percepções de justiça, dado ser esta relativa (cada indivíduo possui um “senso de justiça”), o que pavimentaria o caminho para um casuísmo ilimitado, desaguando inevitavelmente no indesejável ativismo judicial, quando então a sociedade somente estaria “a salvo” se todos os julgadores fossem pessoas de inclinações nobres. Dada contingência é inaceitável, vez que independentemente dos pendores do magistrado, as decisões devem guardar compatibilidade com o Direito, e não com o senso de justiça individual, donde a necessidade da metodologia hermenêutica oriunda da combinação *LaE*–crítica, ou, melhor dizendo, síntese

emergida das contribuições da Economia aplicada ao Direito (Posner), com os devidos temperamentos fornecidos pelo crivo crítico de dita teoria economicista, da lavra de Dworkin.

A segunda razão da “importação” da *LaE* para realidades jurídicas como a do Brasil (diminuir a feitura de leis de cariz puramente político, com a adoção do critério da eficiência), é justificada pela preocupação da Teoria em primar pelo aperfeiçoamento das leis, desde sua feitura, passando por sua aplicação, até a previsibilidade da irradiação de seus efeitos, fazendo do Direito realidade consequencialista. Salama corrobora este entendimento, quando traz:

Ora, se a economia não fornece um guia ético adequado para o direito, cabe perguntar: de que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? A meu ver, a resposta é a de que economia fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. Desse modo, a economia permite um tipo de crítica jurídica que já se tornou imprescindível nos dias de hoje<sup>273</sup>.

A partir do momento em que se promove a redução do caráter puramente político da lei, cuja motivação pode ser meramente egoística, como, v.g., favorecer determinada pessoa, natural ou jurídica, tende-se a aperfeiçoá-la, à medida em que se lhe confere característica mais plural, de sorte que o bem-estar geral pode mais facilmente ser alcançado, com a previsibilidade das decisões, ao focar na análise de suas potenciais consequências.

### **3.2.3 Há fundamento(s) jurídico-normativo(s) para a aplicação da *Law and Economics* no Direito Brasileiro?**

Questão imperiosa a ser solvida é se, uma vez compreendidas as razões da fundamentação do Direito pela *LaE*, efetivamente há fundamento(s) jurídico(s) no Direito Brasileiro para a aplicação da Análise Econômica no Brasil, mormente quanto à autorização da utilização da eficiência como critério idôneo a resolver os problemas que reclamam respostas oriundas do sistema jurídico. Não que seja o propósito da investigação analisar a aderência específica a este ou àquele sistema jurídico, mas como o trabalho se desenvolve em *terrae*

---

<sup>273</sup> Ibid., p. 25.

*brasilis*, é recomendável verificar os pontos de contato, notadamente por não ser o Brasil País de tradição consuetudinária.

Para principiar, não se concebe o vocábulo eficiência nos moldes traçados pela doutrina posneriana nos anos 1970, a saber, como pedra angular de pretensões totalizantes de atribuição do caráter ético ao Direito, mas sim como um dentre vários outros elementos harmoniosamente combinados para tal, quando Posner converte-se ao pragmatismo, na década de 1990, oportunidade em que referido autor relega à secundariedade sua maximização da riqueza: torna-se um pragmático com nuances de *Law and Economics*.

Feitas essas considerações, com o propósito de pavimentar o caminho que conduzirá ao enfrentamento do questionamento proposto, é de relevo ressaltar que o ordenamento jurídico não é composto apenas por normas oriundas do Poder Legislativo. Mesmo em países de tradição jurídica romano-germânica, a exemplo do Brasil, no qual impera o culto à lei em seu sentido estrito<sup>274</sup>, há reconhecimento legal expresso segundo o qual a lei não é a única fonte de Direito existente<sup>275</sup>.

Ademais, não se pode olvidar do fato de as normas jurídicas se subdividirem em regras e princípios. Aquelas se prestam a reger situações dentro de certa perspectiva de homogeneidade, ao passo que os princípios possuem o apanágio da não-exclusividade, da qual decorre seu caráter de regulador de situações as mais heterogêneas, razão porque é lícito afirmar-se serem os princípios mais abstratos ou genéricos em comparação com as regras.

Estabelecidos os esclarecimentos a respeito do que se há de entender por norma jurídica, até porque conceber-se como fonte do Direito apenas a lei seria inconsistente, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, dada a falibilidade humana para tal empreitada, sendo despciendo ressaltar que a plenitude ou completude é do ordenamento

---

<sup>274</sup> Há acepções de lei a serem observadas, desde seu sentido estrito (lei ordinária, lei complementar e lei delegada), passando por seu sentido amplo (todas as modalidades oriundas do Legislativo que, além daquelas compreendidas em sentido estrito, ressaem ainda as emendas à Constituição, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Nesse sentido, veja-se o art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), até o sentido amplíssimo ou popular, consistente no sentimento de obrigatoriedade, por dada população em determinado contexto de espaço e de tempo, de certa prática (costume).

<sup>275</sup> Nesse sentido, veja-se o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

jurídico, composto por multiplicidade de fontes (lei, costume, jurisprudência, doutrina, princípios gerais de direito), e não da norma legal, vislumbra-se como fundamento jurídico maior, quanto à hierarquia, para a utilização do critério técnico da eficiência – no sentido do pragmatismo de Posner – como apto a pensar o Direito Brasileiro, o artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)<sup>276</sup>, pois, a despeito de se inserir em capítulo destinado à Administração Pública, seus preceitos não são incompatíveis com os da iniciativa privada, notadamente se interpretado sistematicamente com o § 2º, do artigo 5º da CRFB/88<sup>277</sup>. Ademais, há também o art. 186, “I”, também da Carta Magna, que traz a necessidade de se utilizar racionalmente os recursos, servindo de baliza para o aferimento do cumprimento da função social da propriedade rural.

O texto constitucional, por si só, já bastaria para responder positivamente à indagação (há fundamento jurídico autorizador da *LaE* no Brasil, por meio do critério técnico da eficiência), mas a possibilidade normativa não se restringe à CRFB/88. Inspiradas pelo princípio da eficiência, remonta-se ao vetusto Decreto nº 579/1938, ainda vigente, que traz a necessidade de os serviços públicos se pautarem pela eficiência, há ainda rol extenso de diplomas normativos<sup>278</sup>, ligados, mormente, à utilização de recursos energéticos.

---

<sup>276</sup> Nesse sentido, segue o texto, *in verbis*, do art. 37 da CRFB/88: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”

<sup>277</sup> Nesse sentido, segue o texto, *in verbis*, § 2º do art. 5º da CRFB/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>278</sup> Levando-se em consideração apenas a esfera federal, no âmbito de regulação energética, há os seguintes diplomas normativos autorizadores da utilização do critério de eficiência, pelo Direito Brasileiro: Lei 9.991, de 24.07.2000; Lei 10.295, de 17.10.2001; Lei 10.438, de 29.04.2002; Lei 13.280, de 03.05.2016; Portaria 001, de 13.08.1998; Portaria 174, de 25.05.2001; Projeto de Lei 518, de 2005; Decreto 10.334, de 19.12.2001; Decreto 3.330, de 06.01.2000; Portaria 113, de 15.03.2002; Portaria Interministerial 553, de 08.12.2005; Decreto 4.508, de 11.12.2002; Portaria Interministerial nº 132, de 12.06.2006; Decreto 4.059, de 19.12.2001; Portaria 46, de 07.03.2001; Portaria Interministerial 1.877, de 30.12.1985.

Dentre as legislações, destacam-se a lei nº 9.991/2000, que dispõe sobre a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas no setor de energia elétrica (arts. 1º, I, V; 4º, § 1º; 4º-A, § 6º, III; 5º, I e parágrafo único); a lei nº 10.295/2001, que dispõe sobre a política nacional de conservação e uso racional de energia (arts. 1º a 5º); a lei nº 13.280/2016, que alterou a lei nº 9.991/2000, disciplinando a aplicação dos recursos destinados a programas de eficiência energética.

Essas as legislações mais substanciais. Todavia, é extenso o rol de diplomas normativos, legais e infralegais, que autorizam o uso da eficiência como critério técnico apto a resolver problemas que reclamam respostas do Direito, donde decorre forçosamente a constatação da existência, no Direito Brasileiro, da concepção do fenômeno jurídico a partir da *LaE*, visando conjugar harmonicamente o desenvolvimento econômico e o social, neste incluído o meio ambiente, rechaçando a pecha utilitarista e o “asco moral” impostos à Teoria, a partir da adoção de critério técnico. Em outras palavras, há a combinação racionalidade-humanização.

O rechaço ao “asco moral”, ou “amar mais as coisas que as pessoas”, dá-se por intermédio da projeção dos efeitos da *LaE* para além dos assuntos diretamente energéticos, pois que irradiam-se positivamente em benefícios para a sociedade, não de maneira genérica ou por média *per capita*, mas efetivamente, ao primar pela conservação e utilização racional e humanizada dos recursos escassos, protegendo diretamente o meio ambiente, imprimindo, pois, gravidade aos propósitos da Teoria, ao atrair para sua órbita essas premissas de bem-estar social. Como exemplo disso pode-se citar a lei nº 10.438/02, ao conferir nova redação ao § 3º do artigo 11, da lei nº 9.648/98, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 11 .....

§ 3º É mantida, pelo prazo de 20 (vinte) anos, a partir da publicação desta Lei, a aplicação da sistemática de rateio do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados, estabelecida pela Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, na forma a ser regulamentada pela Aneel, a qual deverá conter mecanismos que induzam à eficiência econômica e energética, à valorização do meio ambiente e à utilização de recursos energéticos locais, visando

atingir a sustentabilidade econômica da geração de energia elétrica nestes sistemas, ao término do prazo estabelecido<sup>279</sup>”.

Não há incompatibilidade entre a racionalidade característica da Teoria Microeconômica aplicada ao Direito com os ditames de humanização, da justiça social, sendo nítida a síntese oriunda das contribuições não só da Ciência Econômica, mas de toda a crítica imputada à *LaE*, vez que da conjugação entre ambas (a tese de Posner e a antítese de Dworkin) ressaí proposta inclusiva, cognominada por Gonçalves e Stelzer de Princípio da Eficiência Econômico-Social<sup>280</sup>.

Por oportuno, reiterar que a eficiência aqui esboçada não possui os contornos totalitários de conferir o fundamento ético ao Direito, mas sim ser considerada como mais um dentre diversos critérios a serem observados para este propósito. Daí ser perfeitamente possível – e desejável – a “importação” da *LaE* para sistemas jurídicos de *Civil Law*.

### 3.3 O CRESCIMENTO DO DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO NO BRASIL APÓS 1994

Embora o discurso econômico do Direito haja principiado, nos moldes propostos pela AED, no crepúsculo da década de 1950 e aurora dos anos 1960, nos EUA, notadamente com Ronald Coase e Guido Calabresi, e logo em seguida (década de 1970) servido de supedâneo para Richard Posner desenvolver teoria autônoma sobre o fenômeno – a *LaE* –, no Brasil a aplicação da Ciência Econômica – em especial a Teoria Microeconômica – ao Direito chegou após cerca de três décadas de seu nascedouro, portanto, já com certa maturidade, até porque nesse hiato houve a assunção do destaque do eficientismo com pretensões totalizantes, até sua atenuação, com a adesão de Posner ao pragmatismo jurídico, após o crivo crítico de Dworkin.

Mesmo assim, não havia como ter a AED aceitação pacífica na doutrina pátria, muito em razão da tradição jurídica brasileira de direito

---

<sup>279</sup> BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 abr. 2002.

<sup>280</sup> Id., 2014, p. 261-290 .

romano-germânico (*Civil Law*), vez que o Movimento nasceu e desenvolveu-se em ambiente de direito consuetudinário (*Common Law*), a saber, nos EUA, assim como a formação dos profissionais do Direito em países de *Civil Law* ser forjada, consoante Posner, no “profissionalismo<sup>281</sup>”, com o conseqüente prejuízo das imbricações interdisciplinares, v.g., Direito-Economia, Direito-Política etc., assim como o Brasil ser País ainda em desenvolvimento, e “não plenamente desenvolvido<sup>282</sup>”, donde ressaí a não solidez das instituições políticas e jurídicas, o que demanda acautelamento maior por parte de quem se dedicará a pensar o Direito sob a perspectiva da Ciência Econômica.

Em assim sendo, por mais que não seja o propósito específico do trabalho analisar a aderência da AED ou da *LaE* ao Direito Brasileiro, é de bom tom que se verifique o desenvolvimento de referidos Movimento e Teoria, pois que se busca “fazer Ciência”, pelo menos em princípio, dentro das fronteiras nacionais. Nesse sentido, é prudente estabelecer cronologia relativamente rígida acerca do desenvolvimento do discurso em *terrae brasilis*.

O crédito do pioneirismo da AED no Direito Brasileiro, de maneira sistematizada, deve-se a Guiomar Therezinha Estrella Faria, com o advento da obra *Interpretação Econômica do Direito*<sup>283</sup>, de 1994 – daí porque o marco inicial coincidir com este ano –, cuja tônica foi a análise da responsabilidade civil sob a ótica da *LaE*, cotejando institutos do *Common Law* com os seus correspondentes no *Civil Law*, ressaíndo, sobre os mesmos objetos, acepções distintas, pois a ênfase, no Direito costumeiro, se dá na abordagem interdisciplinar, ao passo que nos países de tradição romano-germânica baseia-se, como regra, na lei, não raro unilateralmente.

O livro se divide em quatro partes, sendo uma delas a introdução, ao se debruçar sobre a problemática conceitual, ou seja, o que se deve entender por *Economic Analysis of Law*, dada a multiplicidade significativa que a expressão comporta ao ser traduzida para outros idiomas, sendo relevante aferir se a acepção adotada corresponde, de fato, ao pensamento de quem a proferiu inicialmente. Acentua a autora que o significado a ser atribuída à expressão seja o mais amplo possível<sup>284</sup>, idôneo a captar todos os instrumentos políticos e normativos

---

<sup>281</sup> Id., 2010a, Prefácio.

<sup>282</sup> Id., 2010a, Prefácio.

<sup>283</sup> FÁRIA, Guiomar Therezinha Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 15.

que reclamassem do jurista solução adequada. A seguir, a autora discorre sobre os primeiros teóricos, remontando a Marx, assim como os críticos dos precedentes, quando então alude a Roscoe Pound.

Adiante, trata das teorias de Posner, Calabresi, assim como as críticas à teoria do primeiro, em especial por parte de Ronald Dworkin, mas asseverando também haver outros críticos, do porte de Mitchell Polinsky, Guido Alpa, Eric Rakowski e John Donahue<sup>285</sup>. Ultimando a investigação, trata de maneira mais específica da comparação dos institutos da responsabilidade civil do *Common Law* e da *Civil Law*.

Da leitura da obra em apreço, infere-se a que a interpretação econômica do Direito pavimenta o caminho rumo a dois destinos, um de repúdio a tal perspectiva doutrinária, outro que admite, sendo, todavia, ambos os caminhos plausíveis.

O repúdio estriba-se na tese que o sistema fomenta o capitalismo em sua face mais extremada, vez que reduz a justiça a simples cálculo de ônus e bônus, favorecendo o poder econômico, assim como fomentando seu ferramental assecuratório da previsibilidade e, logo, estabilidade jurídicas, no centro de perspectiva conservadora, excludente, a ser garantida pelo Direito, com a consequente manutenção da horizontalidade social.

Em sentido contrário, quanto à permissão de hermenêutica jurídico-econômica, encontra seu arrimo no fato de, enquanto concebido como ferramental da própria teoria econômica, possibilita aos mais desfavorecidos socialmente a utilização da racionalidade lógico-formal rumo ao equilíbrio econômico, conduzindo, como consequência, à justiça, dado seu apelo de ordem moral e ética – pois que o ideal de referida hermenêutica busca a conjugação da racionalização com os ditames de humanização –, assim como a distribuição de riqueza por intermédio tanto do Legislativo quanto do Judiciário, pois confere a estes critério de justiça baseado na técnica, tornando, pois, a sociedade, vertical. Nisso consiste a obra que introduziu de maneira sistematizada o pensamento econômico no Direito brasileiro.

Avançando, em 1997, foi defendido o primeiro trabalho na então novel área de estudos jurídico-econômicos no Brasil, a saber, a dissertação de mestrado de Everton das Neves Gonçalves, sob o título *A Teoria de Posner e sua Aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988*<sup>286</sup>, constituindo importante aporte ao

---

<sup>285</sup> Ibid., p. 31-71.

<sup>286</sup> Nesse sentido, vide Id., 1997.

estudo da aplicação da Ciência Econômica, por intermédio da Teoria Microeconômica ao Direito. O trabalho é constituído de quatro Capítulos, sendo o primeiro destinado à explicação detalhada da Teoria Econômica, com conceitos operacionais essenciais ao entendimento do escrito, como o que é Economia, como essa se diferencia da Ciência Econômica, qual seu objeto e metodologia, assim como suas recíprocas implicações com o Direito.

O segundo Capítulo, discutindo o problema da investigação, a saber, a Teoria Microeconômica como ferramenta analítico-teórica a ser aplicada ao Direito. Para tanto, procede à análise, por meio do transcurso histórico da Teoria da *Law and Economics*, assim como ao debate entre suas diversas perspectivas (Escola Tradicional, Neoinstitucional, Escolha Pública, Direitos de Propriedade, o enfoque dos Estudos da Crítica Jurídica), as possibilidades da *Law and Economics* e o correspondente estrito filosófico, não se olvidando das críticas à postura, em especial as proferidas por Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e John Rawls, centradas na imoralidade e injustiça da *LaE*.

Seguindo na discussão, vem o terceiro Capítulo, tratando especificamente da constitucionalização econômica da CRFB/88, abordando, com protagonismo, o Direito Econômico, desde seus antecedentes históricos a nível mundial, como sua evolução dentro das Constituições do Brasil, e a possibilidade da utilização da *LaE* em países de *Civil Law*.

No último Capítulo, o quarto, traz as repercussões de ordem interpretativa legadas pela *LaE*, abordando questões clássicas, como sobre em que consiste a Hermenêutica, seus métodos, chegando até a justificativa para a interpretação do Direito em geral, e do Constitucional em particular, mas em ambos um ponto comum: a redução da subjetividade por meio do fornecimento de critério objetivo técnico, a saber, a eficiência. A contribuição do trabalho, nas palavras do próprio autor reside em:

A obra intenta incursão na temática da Teoria Econômica identificando seus principais institutos determinantes das Leis de demanda, de oferta e de eficiência econômica como instrumental teórico-analítico para o Direito. Assim, se descortinam os diversos enfoques dados ao Direito pelo Econômico, bem como as raízes economicistas da nova teoria, seus precursores teóricos, sendo abordado, ainda, com especial ênfase, o trabalho de Richard Posner intitulado *Economic Analisis of*

*Law*, seus críticos e as possibilidades para a utilização das máximas da Escola denominada *Law and Economics* na *Civil Law*, em especial, quanto ao Direito Econômico Brasileiro constitucionalizado em 1988 no que diz respeito aos seus princípios<sup>287</sup>.

Constitui, pois, o trabalho de Gonçalves, contribuição para o processo de evolução do estudo da Teoria Microeconômica no Direito, como forma de evitar a construção e a aplicação política da lei em Países de *Civil Law*.

Em 1995 é fundada a Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia – ALACDE. É também conhecida como *Latin American and Iberian Law and Economics Association*, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP –, cujo propósito é o debate, via encontros conferenciais junto à comunidade jurídica latino-americana e caribenha, de temas relacionados à aplicação da Ciência Econômica ao Direito, visando o aprofundamento dos estudos correspondentes, tanto teórica como empiricamente. Como regra, os encontros são anuais.

De 1995, ano de sua fundação até o ano de 2016, foram realizadas vinte conferências, que seguem:

- 1995: 1ª Conferência (Cidade do México – México);
- 1996: 2ª Conferência (Buenos Aires – Argentina);
- 1997: 3ª Conferência (Caracas – Venezuela);
- 1998: 4ª Conferência (Quito – Equador);
- 1999: 5ª Conferência (Bogotá – Colômbia);
- 2000: 6ª Conferência (Cidade do México – México) – (Cancelada);
- 2002: 7ª Conferência (Santiago – Chile);
- 2003: 8ª Conferência (Lima – Peru);
- 2005: 9ª Conferência (Berkeley – Califórnia – EUA);
- 2006: 10ª Conferência (Buenos Aires – Argentina);
- 2007: 11ª Conferência (Brasília – Brasil);
- 2008: 12ª Conferência (Cidade do México – México);
- 2009: 13ª Conferência (Barcelona – Espanha);
- 2010: 14ª Conferência (San Salvador – El Salvador);
- 2011: 15ª Conferência (Bogotá – Colômbia);
- 2012: 16ª Conferência (Lima – Peru);
- 2013: 17ª Conferência (Rio de Janeiro – Brasil);

---

<sup>287</sup> Id., 1997, p. 209.

- 2014: 18ª Conferência (Cidade de Guatemala – Guatemala);
- 2015: 19ª Conferência (Santo Domingo – República Dominicana);
- 2016: 20ª Conferência (Santiago – Chile);
- 2017: 21ª Conferência (prevista para realizar-se em Lima – Peru).

Eis aí esboçado o crescimento do discurso econômico na esteira da *LaE* no Brasil, assim como na América Latina e no Caribe.

Ademais, em pesquisa realizada por Heinen em sede de tese doutoral, foi efetuada estatística de cursos pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil que, em maior ou menor intensidade, abordam a *LaE*, tendo por base os programas avaliados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES –, cuja apreciação se deu em 2012. Verificou-se empiricamente na ocasião a marcha ascendente do estudo da *LaE* nas academias jurídicas brasileiras, o que não necessariamente significa ser a aplicação da Ciência Econômica ao Direito a *ultima ratio*, mas é postura que não pode ser desconsiderada.

A pesquisadora procede à análise da incidência da *LaE* nos referidos cursos adotando por base dois critérios: a incidência de indicações de livros de autoria de Richard Posner, quando traz rol de vinte e seis instituições de nível superior<sup>288</sup> das regiões Nordeste, Sudeste e Sul, em cujos programas figuram obras de Posner e; de programas de oitenta e oito instituições, também de nível superior, nas cinco regiões brasileiras, cujas disciplinas ou abordam a Economia a partir de autores não vinculados à *LaE* ou indicam obras de autores – além do próprio Posner – vinculados à Teoria<sup>289</sup>.

Aos resultados. Os livros de Posner que serviram para a primeira abordagem (incidência de indicações de livros de autoria de Richard Posner) das vinte e seis instituições foram *Economic Analysis of Law*; *The Problems of Jurisprudence*; *The Economics of Justice*; *Law, Pragmatism and Democracy*; *How judges think: Judicial Behavior*; *Antitrust Law: Monopoly Regulation*.

Destes, a obra *Economic Analysis of Law* foi indicada por dezenove das vinte e seis, ou seja, 73% (setenta e três por cento) das academias em comentário; *The Problems of Jurisprudence* por treze de vinte e seis, isto é, 50% (cinquenta por cento); *The Economics of Justice* por cinco de vinte e seis, perfazendo 19% (dezenove por cento); *Law, Pragmatism and Democracy* por duas de vinte e seis, ou 7,5% (sete e

---

<sup>288</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, 2016.

<sup>289</sup> Nesse sentido, ver *Ibid.*, 2016.

meio por cento); *How judges think: Judicial Behavior* por quatro de vinte e seis, ou 15% (quinze por cento); *Antitrust Law: Monopoly Regulation* por cinco de vinte e seis, ou 19% (dezenove por cento).

Já no que se refere à segunda abordagem realizada pelos oitenta e oito programas analisados, tem-se que disciplinas que trabalham a Economia a partir de autores não vinculados à *LaE* correspondem a 84% (oitenta e quatro por cento), ou seja, das oitenta e oito instituições, setenta e quatro fazem a abordagem da Economia aplicada ao Direito, desvinculadamente da *LaE*; ao passo que as disciplinas que indicam obras de autores vinculados à *LaE* – além do próprio Posner), perfazem o total de 53% (cinquenta e três por cento), isto é, quarenta e sete de oitenta e oito.

Nesse sentido asseveram Battesini, Neto e Timm:

Em 2008 foi oficialmente fundada a Associação Brasileira de Direito e Economia, a qual tem organizado, desde então Congressos Científicos cada vez mais de acordo com os padrões internacionais. Ativa tem sido a também a criação de associações regionais que bem buscado realizar congressos, simpósios e palestras e difundir tal abordagem entre economistas, advogados e juízes e procuradores. Neste sentido destacam-se o Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS), organização pioneira no Brasil, criada em 2005, a Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE) criada em 2008, a Associação de Direito e Economia do Paraná (ADEPAR) criada em 2010, e o Instituto Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia da FGV/SP que funcionou entre 2007 e 2009<sup>290</sup>.

Da análise dos números apresentados, forçoso é inferir a presença da *LaE* nas academias pátrias em sede de pós-graduação *stricto sensu*, de maneira capilarizada, pois não se restringe a centros de pesquisa específicos, encontrando guarida generalizada no território nacional, o que demonstra o crescimento da Teoria no Brasil, não significando em absoluto protagonismo – nem se possui essa pretensão – ou que deva ser aplicada ao arrepio de outros fatores, como a justiça social – observe-se

---

<sup>290</sup> BATTESINI, Eugênio; NETO, Giacommo Balbonotto; TIMM, Luciano Benetti. O movimento de Direito e Economia no Brasil. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 20.

a plausibilidade da combinação harmoniosa, consoante preceitua o Princípio da Eficiência Econômico-Social<sup>291</sup> – mas é critério que deve ser considerado.

### 3.4 DAS CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DO POTENCIAL SUBSÍDIO FORNECIDO PELA *LAW AND ECONOMICS* PARA A ELABORAÇÃO DE UMA TEORIA DO COMPORTAMENTO HUMANO: A HERMENÊUTICA JURÍDICO-ECONÔMICA

O propósito maior desta investigação é verificar a possibilidade de síntese hermenêutica para a *Civil Law* Brasileira a partir da influência exercida pela Economia no Direito, estribado na dicotomia doutrinária existente entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito. Para tanto, faz-se necessária exposição, ainda que breve, sobre em que consiste a atividade hermenêutica, assim como as diferentes acepções experimentadas ao longo do tempo e do espaço e, por fim, apresentar teorias argumentativas clássicas, que tenderam a delimitar o alcance da linguagem através da qual se expressa o fenômeno jurídico; explicitar os paradigmas hermenêuticos a partir de Dworkin e Posner e; ao final, esboçar perspectiva hermenêutica decorrente da síntese paradigmática entre estes dois autores.

#### **3.4.1 Hermenêutica Geral e Jurídica: perspectivas experimentadas e teorias argumentativas clássicas**

A ideia mais intuitiva que se possui quando se fala de Hermenêutica é a de interpretação, e, de fato, há relações estreitas entre essas duas realidades, não chegando, entretanto, a confundirem-se, dado que aquela se presta a desenvolver o ferramental idôneo a possibilitar a aplicação do enunciado normativo ao caso em apreço, ou seja, dá azo à construção da interpretação, sendo essa o aspecto prático, quando o enunciado jurídico efetivamente se converte em norma jurídica, passando, então, a exprimir algo.

Nem sempre o vocábulo Hermenêutica possuiu – ainda não possui – sentido único, vez que “vivenciou” alterações dimensionais, consoante as vicissitudes de tempo e espaço (arte, técnica e filosofia), de inegável importância no Direito, em especial. Cumpre, pois, ressaltar, que a Hermenêutica não se circunscreve apenas a aspectos jurídicos, sendo o Direito apenas mais uma realidade abrangida pelo fenômeno.

---

<sup>291</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Id., 2014, p. 261-290.

Uma das acepções sobre o próprio termo provém do radical do signo linguístico, de origem mitológica, a saber, *Hermes*, o deus grego responsável pela intermediação (ou decodificação) das comunicações travadas entre o plano humano e o plano divino. A Hermenêutica passa, então, por três grandes fases.

#### 3.4.1.1 A Hermenêutica enquanto arte e técnica

Em um primeiro momento, na Antiguidade, era havida como a **arte** de desvelar o sentido normalmente oculto de um texto, notadamente as Sagradas Escrituras. Com o Código de Justiniano, a figura do deus Hermes foi substituída pelos jurisconsultos, que detinham o discernimento necessário para a extração do sentido que se cerrava no texto. No âmbito religioso o fenômeno adquiriu maior importância, resultando então a alusão ao deus Hermes, como se uma linguagem verdadeira presente em um texto, oculta ou não, necessitasse ser extraída por aquele que detinha essa arte, esse conhecimento.

Perceba-se, que o padrão comum de entendimento era o de que o texto possui um sentido que lhe é ínsito, e caberá ao hermeneuta apenas extraí-lo, vez que o sentido já se encontra nesse texto. Assim sucedia em um primeiro momento, na Antiguidade greco-romana, e mesmo na Idade Média, sendo, pois, considerada uma arte, até porque nesse contexto histórico não havia a Ciência, tal qual se entende hodiernamente, isto é, como saber estanque, dotado de rigidez metodológica.

Avançando, no Século XIX, com o advento da Modernidade, a função do deus é substituída pela Ciência. O cientificismo ganha destacada dimensão, erigindo-se à estatura de “detentor da verdade”, pois se no passado a verdade residia em Deus, na Idade Moderna passa a repousar na Ciência. Logo, todo saber que possuía pretensões de seriedade, deveria aos ditames científicos se amoldar. O Direito não ficou alheio a essa realidade<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> Advirta-se, contudo, que não se trata o Direito propriamente dito, de Ciência, sendo meramente norma indutora de conduta, uma forma de manifestação de poder, ou seja, realidade que expressa as injunções do poder vigente. Poder, a seu turno, não se restringe apenas a poder estatal, mas a toda e qualquer forma de imposição de vontade, baseada na força. Não se quer fazer crer, entretanto, que o Direito é fruto tão-somente desta ficção de cunho totalitário que se cognomina Estado, dada sua artificialidade ideológica, mas é, sim, regulamentação, que se impõe com legítima força obrigatória decorrente

Até por isso, ressaí clara a grande empreitada levada a cabo no âmbito da Teoria do Direito pelos juristas dos Séculos XIX e XX, de tentar fazer do Direito Ciência, com destaque para Hans Kelsen. Essa ideia cientificista dos saberes desembocará do desenvolvimento das técnicas interpretativas. Com isso, a Hermenêutica, que era na Antiguidade considerada uma arte, converte-se, no início da Modernidade, no Século XIX, em **técnica** de desvelar os sentidos que os textos possuíam. Observe-se, entretanto, que a ideia permanece a mesma: o texto possui um sentido verdadeiro, e o hermeneuta o extrai.

No âmbito do Direito há uma situação peculiar: os juristas do Século XIX e início do Século XX entendiam, com base em Montesquieu, que os textos jurídicos são praticamente auto-explicativos: a função do juiz, como “boca-da-lei”, era simplesmente reproduzir aquele sentido que estava já “mais do que evidente” no texto, sentido este que era um só. Coube a Hans Kelsen romper com essa ilusão, dada a plurissignificação dos textos; o que o magistrado faz é, diante do caso concreto, extrair o sentido que ele entende mais adequado, evidenciando fortes traços de realismo jurídico nesse aspecto. Kelsen confere significativo aporte qualitativo em relação a seus pares nesse aspecto: o sentido da norma não é, enfim, unívoco.

Os críticos do mestre de Viena asseveram que este haveria se equivocado, pois que toda a sua empreitada científica não aponta qual o método que o jurista deve utilizar para se extrair esse sentido verdadeiro dentro de um horizonte normativo repleto de interpretações possíveis. Essa postura de kelseniana se deve ao fato de naquele momento de sua doutrina estar impregnada de realismo. Escolhe-se o sentido adequado conforme sua consciência porque possui poder institucional para tanto. Aqui há nítido aspecto decisionista, donde ressaí a identificação entre decisão judicial e legislação quanto ao modo de “criar” o Direito. A única diferença se radicaria no fato de a legislação ser *erga omnes*, ao passo que o provimento jurisdicional seria *inter partes*.

Mas como se verificaria esse processo de “criar” o Direito? Há nesse particular situação contraditória, pois entre dizer que o sentido da norma está “dentro do texto”, tocando ao hermeneuta extraí-lo, e que o juiz efetivamente “cria” o Direito quando decide, há hiato de grande

---

igualmente dos arranjos sociais. Disso resulta seu caráter não-científico, sendo científica – essa sim – a sua análise a partir de critérios analíticos verdadeiramente científicos. Em outras palavras, o que é científico é o método de análise, e não o Direito em si.

dimensão. Isso pelo fato que se o magistrado “cria”, não extraiu significado algum “de dentro da norma”.

Entretanto, é necessário se faça justiça a Kelsen, pois ele efetivamente protagonizou “salto” qualitativo ante seus pares, ao intuir que o sentido da norma é plurissignificativo, entretanto, permanecendo conservador ao asseverar que todos os sentidos encontravam-se predeterminados no interior do enunciado jurídico. Mas muitos só “leem” Kelsen até este ponto, não se atentando ao fato que o próprio mestre de Viena reviu sua doutrina.

Admirador que era do Direito Internacional, observou que decisões das cortes, por vezes, eram absolutamente inovadoras em relação a tudo o que já se havia decidido antes. Percebeu então que a própria “moldura da norma” que encerrava várias interpretações possíveis podia se “romper”, dando lugar a sentidos outros, até então inimagináveis. Referido autor, assim, avança no sentido pragmático.

No “Círculo de Viena”, ladeado por figuras de vulto, como Rudolf Carnap, Ludwig Wittgenstein e Bertrand Russell, todos filósofos da linguagem, partilhava da seguinte tese: para que dado campo do saber se revista de cientificidade, há que ser dotado de linguagem científica, pois que tudo se resumiria à linguagem. Um postulado apenas será científico caso linguisticamente faça sentido; sendo do ponto de vista linguístico um disparate, despedido estará do caráter científico.

Nesse diapasão, toda ciência necessita construir seu objeto de conhecimento a partir da construção de uma linguagem que o descreva; logrando êxito nesse desiderato, será ciência. Além do mais, essa linguagem há que ser rigorosa, o que se aproxima de linguagem própria de ciências naturais, como a Matemática, que somente é ciência pelo fato de seus códigos de linguagem (os números) “não mentirem”.

Conseguindo-se formular linguagem tão rigorosa quanto a da Matemática, então tem-se “ciência”. O pioneiro na formulação desse postulado foi Ludwig Wittgenstein, para quem qualquer questão de filosofia somente faria sentido caso linguisticamente estivesse bem formulada, pois com isso seria possível atribuir-se resposta à problemática proposta. Em outras palavras, em sendo possível construir linguagem capaz de descrever com exatidão seu objeto de estudo, “faço ciência”. Com essa “descoberta”, julgou haver resolvido todos os problemas da Filosofia, desde a Antiguidade até à contemporaneidade.

Contudo, o próprio Wittgenstein, ao se reavaliar, escreve obra intitulada *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas*<sup>293</sup>, na qual exterioriza a percepção que tal intento afigura-se de impossível alcance, vez que o signo linguístico (a palavra) varia conforme a situação de uso, e isso “foge do controle” do pretense objetivo de a linguagem predeterminar com exatidão o sentido de uma palavra. Nesse seguimento, até mesmo a Matemática teria imprecisões.

Tal se dá porque o sentido da linguagem é definido *a posteriori*, com base no contexto do uso, e com isso Wittgenstein inaugura a dimensão pragmática na filosofia da linguagem. Toda essa divagação a respeito dessa parte da doutrina de Wittgenstein serve para o propósito de se “fazer justiça a Kelsen”, pois quando este “rompe a moldura normativa”, avança pragmaticamente, ao inferir ser impossível predefinir sentido nas normas: nem um nem mais de um. Simplesmente não há como! Pode ocorrer de uma interpretação subsequente em determinado caso construir um sentido que “não estava lá”. Mas como o intérprete faz isso? O contexto do caso, a soma das circunstâncias o leva a esse resultado. Eis a dimensão pragmática do Direito, e a revisão da postura kelseniana.

Aqui há ponto cujo entendimento afigura-se como essencial, sob pena de todo o porvir restar comprometido: na Teoria do Direito não se há de confundir o enunciado com a norma jurídica. Esse passa a ser o terceiro grande momento experimentado pela Hermenêutica – já se a viu como arte, como técnica –, a saber sua perspectiva enquanto filosofia.

### 3.4.1.2 A Hermenêutica enquanto filosofia

O terceiro “salto qualitativo” que a Hermenêutica experimentou foi protagonizado por Hans-Georg Gadamer, ao conceber desta não mais como arte ou como técnica, mas como filosofia<sup>294</sup>. Desta feita, a

---

<sup>293</sup> Nesse sentido, ver WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas**. Tradução M.S. Lourenço. 4. ed. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008.

<sup>294</sup> Para uma compreensão em amplitude maior da hermenêutica gadameriana, recomenda-se a leitura de GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 11. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer (nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini). Petrópolis: Vozes, 2011. Também recomenda-se GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**. 6. ed. Tradução Enio Paulo Giachini

Hermenêutica assume contornos teóricos sensivelmente mais densos, com o conseqüente aumento de sua importância. A amplitude conferida por Gadamer, mais que “salto qualitativo” foi verdadeira “revolução copernicana” sobre o que até então se entendia pelo fenômeno interpretativo.

Antes de Gadamer, interpretar significava extrair o sentido verdadeiro do texto. Esse sentido poderia ser oculto ou auto-evidente. Kelsen, como se viu, avançou nesse sentido, ao asseverar que não era um sentido, mas vários, todavia, ainda inseridos no interior da “moldura normativa”. Esse o “primeiro” Kelsen, semântico, dado o vínculo do signo linguístico com a sua materialização. Esse posicionamento foi revisto por ele logo em seguida (o “segundo” Kelsen). Mas por mais que Kelsen tenha reformulado sua doutrina quanto a este aspecto hermenêutico, foi com Gadamer que se verificou a robustez da densidade interpretativa do ponto de vista pragmático (vínculo do signo linguístico à situação de uso), pois que o mesmo intuiu serem ilusórias as percepções até então atribuídas ao fenômeno interpretativo, ao demonstrar que a perspectiva tradicional da interpretação põe como contrapartes o intérprete e o texto (o sujeito se depara com o texto que intenta interpretar). Ou seja, é perspectiva representacional, da qual se “extrai a verdade”, oculta ou não, a partir de uma técnica (método).

Gadamer a esta postura se insurge, sob a alegativa que essa forma tradicional de interpretação seria metafísica (uma ilusão metafísica), pois não haveria sentido oculto no texto, nem mesmo auto-evidente: não existiria sentido predeterminado em texto algum. O que ocorre é que quando o intérprete se depara com o texto, o sujeito está inserido em seu próprio horizonte histórico, ao passo que o texto se insere no contexto no qual foi engendrado. Dessa forma, quando o intérprete se debruça sobre o texto, somente nesse comentário é que acontecerá a “fusão de horizontes”: o horizonte, isto é, o contexto histórico de tempo e espaço do intérprete e do texto, cada um com sua respectiva tradição – que são distintos – se fundem, e somente desta fusão é que se obterá um dado novo, que jamais esteve “dentro do texto”.

Interpretar, pois, envolve nitidamente aspecto criativo, dada a criação *a posteriori* do sentido, em razão da impossibilidade apriorística de atribuição de significados. O sentido é conferido pelo intérprete, por meio de efetiva construção: traz-se dado novo, que não estava, portanto, no texto, nem mesmo de maneira implícita. Assim, houve a sensível

ampliação da dimensão em relação ao que até então se entendia como interpretação.

Advirta-se, contudo, que “criar” não significa “contorcionismo” jurídico, isto é, invencionismos. Há aspecto criativo na interpretação, mas com isso não se autoriza a utilização de arbitrariedades, fruto de voluntarismos, pois que o intérprete não pode fazer uso único e exclusivo de sua consciência, com o previsível – e indesejável – rompimento da estrutura de base do enunciado normativo. Há que se harmonizar a estabilidade – trazida pelo enunciado normativo, em prestígio ao horizonte no qual a norma foi feita – com a indeclinável necessidade adaptadora (atualizadora) ao contexto histórico do intérprete (fusão de horizontes), ou seja, a compatibilização entre estabilidade e movimento.

O grande problema que se descortina a partir dessa constatação gadameriana é qual método deve ser desenvolvido para que esta construção de sentidos não seja arbitrária, pura invenção. Porque se se converter em pura invenção, alijado se estará da interpretação, com o perigoso acercamento do criacionismo voluntarista.

A visão pragmática gadameriana, segundo a qual o sentido dos termos se define pelo seu conjunto, isto é, pelo contexto (a “fusão de horizontes” do intérprete com o texto), daí ser contingencial, importa na asserção que não se pode predefinir sentido algum: este é construído sempre em momento posterior.

A implicação desta constatação no Direito, em especial na Teoria do Direito, é que a norma jurídica é sempre produto da interpretação do enunciado (texto), logo, em momento posterior, jamais de antemão. Reitere-se, pois, não ser possível identificar o enunciado com a norma propriamente dita. São realidades distintas. A norma jurídica como produto da interpretação do enunciado pode “dizer” muito além do que ali se encontra escrito no enunciado.

Não se sabe de antemão qual é a norma jurídica do enunciado do *caput* do artigo 5º da CRFB/88<sup>295</sup>. Somente saber-se-á quando da interpretação do enunciado. Exemplificando. Suponha-se a situação de turista estrangeiro no território brasileiro quanto ao enunciado do artigo supracitado, no que se refere à segurança. Esta é deferida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Isso importa a interpretação que o

---

<sup>295</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...

estrangeiro turista não terá garantido esse direito fundamental? Pode-se vilipendí-lo, cometer qualquer tipo de violência contra sua pessoa, e ainda assim restará tudo normal? Evidente que não.

Caso este indivíduo sofra alguma agressão a qualquer dos direitos previstos no *caput* do art. 5º da CRFB/88 – não apenas a segurança – o intérprete poderia “criar” a norma no sentido aqui proposto simplesmente dizendo “neste caso, onde se lê brasileiro e estrangeiro residente no País, entenda-se ‘pessoa humana’, por exemplo. Dessa maneira, estabelece-se dado novo ao caso, sem que importe em ruptura da estrutura de base do enunciado. Não se trata, pois, de voluntarismo, ativismo judicial, pois que congruente com o texto constitucional. Atribui-se sentido que não figurava no enunciado do artigo que não é fruto do puro arbítrio: é perspectiva que se afina ao enunciado.

Mas essa liberdade interpretativa traz acoplada a si grande responsabilidade – para se evitar solipsismos –, a saber, o discernimento que a lei foi feita para regular situações específicas, e que seu autor estava inserido em seu contexto histórico; o intérprete, por sua vez, está noutra. Então, não é questão de tentar saber o móbil do legislador: o que urge é promover o diálogo do texto (elaborado em contexto diferente) com o contexto atual do intérprete, ante as novas exigências sociais, nas quais a intenção do legislador é totalmente despicienda. Eis aí a “fusão de horizontes.”

Veja-se o exemplo da Constituição dos EUA, de 1787. Quando diante de caso que reclama resposta do Direito, o intérprete irá se indagar “o que Thomas Jefferson” pensaria sobre isso?” Irrazoável a postura. O que interessa é saber o que aquele texto, de fins do Século XVIII, “dirá” hoje! Esta construção de sentido passa por fusão de horizontes na qual a dimensão existencial (ou subjetiva) do autor do diploma legislativo não interessa tanto<sup>296</sup>: o que é relevante é o que

---

<sup>296</sup> Nesse sentido, com o propósito de garantir a isenção acadêmica do trabalho, é forçoso reconhecer que essa visão é questionável, em especial nos EUA, ante as posturas interpretativista e não-interpretativista. Aquela se identifica com posicionamentos mais conservadores (a “direita” norte-americana, típica do Partido Republicano), segundo os quais a Constituição deveria ser interpretada levando em consideração os valores inspiradores dos legisladores constituintes originários de 1787, pois do contrário estariam subvertidas as próprias bases sobre as quais se assenta aquela nação. O referencial não-interpretativista, por sua vez, identifica-se com posturas mais liberais (não o liberalismo clássico, que, aliás, se refere à postura conservadora), vale dizer, intervencionistas, em nome da justiça social (típico da “esquerda” norte-americana, institucionalmente representada pelo Partido Democrata), no qual não seria

aquele texto “diz” no momento em que é demandado (realidade adaptativa).

Essa forma de entender a interpretação é bastante utilizada na Literatura e nas artes plásticas. Não à toa há o brocardo “a obra fala por si”. A assertiva se justifica porque a partir do instante em que o autor cria a obra, esta já “não mais lhe pertence”, pois adquiriu sentido próprio, e um outro indivíduo, crítico de arte, por exemplo, pode ter impressão (interpretação) da obra criada pelo artista até muito mais adequada que este: a obra possui autonomia!

O mesmo sucede com a lei. Quem a cria é o legislador, mas a partir do instante em que se confere publicidade, quando se torna de domínio público, a lei não mais pertence ao seu criador: abre-se às inferências subjetivas, sendo posta à prova pela dialética, resultando daí aspecto criativo, inovador, que o legislador sequer pode haver imaginado. Opera entre legislador e lei, portanto, a mesma relação que a mãe tem para com seu filho. Explica-se: a mãe vem a parir o filho, mas não sua vontade, pois a partir do descolamento do ser do ventre materno, adquire o indivíduo autonomia volitiva; quanto ao legislador, vai “parir” a lei, mas não sua “vontade”, sendo esta conhecida apenas *a posteriori*, quando da interpretação.

Esse fenômeno interpretativo é inevitável, porquanto factual. Mas para se impor limites – e esse se constitui no grande desafio das teorias interpretativas – imperativo se faz pavimentar o caminho para que se torne algo coerente. Então, uma vez constatado que a interpretação se verifica em momento ulterior, há que se desenvolver método teórico estabelecedor de congruência interpretativa. No entanto, quais os limites a impor? A busca da resposta a essa indagação deve ser o encargo que o teórico há de assumir para desenvolver método idôneo a alijar da construção desse significado coparticipado a arbitrariedade.

Deve-se evitar a nefasta reaproximação entre juízos morais e juízos de direito, porque são aferíveis de maneira distinta: enquanto aqueles operam internamente, isto é, transitam pelo imponderável, os jurídicos são exteriores, somente passando o Direito a incidir ante a conduta dos indivíduos. Caso o juízo moral venha a determinar a decisão jurídica, abertas estarão as portas para casuísmos ilimitados, fomentando-se, dessa maneira, o ativismo judicial, que o positivismo havia “sepultado”, e que o neoconstitucionalismo “ressuscitou”.

---

lícito impor às gerações futuras os valores de gerações passadas, cada uma sendo livre para viver a seu modo.

Referida reaproximação resulta em desalinhamento entre dimensões que não devem se confundir, sob pena de a integridade do Direito restar comprometida. Nesse sentido, Ferrajoli se insurge contra o principialismo, ao asseverar que constitui “retorno ao jusnaturalismo<sup>297</sup>.” Não que juízos morais não tenham pontos de contato com o Direito, mas essa aproximação deve se verificar – para que a decisão seja jurídica e não moral – de maneira inspiradora, em fase pré-direito positivo, ou seja, em sua elaboração. Os limites e vínculos de ordem moral devem se dar ainda na fase legislativa.

Caso contrário, ficando a interpretação do Direito sob a influência das percepções morais individuais, não se necessita de dados empíricos para prever as consequências perigosas que advirão, inaugurando verdadeiro estado de exceção, pois cada intérprete possui “visão” distinta sobre o que constituiria esses critérios de justiça que são, em última análise.

É necessário compreender, assim, que para além das inclinações pessoais há o bom senso, compreendido este como denominador comum a partir do qual se pode estabelecer a inteligibilidade social – não confundir com o “senso comum teórico dos juristas”, já advertido por Warat<sup>298</sup>. A comunicação, convenha-se, possui certo limite, a saber, um consenso sobre certas questões que, caso alguém venha a discordar, o insurgente está de má-fé. Esse “acordo” é necessário para que não se repose em relativismo propiciador de casuísmo ilimitado: esse elemento de contenção, pois, faz-se essencial.

Dessa maneira, há limite no processo linguístico, no qual aquilo estranho ao “consenso” aludido é, de plano, expurgado. Por exemplo: se o indivíduo fala “ontem cheirei a cor amarela”, ninguém lhe creditará seriedade, pois totalmente desapegado da estrutura de base da própria linguagem e da racionalidade. Há, assim, limite no qual é possível se comunicar. Todavia, entre esse limite – que não raro é evidente – e outras situações que são mais obscuras, instaura-se a polêmica sobre até que ponto pode avançar a interpretação sem que constitua inovação jurídica indevida, dado o natural caráter alográfico do Direito. Ocorre grande dificuldade de ordem teórica e prática no estabelecimento das balizas limitadoras da subjetividade, pois nem mesmo esses limites são científicos, mas retóricos, frutos das variadas teorias argumentativas existentes.

---

<sup>297</sup> Ibid., p. 23-31.

<sup>298</sup> Nesse sentido, vide Ibid., 1995.

Explicitada a necessidade da imposição de limites à atividade interpretativa, dado seu caráter inovador do fenômeno jurídico, pois que o enunciado apenas passa a “dizer” algo quando interpretado, ressaindo daí a norma jurídica, na qual as inclinações do hermeneuta invariavelmente se farão presentes, em maior ou menor grau, é prudente apresentar, ainda que a título ilustrativo, teorias interpretativas clássicas (“Tópica”, de Theodor Viehweg; “Nova Retórica”, de Chaïm Perelman; “Método Toulmin”, de Stephen Toulmin) para, ao final, esboçar-se a perspectiva hermenêutico-econômica, oriunda da síntese comparativa das doutrinas de Posner e Dworkin.

### 3.4.1.3 Teorias Argumentativas Clássicas

As três teorias que se apresentarão possuem como substrato comum o fato de serem, consoante Atienza, *tentativa de dar conta da argumentação a partir de um modelo que não é o da lógica dedutiva*<sup>299</sup>. São elas: a perspectiva tópica, de Theodor Viehweg; a Nova Retórica, de Chaïm Perelman; e a lógica informal, de Stephen Toulmin, nesta ordem.

Consoante Atienza:

O que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos<sup>300</sup>.

No início dos anos 1950, Theodor Viehweg publica a obra *Tópica e Jurisprudência*, com o propósito de retomar o estudo da tópica no Direito. Tópica deriva de *topos*, do grego, significando esquemas de pensamento, formas de argumentação, baseando-se na retórica. O Método Tópico, sob a batuta do *stare decisis* (sistema de precedentes judiciais), traz que um enunciado que descreve dado caso transforma-se em norma jurídica, para a conseqüente aplicação a casos futuros que com este guardem estreitas razões de semelhança.

Para tanto, há um *iter* a ser seguido: inicialmente, há que se identificar os pontos de contato existentes entre os casos; em seguida, extrai-se a norma de Direito subentendida no primeiro caso; por fim, referida norma jurídica é aplicada ao segundo caso. Refere-se, pois,

---

<sup>299</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 93.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 45.

nitidamente, a método que protagoniza, no âmbito de interpretação do Direito, o raciocínio por meio de exemplos, entretanto, com traços que, a depender da situação de uso, potencialmente seriam havidos por incorretos.

A despeito dessa metodologia haver logrado grande êxito em Países de *Common Law*, notadamente nos EUA, por basear-se no sistema de precedentes, traz dois efeitos aparentemente excludentes entre si, um positivo, e o outro, negativo: o impedimento do cometimento de injustiça e, *contrario sensu*, a possível perpetuação da injustiça, respectivamente. Essa aparente contradição se deve ao fato de que, por um lado, caso a decisão inicial que servirá de parâmetro para casos semelhantes futuros for eivada por alguma mácula, v.g., arbitrariedade, essa injustiça se perpetuará; a seu turno, caso a decisão judicial inicial seja justa, por mais que possa haver a sanha por parte de um magistrado ao julgar caso posterior semelhante, a decisão irá encontrar-se limitada pela justiça encerrada no primeiro caso.

Disso decorre o método apenas ser recomendável se a decisão inicial for justa, pois assim gerar-se-ia verdadeiro “círculo virtuoso”. Todavia, não pode o social tolerar essa contingência, sob pena de submeter-se a grande insegurança jurídica, pois deveria esperar que os julgadores fossem pessoas virtuosas, e nem sempre efetivamente o são. Independentemente dos pendores do juiz exige-se resposta conforme o Direito, ainda que minimamente adequada aos padrões de justiça social.

O método de Chaïm Perelman, intitulado Nova Retórica, refere-se a teoria argumentativa que busca a justificação adequada para aquilatação axiológica, evidenciando, para tanto, a deficiência da pura observação e da dedução lógica, pois que se assim fosse, pavimentado estaria o caminho para decisionismos. A teoria consiste na escolha, pelo discursante, das premissas do raciocínio jurídico que, portanto, são construídas, não sendo, pois, realidade “dada” de antemão.

Como o propósito maior da argumentação reside na conquista ou robustecimento da concordância do auditório (plateia a qual se deseja exercer alguma ingerência), é imperioso que o orador, ao elencar as premissas, as compartilhe com sua plateia, adequando seu discurso à situação de uso, consoante os influxos axiológicos, legados pelo contexto histórico de quem se busca persuadir sem, todavia, incorrer em chicana.

Dessa maneira, elenca-se princípio que goze de ampla aceitação pelo auditório, e atribui-se ao elemento normativo sentido condizente

com a ideologia que se intenta defender. Dessa forma, tem-se que a teoria é, em última análise, consoante Soares:

A discussão racional acerca de valores mais ou menos aceitos no processo de argumentação jurídica, que constitui o objeto do conhecimento sobre a justiça, pois o Direito justo é indissociável dos influxos histórico-culturais de espaço e tempo<sup>301</sup>.

Disso resulta ser a justiça relativa, dada a inexistência de uma única resposta adequada em Direito pois, moldando-se este à situação de uso, não encontra sentido estanque, impossível de ser determinado previamente, mas nascendo no bojo específico de cada cultura, e cambiando no tempo e no espaço. O que os juristas devem fazer é harmonizar o instrumental teórico-jurídico com os ideais de justiça e a ratificação dos procedimentos interpretativos. Deve-se, pois, ao motivar a decisão, obrigatoriamente pautada por critérios de razoabilidade, rechaçar o “senso comum teórico dos juristas<sup>302</sup>”, ou seja, a rasa percepção manifesta, assim como, no outro extremo, repelir o decisionismos, eivado pela mácula da arbitrariedade.

A última teoria argumentativa clássica que se analisa é o cognominado “Método Toulmin”, ou a “lógica informal” de Toulmin. Stephen Toulmin desenvolve método argumentativo segundo o qual a lógica diz respeito à forma através da qual os indivíduos pensam e argumentam, não possibilitando, entretanto, solver muitas questões argumentativas, sugerindo que a única área que encontraria total aderência aos preceitos da lógica seria a Matemática.

Traz o autor que desde a Antiguidade, remontando a Aristóteles, a lógica vem sendo encarada como algo desvinculado de aplicações práticas<sup>303</sup>. Insurge-se contra isso, com ênfase em lógica mais apegada às situações de uso, alijando-se da perspectiva de uma lógica puramente teórica. Para tanto, opta pelo paradigma da jurisprudência, e não da Matemática, e sentença:

A lógica (podemos dizer) é jurisprudência generalizada. Os argumentos podem ser comparados a litígios jurídicos e as pretensões que fazemos e a favor das quais argumentamos em

---

<sup>301</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

<sup>302</sup> Nesse sentido, veja-se *Ibid.*, 1995.

<sup>303</sup> Nesse sentido, veja-se TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

contextos extrajurídicos, a pretensões feitas diante dos tribunais; ao passo que os casos que apresentamos ao tornar bom cada tipo de pretensão podem ser comparados entre si. Uma tarefa fundamental da jurisprudência é caracterizar o essencial do processo jurídico: os procedimentos pelos quais se propõem, se questionam e se determinam as pretensões jurídicas, e as categorias em cujos termos se faz isso. Nossa investigação é paralela: tentaremos, de modo semelhante, caracterizar o que se pode chamar de “o processo racional”<sup>304</sup>.

Nesse contexto, um argumento apenas se reputa como válido quando, posto à prova pelo crivo da crítica racional informal e por estrutura lógico-formal, a estas “sobrevive”. Assim, a consistência do argumento não se vincula apenas à maneira como as premissas são formuladas e a conclusão é extraída – pois se assim fosse, abrir-se-ia a possibilidade para argumentos formalmente bem estruturados, no entanto falaciosos, vez que a premissa menor e a conclusão poderiam ser adequadas, mas a maior, falsa – ou seja, apenas a aspectos extrínsecos, mas são, sim, verdadeiramente substanciais, pois que “filtrados” ante paradigmas cambiantes de espaço e tempo.

Destaca Atienza:

O modelo oferecido por Toulmin não pretende servir apenas para o campo do Direito (como Viehweg) e nem mesmo para aquele do que costuma chamar de “razão prática” (como Perelman), mas também para o da argumentação em geral. Por outro lado, diferentemente do que ocorre com a tópica, aqui, já estamos diante de uma verdadeira teoria da argumentação, dotada de um notável aparato analítico e que oferece pelo menos um guia para o exercício prático da argumentação. E, ao contrário da nova retórica de Perelman, o que mais preocupou Toulmin não foi tanto a análise da estrutura de cada um dos tipos ou técnicas argumentativas, e sim a dos argumentos em geral, tendo ele mostrado, além

---

<sup>304</sup> Ibid., p. 7.

disso, o caráter – por assim dizer – dialógico da argumentação<sup>305</sup>.

Há, pois, primazia da substância sobre a forma, desempenhando a crítica informal verdadeiro protagonismo, evidenciando o caráter dialético da argumentação, pois o argumento apenas será válido se subsistir ao crivo da razão informal, influenciada que é por valores de dado contexto, sendo mesmo a teoria de Toulmin uma espécie de relação humana, assim como consonante como a estruturação lógico-formal. Entretanto, em que pese esta teoria ser mais consistente do ponto de vista teóricas que as duas antes analisadas, não significa ser perfeita, pois apenas será servível se resistir a uma dúplici análise: social (informal) e estrutural (lógico-formal).

### **3.4.2 Respostas corretas às problemáticas jurídicas: ilusão ou factibilidade?**

Mais uma vez está-se diante de embate doutrinário entre Richard Posner e Ronald Dworkin. Desta feita, sob o prisma hermenêutico, com a preocupação específica de se solver a seguinte problemática: afinal, há ou não respostas corretas em casos juridicamente complexos, aos quais se convencionou denominar *hard cases*? Excepcionando-se a “regra geral”, agora Dworkin posiciona-se, consoante suas próprias palavras, na fileira da “visão impopular<sup>306</sup>”, segundo a qual há, sim, resposta correta até mesmo para os *hard cases*, a qual se opõe Posner.

Dworkin intenta demonstrar que, *a contrario sensu*, os casos sem respostas adequadas seriam em número muito mais escasso do que se imagina. Para tanto, questiona o entendimento segundo o qual uma dada assertiva havida por legítima em Direito importa necessariamente na negação da que lhe é imediatamente oposta. A isso cognomina “tese da bivalência<sup>307</sup>”, em verdadeiro juízo de exclusão recíproca entre as proposições. Exemplificando. Caso os magistrados entendam ser uma proposição jurídica de responsabilidade civil dotada de validade, possuem a obrigação de impor a dado indivíduo arcar com a indenização correspondente; todavia, caso julguem não ser a proposição dotada de validade, teriam o dever de não impor a obrigação de indenizar com esteio na responsabilidade civil. Ou seja, “ou é, ou não é”, no qual a

---

<sup>305</sup> Ibid., p. 109.

<sup>306</sup> Nesse sentido ver Id., 2005, p.175.

<sup>307</sup> Nesse sentido ver Id., 2005, p.176.

assunção de um juízo de validade importa na exclusão de outro em sentido antagônico.

Assim, assevera que todos os casos teriam resposta correta, a despeito da dificuldade de encontrá-la, em razão de sua potencial incerteza e controvérsia. Contudo, esses fatores não estariam aptos a fazerem pressupor os intérpretes inexistir a resposta certa: apenas a busca seria mais tortuosa. Com isso, crê explicitar a incongruência da defesa do inexistir resposta correta para as questões jurídicas.

No afã de comprovar seu posicionamento, procede à divisão da tese da bivalência em duas versões, tentando caracterizar a descomunal ambiguidade entre ambas, que chegaria a tal ponto que negariam reciprocamente o que se propuseram a defender, pela simples expensa de seus próprios fundamentos, pelo menos no que se refere às assertivas jurídicas mais relevantes.

A primeira versão padeceria por partir do pressuposto que sempre uma das duas assertivas (válido ou não válido) seria verdadeira, necessariamente importando na negação da outra, não conseguindo a possibilidade de nenhuma delas ser verdadeira, isto é, tanto que seja falsa a assertiva segundo a qual a obrigação de indenizar, por exemplo, seria válida, quanto também seria falsa a que trouxesse a invalidade de referida obrigação. Dworkin procede ao seguinte exemplo, para ilustrar seu posicionamento:

Nessa primeira versão da tese, a pergunta “O contrato de Tom é válido ou inválido?” é tão equivocada quanto a pergunta “Tom é jovem ou velho?”. A segunda pergunta pode não ter nenhuma resposta correta porque ignora uma terceira possibilidade, que é a de Tom ser um homem de meia-idade. Segundo a primeira versão, a pergunta jurídica ignora também uma terceira possibilidade, que é a de que uma troca de promessas pode não constituir nem um contrato válido, de modo que os juízes tenham o dever de impor a troca, nem um contrato inválido, de modo que os juízes tenham o dever de não o impor, mas alguma outra coisa<sup>308</sup>.

Ignora a primeira versão da tesa, dessa forma, possibilidade intermediária, inserida entre os juízos de validade e invalidade. A isso Dworkin atribui o nome de “incoatividade<sup>309</sup>”.

---

<sup>308</sup> Id., 2005, p.177-178.

<sup>309</sup> Id., 2005, p.178.

A seu turno, a segunda versão da tese da bivalência, rechaça a necessária validade de uma das proposições. Nesse sentido:

Por essa segunda versão da tese, a pergunta “O contrato de Tom é válido ou não é válido?” é como a pergunta “Tom é de meia-idade ou não?”. Pode não haver nenhuma resposta certa para a segunda questão se Tom tiver uma idade que se encontre na fronteira entre a juventude e a meia-idade, não porque reconhecemos categorias de idade distintas tanto da meia-idade como da não meia-idade, mas porque, no limite, é um erro dizer que alguém é ou não é de meia-idade<sup>310</sup>.

O conseqüente lógico dessa segunda versão seria a arbitrariedade judicial em razão judicial em razão da inexistência de comando legal, devendo o magistrado agir ao sabor de seu senso de justiça para solucionar o caso; na primeira versão a discricionariedade já decorreria de comando expresso na lei.

Tem-se na primeira versão a ignorância da discricionariedade do juiz, que pode não se vincular a nenhuma das assertivas de validade e invalidade trazidas de antemão, mas assumir postura intermediária, v.g., em ação de indenização por danos morais, autor pleiteia o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e o demandado, por sua vez, embora reconheça a obrigação de indenizar, insurge-se ao *quantum*: oferece R\$ 3.000,00 (três mil reais). O que seria válido? Proposição do autor (R\$ 10.000,00) ou do demandado (R\$ 3.000,00)? Consoante a primeira versão, como não há espaço entre os dois juízos, o magistrado teria que decidir entre um ou outro, resultando disso o efeito da validade de um pedido como negação do outro. Todavia, nada impede a assunção, por parte do julgador, de hipótese intermediária, ao atribuir, suponha-se, indenização de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Seria, pois, equivocado, sistema jurídico que se pautasse por essa versão da tese da bivalência, pelo fato de basear-se em teoria semântica da linguagem pela qual se exprimem as normas de Direito, expressando os direitos e deveres nas quais a afirmação da primeira proposição implica na exclusão da segunda. A função a ser desempenhada pelos conceitos jurídicos seria a de supressão estrutural das assertivas de direitos e deveres, ao que se insurgem os partidários da primeira versão, pois que para estes a função dos conceitos não seria a de supressão, mas sim da imposição. Dworkin, a seu turno, ressalta que apenas seria

---

<sup>310</sup> Id., 2005, p.178.

“vencido” se seus partidários provassem isso, e não apenas pressupusessem<sup>311</sup>.

Dworkin ainda analisa argumento levantado a favor da primeira versão da tese, ao qual chamou “argumento do realismo”:

Ele pode dizer que minha análise da função dos conceitos dispositivos deve estar errada porque, se estiver certa, a prática jurídica seria grosseiramente irrealista no seguinte sentido: se examinamos as condições efetivas que a lei prevê para afirmar a verdade dos contratos, percebemos que, na verdade, às vezes não há nenhuma resposta certa para a questão de se esses requisitos são satisfeitos em um caso particular. Como não pode haver nenhuma resposta certa para a questão de se um acordo é sacrílego ou não, por exemplo, não pode haver nenhuma resposta correta para a questão de se o contrato de Tom é válido ou inválido, quer os juristas pensem que há uma resposta correta, quer não<sup>312</sup>.

Contra isso Dworkin se insurge, pois, caso verdade fosse, o nível de imprecisão nos conceitos jurídicos seria tal que, por si só, constituiria motivo suficiente para a reformulação do ponto de vista semântico da linguagem jurídica – no qual se apoia a primeira versão –, em razão da grande instabilidade que traria, vez que quase nunca os juristas saberiam como agir. Esse argumento – o argumento do realismo – sequer constituiria aporte autônomo à primeira versão da tese da bivalência, mas, antes, pressuporia a verificação da segunda versão, de modo que, caso inconsistente esta, rechaçado estará o argumento do realismo; se válida, este despido estará de “interesse filosófico independente<sup>313</sup>”.

Já a segunda versão se apoia sobre três argumentos: o da imprecisão, o do positivismo e o da controvérsia. O primeiro argumento (imprecisão) parte do pressuposto que a vagueza da linguagem pela qual se expressa o fenômeno jurídico impossibilita verificar o caráter de verdade ou de falsidade das assertivas jurídicas. A adesão a esse argumento decorre, segundo Dworkin, da *incapacidade de distinguir entre o fato e as consequências da imprecisão na linguagem jurídica*

---

<sup>311</sup> Id., 2005, p.186.

<sup>312</sup> Id., 2005, p.187.

<sup>313</sup> Id., 2005, p.188.

*consagrada*<sup>314</sup>, pois faz coincidir vocábulo impreciso que o legislador utilizou com vocábulo plurissignificativo.

No entanto, refuga em seguir desenvolvendo esse contra-argumento, pois o essencial para o erro da imprecisão seria a ignorância da liberdade hermenêutica do julgador para atribuir significado específico para termo impreciso em cada caso e, logo, não haveria apenas impacto indeterminado da lei sobre o Direito, por mais que os legisladores não houvessem previsto tais hipóteses.

Disso decorreria a imprecisão vocabular não importar em indeterminação das assertivas jurídicas a ponto de se declarar não haver resposta correta a determinado caso, embora Dworkin reconheça não ser possível “eliminar a indeterminação<sup>315</sup>”, pois entre os dois extremos da validade e da não validade das proposições, há meio-termo (o qual não será nem verdadeiro nem falso), e entre este e uma das extremidades pode também haver grupo de intérpretes que não possuem certeza se o proposto é verdadeiro nem certeza se é falso.

Entretanto, assevera não haver óbice para a construção de teoria legislativa apta a sanar a atribuição de sentido quando a legislação contiver vocábulos imprecisos, embora igualmente reconheça inexistir tal teoria. E apela para a adoção de critérios psicológicos em abono à sua tese:

A imprecisão do termo “sacrílego” e a imprecisão inerente a qualquer explicação que os legisladores possam ter dado de seu próprio estado de espírito ou os membros do público a respeito de suas atitudes, são fatos que devemos levar em conta. Não significam que nossa pergunta não tem nenhuma resposta certa.<sup>316</sup>

E segue enfatizando que o real problema não é a imprecisão dotar o Direito da falta de respostas corretas; estas existiriam. O grande problema que se afigura consiste nas técnicas hermenêuticas a serem utilizadas para a adequada significação do termo impreciso, e que não encontram consenso razoável entre os juristas. Esse o argumento da imprecisão.

Avançando, Dworkin alude ainda a segundo argumento que viria ao socorro da segunda versão da teoria de nenhuma resposta correta: o argumento do positivismo, pelo qual este explicaria estrutura oculta que

---

<sup>314</sup> Id., 2005, p.189.

<sup>315</sup> Id., 2005, p.190.

<sup>316</sup> Id., 2005, p.193.

tanto pode se afigurar como verdade que nem seja certo supor que as assertivas seriam válidas nem que não seriam válidas. Extrai de todas as formas de positivismo<sup>317</sup> existentes uma constante, a saber, a necessidade da volição humana para que a lei exista. Sob essa batuta, o positivismo sustentaria a tese da segunda versão, à medida em que a proposição jurídica encontra fundamento de validade na autoridade da qual emanou. Em outras palavras, a proposição somente será válida caso seu substrato institucional também o for.

Entretanto, para Dworkin, o fato de o positivismo possuir larga aceitação, por si só, não faz com que a segunda versão esteja correta, não sem uma prova autônoma que abone o posicionamento positivista.

O terceiro – e último – argumento aludido por Dworkin idôneo, em tese, a justificar a segunda versão seria o argumento da controvérsia, através do qual não raro as assertivas jurídicas são questionadas a tal ponto que qualquer dos dois polos de uma ação judicial não encontra meios suficientes para repelir por completo o posicionamento oposto; parte-se da premissa que às assertivas jurídicas naturalmente controversas não se pode aferir a verdade ou a falsidade. Segundo o próprio Dworkin:

Tratarei agora o que penso ter sido o argumento mais influente a favor da segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, embora esse argumento nem sempre tenha sido reconhecido ou claramente exposto no pensamento daqueles que influenciou<sup>318</sup>.

Parte da tese de “demonstrabilidade”, para a qual se algo não pode ser determinado caso após exauridos os fatos *in concreto*, então não haveria resposta adequada. Ao final, Dworkin acerca-se da perspectiva retórica do Direito, quando traz que a divergência entre juristas sobre a resposta correta em Direito não seria caso de inexistência de resposta correta, mas seria o caso de saber qual dos argumentos seria o “melhor<sup>319</sup>”. Essa a perspectiva dworkiniana acerca do fenômeno hermenêutico.

---

<sup>317</sup> Para a plena compreensão do positivismo jurídico e suas facetas, através da exploração das dimensões formal e material, recomenda-se a leitura de FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**. Tradução Alexandre Araújo de Souza; et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-48.

<sup>318</sup> Id., 2005, p. 204.

<sup>319</sup> Nesse sentido ver DWORKIN, R., Op. Cit., p. 215.

Richard Posner, por sua vez, em sua obra *Problemas de Filosofia do Direito*<sup>320</sup>, na ocasião assumindo postura melhor recepcionada pelos juristas, entende inexistirem respostas corretas em Direito, especialmente nos *hard cases*, contestando Dworkin, e lembrando que este próprio se reviu<sup>321</sup>, ao retirar os aspectos transcendentais do texto, em que pese a tese da resposta correta haver sido mantida na doutrina dworkiniana.

Dessa forma, o pensamento de Dworkin não se sustentaria pelo fato de estribar-se na hipotética – e talvez inalcançável – situação que seria exigível esperar o tempo que fosse para a “descoberta” da resposta correta. Olvida-se Dworkin que, diferentemente dos fatos históricos ou da Literatura, o Direito nem sempre se coaduna com a certeza em termos absolutos, ante a falibilidade humana para descobrir, de já, a “real” resposta certa, pois os juristas devem pôr fim aos problemas no momento – ou em período razoável<sup>322</sup> – em que se apresentam, não sendo prudente esperar-se *ad eternum* pela “real” resposta correta.

Isso não significa que o Direito deva ser indiferente à verdade real, mas que esta *compete com outros objetivos*<sup>323</sup>, fazendo com que a certeza, sob o prisma probatório, seja de muito difícil consecução. Para tanto, exemplifica o tribunal do júri nos EUA, que continua a decidir casos cíveis, complexos, em condições de incerteza, dada a forma como a situação é passada para os componentes desta instituição, por vezes desconexa ou incompleta. No tribunal do júri em causa penal isso adquire contornos bem mais dramáticos, pois ante a insuficiência probatória, um culpado real poderia ser declarado inocente. Será essa a resposta correta? Não se pode crer em tal absurdo.

Analisando as formas de aferição da certeza, Posner procede à distinção entre a certeza formal e a material (ou substantiva)<sup>324</sup>. Aquela é delegativa: o juiz, no tribunal do júri, não se responsabiliza pelos erros deste, isto é, pode-se chegar à decisão que em nada se amolde à verdade fática, dada a exiguidade do lastro probatório. A material, por sua vez, é a “verdade real”. Nessa esteira, Posner destaca que:

---

<sup>320</sup> Id., 2007a, p. 263-293.

<sup>321</sup> Nesse sentido ver POSNER, R. Op. Cit., p. 264.

<sup>322</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso LXXVIII do artigo 5º consagra expressamente essa orientação: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

<sup>323</sup> Nesse sentido ver POSNER, R. Op. Cit., p. 275.

<sup>324</sup> Nesse sentido ver Id., 2007a, p. 292.

Ninguém sabe quem está certo nesse debate. Esta é uma constatação estarrecedora quando pensamos que tal debate já vem se prolongando há pelo menos meio século. As questões factuais são certamente difíceis, e os juízes não podem esperar que elas se resolvam antes de tomarem suas decisões. O que há de notável é a pouca urgência que os profissionais do direito parecem sentir no que diz respeito à solução dessas questões. Advogados e juízes são em geral conscienciosos sobre os fatos de disputas particulares, mas em sua maior parte mostram-se desinteressados em investigar – ou em estimular o universo acadêmico a investigar – os fatos sociais dos quais depende a integridade da doutrina jurídica. Dão-se por satisfeitos com suas intuições e seus antecedentes. Não há prova mais surpreendente da ausência, no direito, da atitude científica<sup>325</sup>.

Essa a perspectiva posneriana acerca do fenômeno hermenêutico: a impossibilidade da resposta correta em casos difíceis, e que tende a permanecer dessa forma em razão do desinteresse científico em resolver esta problemática.

Passada a análise hermenêutica dos dois pensadores centrais, posiciona-se o pesquisador pelo acerto da tese de nenhuma resposta correta, pelo menos em alguns casos, pelo fato de não ser o Direito em si uma ciência, pois que este não lida com verdades. O Direito, em especial o legislado, baseia-se na vontade de uma ficção de vocação totalitária a que se convencionou chamar “Estado”, pois, afinal, o que há de científico em determinada leis que, por exemplo, criam novo feriado, aumentam vencimentos de parlamentares, ou até mesmo quando se propõem a fins nobres? Nada. Assim, Direito é força, força que se faz impor “legitimamente” pela retórica. O que não significa que se possa estudá-lo cientificamente. Isto sim é factível.

Explica-se. O Direito não se baseia em premissas do jaez “dar-te-ei o argumento certo”; baseia-se, isto sim, em “dar-te-ei o argumento convincente”. Direito, portanto, é retórica. Entretanto, há retórica de boa e de má qualidade, e o discurso retórico, que é discurso de persuasão, não se há de confundir com discurso falacioso, chicaneiro; não se trata de engodo. Simplesmente não se trata de ciência. Remontando a Aristóteles, quando o mesmo trata de estudos apodícticos e estudos

---

<sup>325</sup> Id., 2007a, p. 293.

retóricos, tem-se que aqueles referem-se às ciências (notadamente as naturais, *v.g.*, a Física), pois que lidam com asserções, como a lei da gravidade, da ação e reação etc. O Direito, a seu turno, lida com opiniões, e estas, para se revestirem de legitimidade, necessitam ser convincentes.

Assim, o problema do Direito não é “a decisão com a qual não se concorda”, mas a decisão mal formulada. O pleiteante em dada ação judicial pode até não concordar com a decisão que denega direitos, mas se esta decisão for bem formulada, o autor, salvo hipótese de mero inconformismo ou recalcitrância, a aceitará. A sentença judicial, pois, se propõe a duas funções primordiais: pôr fim a conflitos de interesses (em casos de jurisdição contenciosa, por óbvio) e persuadir as partes e a sociedade em geral sobre o acerto de seu provimento. O que não se pode aceitar é resposta mal formulada (contraditória, pobre, rasa, irracional).

Eis a razão de não se poder conceber respostas certas para os casos, especialmente os *hard cases*, vez que das situações de uso e da fusão de horizontes do legislador e do intérprete é que ressaíam as respostas adequadas, *a posteriori*, em nítida atividade inovadora.

A cautela que se deve adotar é para não se deixar robustecer a subjetividade, vez que não se há de confundir o enunciado (texto escrito) com a norma, que é o produto da interpretação do enunciado, em claro ato de construção posterior; necessita-se, pois, fixar com exatidão a extensão dessa criação, para que não seja arbitrária. Nesse sentido, traz-se a síntese hermenêutica oriunda de Posner e Dworkin.

### **3.4.3 A perspectiva hermenêutica jurídico-econômica a partir da síntese doutrinária extraída de Richard Posner e Ronald Dworkin**

Avizinhando-se do término a investigação, urge verificar a factibilidade da hipótese de trabalho, a saber, a síntese hermenêutica para a *Civil Law* Brasileira a partir de posicionamentos econômico-jurídicos do transcurso doutrinário de Richard Posner, cujo refinamento foi possibilitado pelo crivo crítico de Dworkin, quando a *LaE*, em especial a partir da década de 1990 desponta no Brasil como método hermenêutico balizador da criação e aplicação de normas jurídicas, tornando o Direito consequencialista e, logo, menos suscetível de voluntarismos políticos ou jurídicos, dada a previsibilidade mínima nos processos de tomada de decisão, decorrendo disso a garantia da isonomia e da segurança jurídica, sem prejuízo da inarredável atualização do Direito.

Para tanto, é imperioso destacar enfaticamente as contribuições dos dois pensadores centrais da investigação (Richard Posner e Ronald Dworkin), pois apenas após o cotejo dessas doutrinas antagônicas torna-se possível alcançar a síntese hermenêutica aludida. A contribuição de Posner – entenda-se dialeticamente como a “tese” – radica-se essencialmente no fato de, através do fornecimento de critério de justiça objetivo, isto é, a eficiência, possibilitar uma melhor utilização dos escassos recursos disponíveis, reduzindo o ativismo judicial, assim como inibindo a construção política da lei, ao adotar como limite um critério técnico.

Perceba-se que a eficiência não mais se reveste dos traços de protagonismo caracterizadores do início da doutrina posneriana, nos anos 1970, quando se intentou fazer com que esta conferisse o fundamento ético do Direito; ao revés, desde a década de 1990, passou a ser concebida como apenas mais um dos elementos a serem observados nos processos decisórios, inclusive legando às classes marginalizadas de instrumental analítico-interpretativo no qual o uso da racionalidade lógico-formal atua na persecução do equilíbrio econômico (trazendo como consequência a justiça social) e da adequada distribuição de renda por intermédio das funções legislativa e judiciária.

A efetiva contribuição posneriana não haveria sido possível sem as incisivas críticas de Ronald Dworkin, em especial as referentes à imoralidade da eficiência. A contribuição maior de Dworkin para o Direito, nesse particular, reside no aporte à teoria econômica do elemento ético de maneira mais evidente – não que a *LaE* não contenha critério de justiça, mas Dworkin o põe em maior evidência –, conjugando a racionalidade legada pelo instrumental microeconômico com a humanização exigida pela justiça social, o que vem bem ao encontro da proposta inclusora do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), de Gonçalves e Stelzer, pois, ao buscar o equilíbrio econômico e a razoável distribuição dos recursos escassos, inexoravelmente se atinge a ética e a justiça, pilares da doutrina dworkiniana.

Ademais, apenas após o crivo crítico de Dworkin é que Posner altera seu paradigma doutrinário, no início dos anos 1990, para um pragmatismo levemente permeado pelo eficientismo, e não mais conferindo a esse a desmedida importância de outrora. Destarte, a síntese hermenêutica decorrente da “tese” posneriana (*LaE*) quando posta à prova pela “antítese” de Dworkin (imoralidade, injustiça da eficiência), ressaí da conjugação harmoniosa dos elementos moral e

eficiência. Advirta-se, entretanto, como se deve conceber a harmonização dessas duas realidades.

É inviável pensar em justiça no Direito decorrente apenas da consciência do intérprete, pois que cada indivíduo encontra-se influenciado por valores nem sempre condizentes com a justiça social. Não se quer fazer crer, com isso, que haja padronização objetiva de tal monta que abarque as complexas exigências das sociedades multifragmentadas, cuja justiça, a despeito de se verificar *a posteriori*, compreenda-se, nas situações de uso, exige mínimo consenso, sob pena de casuísmo ilimitado.

Por isso mesmo, é necessário – e possível – lograr ponto comum que sirva de limite sobre valores razoáveis, havidos por essenciais para o atingimento e manutenção do bem-estar social. Nesse diapasão, a síntese hermenêutica Dworkin-Posner afigura-se como essencial, na qual o elemento dworkiniano (moral, ética, justiça) deve se fazer presente já em fase pré-Direito Positivo, ou seja, informar já o momento de feitura da lei, dotando de limites e vínculos a atividade político-legislativa, reduzindo potenciais voluntarismos (pois se o critério de justiça ficar a cargo exclusivo do intérprete, “abrem-se as portas” para a instauração de arbitrariedades); já o critério técnico legado por Posner deve figurar em fase pré e pós-Direito Positivo, no instante de aplicação da lei ao caso concreto que, inspirado pelas diretrizes de justiça prévias de Dworkin, conduz à tomada de decisão eficiente e justa.

Assim, por mais que não se consiga extinguir os ativismos, ao menos se estabelecem marcos diretivos que, caso transgredidos, ensejam a correção necessária de maneira garantida. Essa conjugação doutrinária – de soslaio havida por impossível – implica em análise que supera, assim, a mera aplicação do Direito, fazendo com que essa metodologia informe até a feitura deste, focando, inclusive, em seus potenciais efeitos (daí o consequencialismo ao Direito legado), pois simplesmente hipertrofiar o julgador, deixando ao seu bel-prazer o “fazer a justiça”, atenuando possíveis injustiças, pode fomentar posturas ativistas. Atua a conjugação, pois, desde o nascedouro da lei, assim como em seu processo de aperfeiçoamento e aplicação, ao que vem ao encontro das premissas da AED, em geral, e da *LaE* em particular.

O movimento da AED, nesse contexto se notabiliza por constituir-se em método de pesquisa a respeito do comportamento humano, dotando-o de relativa previsibilidade, por intermédio de ferramental analítico, a saber, o metodologia microeconômica, e como

corolário lógico fornecer condições possibilitadoras de decisões mais adequadas à situação de uso.

Para exemplificar, exteriorizando a aplicação da AED a situações nas quais o apelo econômico é considerável, pugna o Movimento pela escolha da decisão eficiente, pautando-se por critério técnico, conjugando racionalidade e proteção a direitos não pecuniários – ao contrário da pecha que se intenta atribuir à doutrina jurídico-econômica –, ou seja, o elemento riqueza resta relativizado, não sendo, pois, decisivo no processo decisório, tem-se o caso da “vaquejada”.

Em outubro de 2016 o pleno do Supremo Tribunal Federal inclinou-se pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983, da lavra do Procurador-Geral da República em desfavor da Lei Estadual (Ceará) nº 15.299/2013, regulamentadora da vaquejada (tradição cultural do Nordeste brasileiro pela qual um boi é solto em uma pista e dois vaqueiros montados a cavalo tentam derrubá-lo pela cauda) como prática cultural, além de desportiva, no âmbito do referido Estado da federação. Por uma maioria de 6 x 5, os ministros, na esteira do ministro Marco Aurélio, que funcionou como relator, entenderam existir “crueldade intrínseca” contra os animais na vaquejada.

As deliberações tiveram seu início ainda em agosto de 2015, oportunidade na qual o relator, votando pela procedência da ação, asseverou que a tutela ambiental, que goza de envergadura constitucional, consoante preceitua o art. 225 da Carta Magna brasileira de 1988, naquele caso específico, possui primazia sobre os valores culturais de referida atividade desportiva, em razão de ser a violência contra os animais (bois e cavalos) um desdobramento natural da vaquejada, de forma que por mais zelosa que fosse a legislação regulamentadora, ainda assim não haveria como acabar ou nem mesmo reduzir a níveis toleráveis – se é que se pode falar em tolerância aqui – os maus tratos.

Contribuiu decisivamente para o posicionamento do relator os pareceres técnicos no bojo do processo, que explicitaram de maneira cabal os maus tratos aos animais, como potencial arrancamento de rabo, fraturas nas patas, rompimento de ligamentos e vasos, dentre outros. Ademais, consoante os laudos, não são apenas os bois que sofreriam estas lesões, mas também em menores proporções, os cavalos.

Dessa forma, a despeito de o Governo do Estado do Ceará e a associação representativa da vaquejada afirmarem que esta é componente cultural nordestino, além de ser atividade econômica de vulto, fazendo circular apenas no Ceará cerca de R\$ 14 milhões por ano

(nacionalmente estima-se o vultoso montante de R\$ 600 milhões anuais<sup>326</sup>), os ministros do Pretório Excelso, pela maioria já mencionada, asseveraram entendimento segundo o qual a prática acarreta necessariamente maus tratos aos animais, afrontando o mandamento constitucional do direito a um meio ambiente equilibrado para esta e futuras gerações – especificamente pela preservação da fauna –, pugnando pela revogação da referida lei estadual.

Atente-se para o fato que por mais que a legislação seja estadual, a sentença servirá de parâmetro nacionalmente, impondo aos organizadores reprimenda por ilícito ambiental de maus tratos aos animais. Por óbvio que se de outro Estado da federação for proferida lei regulamentando a vaquejada, muito provavelmente ações semelhantes serão impetradas junto à Corte Constitucional brasileira com o fito de revogá-las.

Esse caso, à guisa meramente ilustrativa, e não como fundamento do posicionamento do autor, mostra com bastante nitidez que nem sempre o elemento econômico será determinante para a tomada de decisão quando duas ou mais interpretações se mostrarem abstratamente adequadas para o deslinde da questão. Isso pelo fato de em razão da impossibilidade de uma única resposta havida por correta em Direito, dada a natural contingência caracterizadora deste, há que se ter em conta que várias respostas “adequadas” podem ser ministradas. A grande tensão que persiste é identificar, em um horizonte repleto de interpretações possíveis, qual seria a perspectiva “mais adequada” em um caso específico. Todavia, isso não significa privilegiar todas as impressões/sentidos atribuídas à lei, vez que isso constituiria casuísmo ilimitado, com a consequente pavimentação do caminho para a insegurança jurídica.

Trata-se aqui, portanto, de tentar indagar dos limites e vínculos da atividade jurisdicional, sem que importe em cerceamento da liberdade interpretativa, que decorre normalmente da atividade judicante. Referidas balizas são fornecidas pela metodologia hermenêutica analítica da Teoria Microeconômica, pois que se adota a decisão eficiente para o caso concreto: a preservação do meio ambiente a despeito das vultosas somas pecuniárias suprimidas com o cerceamento da vaquejada, demonstrando mais uma vez a influência da AED para a compreensão da *Civil Law* brasileira, totalmente desvinculada de qualquer caráter utilitarista.

A AED atua, ainda como verdadeiro mecanismo de redução de complexidade social, idôneo a facilitar a compreensão do

---

<sup>326</sup> Dados da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA. Disponível em: <<http://www.abvaq.com.br/telas/4>>. Acesso em 05 jun. 2017.

comportamento humano. Assim é pelo fato de a doutrina da AED potencialmente ser útil na elaboração de uma teoria geral jurídica da decisão, em razão do meio-termo entre a legalidade estrita e o voluntarismo, caracterizador-mor de arbitrariedades judiciais, também conhecido por ativismo judicial, cuja consciência, e por vezes os humores do julgador acaba por ser o único critério de “decisão”, mas que, em realidade, é verdadeira escolha, de cunho estritamente pessoal, relegando a lei a um segundo plano, dada a possibilidade de se direcionar a interpretação desta aos caminhos que se desejar, simplesmente pelo fato de a linguagem através da qual se expressa ser, em maior ou menor grau, dotada de vagueza, de abstração.

Essa contribuição da AED materializa seu recorte epistemológico enquanto ferramenta analítica que fornece ao jurista meios de balizar o proceder do magistrado, sem que isso implique diminuição interpretativa deste: o que se diminui é seu grau de arbitrariedade, por meio da atribuição de limites e vínculos, extremamente saudáveis à efetivação da democracia, vez que desvela a natureza do comportamento humano, naturalmente parcial, atentando para as consequências das decisões.

Dessa forma, o esboço de nova perspectiva, possuindo como base a doutrina do movimento da AED, reside no fato que estabelecidos os marcos de uma teoria do comportamento humano, vale dizer, a previsibilidade comportamental, como proposta para o desenvolvimento de estudos futuros, a título de subsídio para futuro doutoramento, ajuda a compreender o agente, com a tentativa de antecipar-lhe razoavelmente as ações diante das pressões impostas, notadamente pela resposta à estrutura de incentivos, possuindo por base o homem médio, mas sempre conjugando a racionalidade com a humanização, de nítida inspiração dworkiniana.

## CONCLUSÃO

Inicialmente explicou-se o tema proposto, consistente no movimento Análise Econômica do Direito – AED – assim como a teoria posneriana da *Law and Economics* – *LaE* –, desdobramento do movimento em questão, a partir dos diferentes enfoques experimentados pela AED ao longo de quase seis décadas – 1960 à segunda década do Século XXI –, e pela *LaE* com ênfase nos câmbios paradigmáticos desta desde a década de 1970, época do protagonismo da eficiência a informar o Direito, passando pelo início dos anos 1990, quando da adoção de um pragmatismo com matizes de efficientismo, até o consequencialismo dos presentes dias (final da segunda década do Século XXI), contextualizando e fornecendo visão holística ao leitor, fornecendo a este, pois, subsídios para compreender todo o porvir.

No que se referiu às Escolas, foram analisadas a acepção Tradicional (ou Institucional), no crepúsculo da década de 1950 e aurora dos anos 1960, cujos precursores foram Ronald Coase, Guido Calabresi, e posteriormente o próprio Posner, tanto que a análise da doutrina deste foi feita juntamente com essa Escola, dado o desenvolvimento de perspectiva original, por parte deste último, de teoria decorrente da AED, a saber, a *Law and Economics*, desde o extremismo da maximização da riqueza (ou eficiência), o que lhe rendeu a pecha de utilitarista, embora Posner sempre tenha se insurgido a essa crítica, pois, em verdade, o autor não se afinava à doutrina de Jeremy Bentham, e por diversas vezes tenha explicitado isso de maneira pungente; essa tentativa de vincular Posner ao utilitarismo benthamiano se deve ao fato de a Teoria Microeconômica, base doutrinária de Posner ser, em essência, utilitarista, até sua “conversão” ao pragmatismo, quando então a posição de hipertrofia da eficiência restou seriamente comprometida, em razão do reconhecimento da insuficiência da eficiência de, por si só, conferir o fundamento de validade do Direito, sendo apenas mais um, dentre diversos outros elementos a serem levados em consideração no processo decisor. Em seguida, foram analisadas outras perspectivas clássicas da AED, isto é, a Escola Neoinstitucional, a Escola dos Direitos de Propriedade (*Property Rights*), e a Escola da Escolha Pública (*Public Choice*).

No Capítulo segundo discutiu-se de forma mais direta o problema da investigação, isto é, as razões da divergência doutrinária entre Posner e Dworkin, extraindo as principais críticas deste àquele, com a conseguinte contra-argumentação, bem como outras posturas de

resistência a Posner (Estudos da Crítica Jurídica, Mitchell Polinsky e Heloísa Borges Bastos Esteves), na mesma linha dworkiniana, sempre com a devida réplica. Para esse desiderato, considerou-se em que consiste a teoria moral dworkiniana, com o propósito de compreender o(s) motivos da dicotomia. Essa discussão obedeceu ao seguinte iter: a exposição e crítica das reflexões oriundas da teoria moral de Dworkin, tomando por base sua obra *Justiça para Ouriços*, vez que esta traz a síntese do pensamento moral de Dworkin. Aqui verificou-se que Dworkin crê ser una a noção de bem, como uma decorrência da validade objetiva dos valores a informar o indivíduo, como se houvesse autonomia do ser pelo fato de caso este pautar-se por valores que acredita firmemente, estaria certo. A inconsistência teórica de Dworkin quanto a este particular radica-se na sua aproximação a uma moral de cunho religioso, pois que os “dogmas” seriam de impossível refutação.

Tal análise da teoria dworkiniana houve-se por imprescindível para que se pudesse compreender as razões das críticas imputadas à *LaE*, pois que verdadeira antítese que pôs a doutrina posneriana à prova. Somente assim poder-se-ia, com maior acerto a repulsa de Dworkin ao caráter axiológico da maximização da riqueza, assim como à irrazoabilidade da eficiência, no âmbito da AED. Após, procedeu-se à extração da essência das críticas dworkiniana à *LaE*, assim como outras posturas de resistência, e as conseqüências contra-argumentações posnerianas.

Por fim, no Capítulo terceiro, propôs-se o pesquisador verificar a incidência da hipótese inicial do trabalho, ou seja, a extração de constante hermenêutica dessas doutrinas centrais antagônicas para a *Civil Law* Brasileira, a partir dos posicionamentos econômico-jurídicos do transcurso doutrinário de Posner, sujeitos ao crivo crítico de Dworkin, quando então a *LaE* evoluiu, mormente, no Brasil, a partir dos anos 1990, como método hermenêutico para a criação e aplicação de normas. Isso tornou o Direito consequencialista, e menos suscetível de voluntarismos políticos e jurídicos, pela adoção de critério técnico, a saber a eficiência, muito embora esta despida do caráter de protagonismo inicial, pela conversão posneriana ao pragmatismo, quando ficou evidenciado que estas, ao contrário do que possa parecer, não são excludentes, mas, ao revés, exigem-se dinamicamente, condicionando-se de maneira recíproca, pois a metodologia econômica a informar o Direito necessita da moral oriunda da postura dworkiniana, e esta, por sua vez, necessita dos paradigmas objetivos daquela, idôneos a reduzir ativismos e construções políticas do Direito.

Para possibilitar essa concepção de exigência recíproca entre Direito e Economia, procedeu-se a considerações entre esses dois ramos do saber, e suas consequentes imbricações, notadamente a importância de ordem metodológica da *LaE*, além das razões que autorizam a fundamentação do Direito à luz das premissas de dita teoria, e os fundamentos jurídico-normativos existentes no Direito Brasileiro para a utilização da eficiência. Até como corolário disso, foi trazido o crescimento que o discurso econômico experimentou no Brasil a partir do início dos anos 1990.

Foram ainda analisadas as consequências do potencial subsídio fornecido pela *LaE* para a elaboração de uma teoria do comportamento humano, a saber, a hermenêutica jurídico-econômica. Para isso, foram feitas considerações sobre em que consiste a Hermenêutica Jurídica, analisando, ainda que brevemente, seu transcurso histórico, desde sua concepção como arte, depois como técnica, e mais adiante enquanto filosofia. Analisou-se ainda teorias argumentativas clássicas, cujo propósito é balizar a atividade interpretativa para que esta não seja fruto apenas da voluntariedade humana para, ao fim, cotejar as perspectivas hermenêuticas de Posner e Dworkin, e a controvérsia sobre a existência ou não de respostas certas para o Direito, e dessas posturas extrair a síntese hermenêutica para a *Civil Law* Brasileira.

Além do mais, traz-se a proposta para a continuação do desenvolvimento do trabalho, por meio estudos futuros, cuja pretensão é, por meio da metodologia econômica, fixar balizas tendentes a limitar a liberdade interpretativa das normas jurídicas, notadamente dos julgadores, em razão de serem estes os competentes para a atribuição do Direito concretamente, devendo gerar, como consequência lógica, uma diminuição do voluntarismo judicial, sem que isso importe em privilégio ao outro extremo interpretativo, de vinculação literal à norma, primando por uma compatibilização harmônica entre o potencial dinamismo da primeira situação com a estabilidade e previsibilidade mínima que o social reclama, em respeito à segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Diagrama e Texto, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a Revolução**. Brasília: EdUnB, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- \_\_\_\_\_. **O que é a Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- AVELINO, Geraldo Antônio. Os intervalos para descanso na jornada de trabalho. **Revista da Faculdade de Ciências Administrativas de Curvelo**, Curvelo, v. 2, p. 33-52, mar. 2011.
- BATTESINI, Eugênio; NETO, Giácomo Balbonotto; TIMM, Luciano Benetti. O movimento de Direito e Economia no Brasil. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 1, p. 169-217, 1968.
- \_\_\_\_\_. **The Economic Approach to Human Behaviour**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- BELLONI, José Angelo. *Uma Metodologia de Avaliação da Eficiência Produtiva de Universidades Federais Brasileiras*. 2000. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção). 246 f. – Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- BENTHAM, Jeremy. **A Fragment of Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Cambridge: Ross Harrison, 1988.
- BOULDING, Kenneth E. **The Economy of Love and Fear**. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1973.

BRASIL. Lei nº 7.210 (1984). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 1984.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 abr. 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 264.989 (Informativo 567), da Segunda Câmara Criminal do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 19 de agosto de 2015.

BUCHANAN, James. **Toward Analysis of Closed Behavioral Systems**. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **Yale Law School Faculty Scholarship**, New Haven, v. 70, n. 4, p. 499-553, jan. 1961.

\_\_\_\_\_. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin”. CALABRESI, Guido. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 553-589, mar. 1980.

CERVANTES, Miguel de. **Dom Quixote de La Mancha**. Vol. I. São Paulo: Martin Claret, 2003.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, Chicago, v. 4, p. 364-396, sept. 1937.

\_\_\_\_\_. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

COLEMAN, Jules L. Efficiency, Utility and Wealth Maximization. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 508-544, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. **Motivation and opportunity: understanding the causes of white-collar crime**. 3. ed. New York: The Free Press, 1995.

COMMONS, John R. **Economics of Collective Action**. London: Macmillan, 1950.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em 10 mar. 2017.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 28 fev. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

COSSIO, Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DAL RI Jr., Arno. **O Estado e seus Inimigos: A Repressão Política na História do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEMSETZ, Harold. The Cost of Transacting. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 82, p. 1-42, aug. 1968.

\_\_\_\_\_. **Ownership and the Externality Problem**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

DONAGAN, Alan. **Is There a Credible Form of Utilitarianism?** Boston: Mercuro, 1968.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, p. 191-226, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. *Economia e Direito: Um Diálogo Possível*. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

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

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**. Tradução Alexandre Araújo de Souza; et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FURUBOTN, Eirik G.; RICHTER, Rudolf. **The New Institutional Economics: A Collection of Articles from the Journal of Institutional and Theoretical Economics**. Texas: A & M University Press, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 11. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer (nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini). Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. 6. ed. Tradução Enio Paulo Giachini (revisão da tradução por Márcia Sá Cavalcante-Schuback). Petrópolis: Vozes, 2011.

GICO Jr., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.

GILMORE, Grant. The Ages of American Law. **The Ages of American Law**. New Haven: Yale University Press, 1977.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A Teoria de Posner e sua Aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988*. 1997. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GONÇALVES, Éverton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GULLAR, Ferreira. **Dentro da Noite Veloz**. 3. ed. São Paulo: José Olympio, 1998.

HEINEN, Luana Renostro. *Performatividade: O Direito Transformado em Dispositivo pela Análise Econômica do Direito*. 2016. Tese (Doutorado em Direito). 360 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 245.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, London, v. 49, n. 195, p. 696-712, mar. 1939.

JAMES, William. **A Vontade de Crer**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in Economics. **The Economic Journal**, London, v. 49, n. 195, p. 549-552, mar. 1939.

KELMAN, Mark. **A Guide to Critical Legal Studies**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

\_\_\_\_\_. **La Idea de Derecho Natural y Otros Ensayos**. Buenos Aires: Lozada, 1946.

KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 2, p. 1685-1771, jan. 1976.

KREPS, David M. **A Course in Microeconomic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Jurídico Atlas, 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano**. Campinas: Psy II, 1995.

\_\_\_\_\_. **De máquinas e seres vivos: Autopoiese, a Organização do Vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **CIDADÃO**, Brasília, 10 out. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia->

saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>. Acesso em 22 dez. 2016.

MUELLER, Denis C. **Public Choice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

NETO, Orlando Celso da Silva. É possível a Análise Econômica do Direito do Consumidor? **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS**, Aracaju, SE, p. 372-400, jun. 2015, p. 392.

NORTH, Douglas C. Institutional Change and Economic History. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Tübingen, v. 145, n. 2, p. 238-245, feb. 1989.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIGOU, Arthur C. **The Economics of Welfare**. London: Macmillan, 1920.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret: 2003.

POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

POLINSKY, Mitchell. Economic Analysis as Potentially Defective Product: a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 87, n. 8, pp. 1.655-1.681, jun. 1974.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1973.

\_\_\_\_\_. **El Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

\_\_\_\_\_. "Tribute to Ronald Dworkin", 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9 (2007)b.

\_\_\_\_\_. The Law and Economics Movement. **American Economic Review**, Chicago, v. 6, n. 3, p. 1-13, may 1987.

\_\_\_\_\_. Wealth Maximization Revisited, 2 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 85 (1985-1987).

\_\_\_\_\_. The Ethical and Political Basis of the Efficiency. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 8, n. 3, p. 590-526, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. Some Uses and Abuses of Economic in Law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 46, n. 2, p. 221-249, may 1979.

\_\_\_\_\_. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 8, n. 1, p. 103-127, jan. 1977.

ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROMANO, Santi **O Ordenamento Jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008.

ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. Boston: Mercurio, 1989.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual. Vol. VIII**. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.

SIDGWICK, Henry. **Os Métodos da Ética**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STELZER, Joana. **União Europeia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

STELZER, Joana (Org); CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

STEPHEN, Frank. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU conclui nova versão do FiscSaúde. **IMPRENSA**, Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-conclui-nova-versao-do-fiscsaude.htm>>. Acesso em 22 dez. 2016.

TUSHNET, Mark. In: **Invitation to First Conference on Critical Legal Studies**. Madison (informação verbal), 1977.

VELOSO, Caetano. **Sampa**. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/caetano-veloso/41670/>. Acesso em 11 mar. 2017.

VOEGELIN, Eric. **A nova ciência da política**. Brasília: EdUnB, 1979.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Vol. 1. Tradução Johannes Winckelmann. 5. ed. Brasília: EdUnb, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas**. Tradução M.S. Lourenço. 4. ed. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008.