

A Análise Econômica do Direito e sua crítica

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves**

Profa. Dra. Joana Stelzer*

Resumo

Especialmente, a partir dos anos noventa, o discurso jurídico brasileiro tem reconhecido os diversos enfoques da Análise Econômica do Direito (LaE), segundo possibilidade multi-interdisciplinar e, inclusive, tem-se defendido a eficiente tomada de decisão judicial-normativa. Em que pese a utilidade de tal discurso, apresenta-se, neste artigo, as possíveis críticas a partir dos Estudos da Crítica Jurídica (EJC), de Dworkin, Habermas e Rawls em análise epistemológica sobre o assunto. Defende-se a apropriada aplicação dos discursos próprios da LaE condenando os extremismos e pugnando-se por metodologia progressiva e inclusora para a solução de lides que envolvam as organizações e os cidadãos, desde que observado o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) e o Mínimo Ético Legal (MEL). Assim, o objetivo não é a desconstrução epistemológica de rico manancial teórico, mas destacar que seu uso pode ser nefasto pela falta de conhecimento sobre o tema ou pela ingerência inadequada da Teoria Econômica. Defende-se a LaE para a criação e aplicação de normas jurídicas inclusoras, eficientes e atentas ao contexto social progressista. Quanto à metodologia, a abordagem do problema de pesquisa é qualitativa, com prioridade para a análise do objeto central de estudo e as questões transversais de ordem econômica. Quanto aos fins, tem-se uma investigação descritiva, e em relação aos procedimentos técnicos, adotou-se a posição dos pensadores citados nas referências bibliográficas, com foco na análise normativa. Utiliza-se de pesquisa epistemológica, segundo o método de abordagem crítico dedutivo. Os resultados são expostos em forma de texto.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito, Direito e Economia, Epistemologia, Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), Mínimo Ético Legal (MEL).

** Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS; Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS; Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/SC; Doutor em Direito, na área de Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/MG; Doctor en Derecho, área de Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires – UBA/ Bs. As. – Argentina; Professor de Análise Econômica do Direito e de Direito Econômico na UFSC/SC; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento – CEJEGD do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC/SC; Professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/SC.

* Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Departamento de Administração do Centro Sócio Econômico da (CAD/CSE/UFSC). Sub-Coordenadora do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD). Coordenadora de Tutoria do Curso de Administração Pública do Programa Nacional de Administração Pública (PNAP).

La Análisis Económica del Derecho y su crítica

Resumen

Especialmente, a partir de los años noventa, el discurso jurídico brasileño tiene reconocido los diversos enfoques de la Análisis Económica del Derecho (LaE), según posibilidad multi-interdisciplinar y, incluso, tiene-se defendido la eficiente tomada de decisión judicial-normativa. Aunque se verifique la utilidad de este discurso, presenta-se, en este artigo, las posibles críticas a partir de los Estudios de la Crítica Jurídica (EJC), de Dworkin, Habermas y Rawls en análisis epistemológica sobre el tema. Defiende-se la apropiada aplicación de los discursos propios de la LaE condenando-se los extremismos y pugnando-se por metodología progresiva y inclusora para la solución de las lides que envuelvan las organizaciones y los ciudadanos, desde que observado el Principio de la Eficiencia Económico-Social (PEES) y el Mínimo Ético Legal (MEL). Así, el objetivo no é la desconstrucción epistemológica del rico campo teórico, pero destacar que su uso puede ser nefasto por la falta de conocimiento sobre el tema o por la gestión inadecuada de la Teoría Económica. Se defiende la LaE para la creación y aplicación de normas jurídicas inclusivas, eficientes y atentas al contexto social progresista. Cuanto a la metodología, la abordaje del problema de pesquisa es cualitativa, con prioridad para la análisis del objeto central de estudio y las cuestiones transversales de orden económica. Cuanto a los fines, tiene-se una investigación descriptiva, y en relación a los procedimientos técnicos, se adopto la posición de los pensadores citados en las referencias bibliográficas, con el foco en la análisis normativa. Se utiliza de pesquisa epistemológica, según el método de abordaje crítico deductivo. Los resultados son expuestos en la forma de texto.

Palabras-Chave: Análisis Económica del Derecho, Derecho y Economía, Epistemología, Principio de la Eficiencia Económico-Social (PEES), Mínimo Ético Legal (MEL).

Introdução

Chama-se, inicialmente, a atenção para o fato de que, se o discurso jurídico deve buscar a justiça; esta, não pode ser alcançada em ambiente de miséria. Se a eficiência é condenável pela sua inexorável busca do uso ótimo dos escassos recursos, em detrimento da distribuição ou redistribuição social da riqueza; por outro lado, a ineficiência leva à

estagnação produtiva e, conseqüentemente, à injustiça. Não se pode, assim, descuidar dos parâmetros econométricos quando da lide jurídico-normativa.

Em outra perspectiva, utilizar-se da Teoria Econômica para justificar o Direito que leva à espoliação social é desvirtuar o adequado uso do instrumental descritivo e normativo. Tem-se presenciado ações louváveis, inclusive, do Conselho Nacional de Justiça, para quantificar e qualificar interesses judicializados e, mesmo, para implementar a necessária reestruturação institucional do Poder Judiciário. De outra banda, tem-se, também, notado, a apropriação dos discursos econométricos para, invertendo as expectativas racionais, implementarem-se soluções exclusoras em nome da eficiência. Se os números demonstram a ineficiência do Sistema Jurídico e Judicial, não podem, por outro lado, perpetuarem a exclusão dos jurisdicionados em nome de simplistas decisões que levam a, por exemplo, submissão de suas causas a uma *justiça de pobres* ou de *segunda categoria* para esvaziar as prateleiras das Secretarias das Varas Judiciais togadas. No Brasil, sempre é necessário observar o art. 5º da Constituição da República Federal do Brasil que prevê, em seu inciso XXXV que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, complementado pelos incisos LIV e LV, que garantem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e, acrescenta-se, nem mesmo a substituição do veredito judicial por expedientes que, legais, sejam exclusivos da ação do magistrado.

A Ciência Econômica, como instrumental metodológico delimitador e orientador tanto das políticas públicas, quanto da tomada de decisão privada, pode parametrizar o interesse jurídico que, a sua vez, deve ser justo sem descuidar do custo social. A Economia sendo intrinsecamente analítica é passível de aplicação ao ordenamento jurídico na medida em que lhe propicia os elementos necessários para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à resolução dos conflitos e à satisfação das necessidades, sem se olvidar da produção legislativa. A partir da LaE emerge a tentativa de minimizar, no processo decisório e na produção normativa, o julgamento político-volitivo e aleatório de caráter subjetivo. A problematização gira em torno da possibilidade da LaE viabilizar decisões técnico-rationais, embasadas em critérios de maximização de riqueza econômica e, ainda assim, viabilizar estratégias de bem-estar.

Embora existam argumentos consistentes e favoráveis à LaE e mais especificamente à teoria tradicional de Richard Allen Posner, cumpre, também, apresentar destacadas fontes de crítica à LaE. Sob tal escopo, a presente investigação teve por objetivo geral apresentar três teorias que combatem a LaE, especialmente, em seu enfoque posneriano - com destaque para Ronald Dworkin, John Rawls e Juergen Habermas para, ao final, sustentar a combinação de

Direito e Economia no âmbito das propostas do que se defende como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) segundo o Mínimo Ético Legal (MEL). A proposta se insere no âmbito de necessária visão holística, englobando especialmente o Direito e a Ciência Econômica, mas também a Administração, a Sociologia, a Filosofia e outros ramos do conhecimento que, de forma interdisciplinar, contribuem para uma ética de consideração do outro, vale dizer, de alteridade.

A investigação justifica-se enquanto categoria teórica que apresenta possibilidade de interação econômico-jurídica inovadora e socialmente inclusora, além de progressista e capacitada para a realização dos direitos individuais e sociais de forma eficiente. Com isso, permite-se processo decisório com racionalidade e humanização para a norma positivada, sem perder de vista os dilemas da vida, em meio aos complexos contextos da hipermodernidade (LIPOVETSKY, 2004).

Quanto à metodologia, a abordagem do problema de pesquisa foi feita de forma qualitativa, com prioridade para a análise do objeto central de estudo e as questões transversais de ordem econômica. Quanto aos fins e na seara das pesquisas sócio-jurídicas, trata-se de investigação descritiva, em virtude de evidenciar dados e relatar circunstâncias que corroboram com a proposta central debatida. Quanto aos procedimentos técnicos, a investigação percorreu referências bibliográficas, com foco na análise normativa sem descuidar do estudo epistemológico no âmbito da economia. Os dados foram levantados segundo o método de abordagem dedutivo, partindo-se da afirmação central e buscando sua confirmação nas propostas apresentadas. Os dados foram apresentados em forma de textos. Aí, sim, cabe a crítica de Habermas, Rawls e Dworkin.

1 Premissas teóricas da LaE

O Direito, previamente estipulado ou quando manifesto em sentenças, influencia a distribuição da riqueza e a otimização desta. Segundo a maneira tradicional de pensá-lo, sugerem-se direitos e garantias ideais, metajurídicos, escolhidos conforme a ideologia, o sistema econômico-político-social e o espaço-tempo vigente. Ocorre, no entanto, que, segundo *movimento pendular*, tem-se trilhado caminhos extremados que ora levam ao totalitarismo, ora à democracia absoluta e posterior anarquismo; ora ao individual, ora ao social e, assim, sucessivamente. A LaE, embora não deixando de ser discurso técnico-justificador de *senso comum teórico*, como os demais, o faz implementando critério que, uma vez adotado, é universal, ou seja, válido em qualquer situação verificada no espaço-tempo dentro da perspectiva de mercado. Acusar a LaE de ser partidária ou, mesmo, de ser fruto do

imperialismo economicista, não leva a promissor resultado, na medida em que a realidade de mercado posta é suscetível de questionamento, obviamente, relevando-se, também, seus institutos e premissas. Inovador, entretanto, é que a LaE é apresentada como realidade jurídica própria ao sistema econômico de mercado.

Pela LaE, os fenômenos sociais de conflito, então, passam a ser observados segundo sua natureza recíproca em que, ao serem adjudicados direitos a alguém, privam-se a outros e vice-versa. Assim, o critério jurídico-econômico procura a solução que menor dano cause ou, por outra, que maior benefício resulte, desconsiderando a tradicional ética moralista em função da ética utilitarista. O que ocorre, entretanto, é que o Direito, ao estipular garantias e direitos individuais, muitas vezes, o faz de forma ineficiente levando ao descontentamento popular por não se ver, dessa forma, garantida a própria existência; já que, não raras vezes, assim procedendo, leva, referido instituído jurídico, à injustiça. É possível, inclusive, afirmar que o Direito eficiente nem sempre é justo, no sentido equitativo de justiça, porém, a decisão não eficiente, quase sempre, é injusta.

Pretende-se, com a LaE, tão somente, instrumentalizar e redirecionar o Direito para um fim ou critério de decisão analítico-uniforme e universal. Uma das preocupações que, a primeira vista, surge, para o estudioso da LaE, está no fato da sua identificação com o discurso conservador capitalista. Isto não é, totalmente, verdadeiro, pois, há duas formas de se questionar um sistema. Ou se o enfrenta radicalmente ou se o combate dentro de suas próprias premissas. Se o Direito é visto como instituído juntamente com a ideia de Estado-nação para legitimar a prática capitalista-burguesa através da livre contratação e da estipulação da propriedade privada, alicerçando a ascensão e prosperidade das classes, hoje, incluídas e possuidoras em detrimento de outras excluídas e desapropriadas; através da LaE, tem-se instrumento de questionamento dessas arbitrariedades, evitando-se a argumentação político-jurídica em detrimento da técnica calculista.

Sendo a LaE metodologia analítica do Direito ou instrumental revelador da própria natureza econômica deste; está mais do que nunca, presente e necessária, no entendimento do Estado moderno e da prática neoliberal globalizante. Se, em outros tempos, o Direito foi necessário para assegurar direitos de propriedade e possibilitar livre contratação levando à expansão e consolidação do capitalismo, hoje, nos moldes tradicionais, impede o próprio desenvolvimento deste. A política neoliberalizante é ditada pelo capital consolidado e multinacional para qual se tornam inapropriadas as normas que impeçam sua expansão globalizante na conquista de novos mercados. Não se está, entretanto, a fazer apologia da barbárie econômica pois, as leis e o Estado, ainda que mínimos, são necessários,

paralelamente ao *fetichê* do mercado para fins administrativos em condições de concorrência perfeita ou para conter os abusos de mercado e atender os anseios populares.

Os pensadores jurídicos e economistas têm-se debruçado sobre obras clássicas como as de Arthur Cecil Pigou que, já, em 1912, escrevia obra intitulada *Wealth and Welfare* que, levou a um segundo trabalho denominado *The Economics of Welfare*, em 1920, em que desenvolvia sua *Teoria do bem-estar social* revolucionando o pensamento liberal clássico. De fato, em sua obra preconizou a atuação do Estado na economia como forma de compensar os desvios de demanda que levavam ao excesso de oferta. Pigou definiu que, para ser alcançado o máximo bem-estar social, era imprescindível que os custos sociais, em mercado, fossem equivalentes aos benefícios sociais pois, assim, a máxima eficiência - paretiana - seria obtida; ou seja, quando o produto marginal social de cada fator produtivo fosse igual em todos os seus possíveis usos. O autor estabeleceu, dessa forma, distinções entre custos privados e custos sociais, entre produto privado e produto social, por fim, idealizando as *sentenças de mercado*, verificando que, nem sempre, os custos sociais eram iguais aos benefícios. Tal fato ocorre em função de existir diferença entre custos privados de determinada atividade e seus custos sociais conhecida como *deseconomia externa* ou *externalidade*. Pigou exemplificou sua teoria com o exemplo de uma fábrica poluidora que causava prejuízos aos seus vizinhos; exemplo esse, que foi, posteriormente, retomado por Ronald Coase, nos anos sessenta. Na *economia do bem-estar*, o Estado, segundo Pigou, devia intervir para corrigir as deficiências de mercado ou, em outras palavras, para internalizar as externalidades.

A economia clássica do *laissez faire laissez passer* ou da *mão invisível* de Adam Smith já não era possível, pois, cabia, ao Estado, intervir na atividade econômica. Decisivamente, em 1936, surgiu o trabalho do economista inglês John Maynard Keynes intitulado *The General Theory of Employment, Interest and Money*¹ que, fruto de estudos anteriores, principalmente, a partir de 1925, também o levaram a pregar a intervenção do Estado na economia como forma de ser alcançado o reequilíbrio entre oferta e demanda, uma vez que, estava provado, na prática, que aquela não sustentava e nem criava, esta, de forma automática.

A LaE foi tida, inicialmente, como movimento acadêmico que intentou a análise do Direito norte-americano através do discurso econômico, assim como, outras ciências sociais,

¹ John Maynard Keynes, apesar de ser divergente quanto aos argumentos de Pigou, Hayek, Robertson, Hawtrey e outros, considerados ortodoxos, acabou, como defensor da intervenção estatal, uma vez que tentou justificar o desemprego, na economia, através do estudo da demanda e ofertas agregadas. Pelo ângulo da demanda agregada, dizia que a renda era obtida em função do consumo e do investimento e que ambos, por sua vez, eram, também induzidos por esta. O que passa, entretanto, é que, tanto investimento como consumo, ocorrem, no tempo e em função de determinantes tais como: a taxa de juros, a eficiência marginal do capital. Assim, em dado período de tempo, é possível verificar um consumo que cresce menos que proporcionalmente à renda.

também, procuraram esta releitura do fenômeno jurídico como a Filosofia, a Psicanálise e a Antropologia. É de observar-se, no entanto, que mesmo dentro da perspectiva economicista, existem diversidades de análise, segundo tipologia adotada pelos pensadores ou etapas do movimento. Andrés Roemer subdivide a LaE em quatro enfoques básicos, a saber: a. o enfoque tradicional da Escola de Chicago; b. o enfoque neoinstitucional; c. o enfoque chamado de Eleição Pública; e d. os Estudos da Crítica Jurídica (ECJ).²

Utilizar a Teoria Econômica para interpretar ou analisar o Direito significa adotar método dedutivo de prognósticos em função da norma analisada objetivando a produção de determinado comportamento social desejado, em aproximação dedutiva a partir dos pressupostos de comportamento econômico-social. No caso da *Civil Law*, tal como na Teoria Econômica, são dedutíveis, das leis, condutas de comportamento que, no entanto, quando não elaboradas sob o critério de eficiência - inerente à LaE - ou mesmo, quando não aplicadas segundo interpretação eficiente, traduzem insatisfação social ou injustiça moral, segundo Posner (1977, p. 42) na medida em que levam ao desperdício de escassos recursos.

A introdução do pensamento economicista caracterizou a real necessidade de modificação do sistema da *Common Law*. Outrora o realismo jurídico norte-americano tentou ajustar os interesses da legislação intervencionista com a liberdade dos julgadores acostumados à formação da jurisprudência livre característica do sistema consuetudinário de Direito. Em quadro de consenso político, prosperou o consensualismo jurídico até que, já nos anos sessenta, a instabilidade político-social novamente levou ao questionar da práxis jurídica. Objetivou-se, assim, no mínimo, dar à *Common Law* unidade metodológica e universalidade aos seus princípios e julgados a partir do critério de eficiência. Já não havia, então, mais lugar para a arbitrariedade dos julgados e nem para a prática política nos tribunais em função da unicidade de critério que, já, agora, passou a ser o racional e eficiente.

Não desconhecendo as peculiaridades político-institucionais dos Estados Unidos da América (EUA) e nem mesmo deixando de atentar às premissas da *Common Law*; tem-se de relevar as possibilidades do avanço teórico carreado para aquele Direito com a inserção do instrumental racionalista da Ciência Econômica. Não se pode deixar de aceitar a realidade das injunções que cercam os diversos países, e, em especial o Brasil, que estão submetidos a uma

² Para apreciação histórica do movimento ECJ ver as obras de SCHELEGAL, John H. *Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies*. *Stanford Law Review*. v. 36. n° 1 e 2. Jan de 1984. pp. 391-411 e SCHWARTZ, Louiz B. *With Gun and Camera Through Darkest CLS - Land*. *Stanford Law Review*. v. 36, n° 1, Jan. 1984, pp. 413-455. e para acompanhar a intelectualidade do movimento acompanhar a obra do brasileiro MANGABEIRA, Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard: Harvard University Press., 1983.e ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies : a liberal critique*. New Jersey: Princeton University Press. 1993.

ordem econômica internacional neoliberal, capitalista e globalizante, na qual, relevante importância têm os estudos econômicos para o entendimento dos fenômenos sociais. Se tais influências pairam externamente, também, intrafronteiras, problemas de cunho eminentemente econômicos requerem o repensar social que, se não tome a Ciência Econômica como *ultima ratio*, levando ao extremismo intolerável, não pode deixar de considerá-la. A LaE surge, pois, como opção para o repensar do Direito sem, contudo, destruí-lo, mas, dando-lhe significação em relação aos fatos presentes e reais.

Tem-se, assim, que, ao reinterpretar ou, mesmo; reestruturar, o Direito, como de resto todo o sistema econômico-político-social vigente em determinado país, é possível deparar com duas hipóteses de escolha: I - condenar-se esse sistema econômico-político-social; que, no caso capitalista-democrático-liberal, está legitimado em ideário jurídico para o exercício da prática competitiva de mercado, mormente, se considerada, a LaE, como discurso jurídico; e II - utilizar-se do próprio sistema econômico para, com senso crítico, a partir da visão e da ação nele internalizada, reestruturar o Direito vigente, analisando-o, por exemplo, à luz da Teoria Econômica. Acredita-se que, mesmo considerado o discurso situacionista, conservador, pode, a LaE, propiciar a todos - privilegiados e não privilegiados pelo próprio sistema econômico - instrumental lógico-formal que possibilita a busca do equilíbrio jurídico-econômico que, por sua vez, leva à justiça dentro da ética específica técnico-racionalista. A eficiência passa a ser critério que, se favorece os sempre agraciados com a seguridade jurídica, também os expõe em favor de quem os desafie eficientemente. Objetiva-se, por fim, neste embate jurídico-formal o uso ético da riqueza em sua melhor possibilidade, ainda restando, ao Legislativo, coordenar o uso eficiente e a distributividade da renda, quando da elaboração de normas e ao Judiciário, quando da apreciação do caso concreto.

Simplificando as hipóteses acima expressas, pode ser dito que cabe; ou o combate às instituições de forma a substituí-las por outras que, certamente, não incorrerão em unanimidade e, portanto, ainda serão passíveis de novo questionamento ou; a análise de ditas instituições dentro de sua própria estrutura, porém com visão de mundo inovadora - com *olhos de ver e ouvidos de ouvir* - para a reformulação conforme aos instrumentos disponíveis de forma que seja possível a reelaboração do instituído a partir da experiência colhida e do cientificamente apreendido, anteriormente, sem voltar ao *zero* institucional. Acredita-se que a segunda opção é a melhor. Tem-se, de fato, através da *LaE* a real possibilidade de reconstrução do discurso jurídico a partir da realidade vivenciada na sociedade e no atual estado de avanço das relações sociais. Se é criticável o abandono do Direito como ideal público de equidade nos moldes tradicionais, também é criticável a atitude romântica que

desvincula o homem de sua práxis econômica. Realmente, diversas são as possibilidades, tanto no que refere à positivação como à normatização de condutas judiciais, como quando, da elaboração legal. Hodiernamente tanto a *Common Law* como a *Civil Law* caminham direcionadas à homogeneidade de procedimentos. Portanto, se, criar o Direito, é identificar determinada norma-política tida como justa e adequada, nada mais conveniente que esta se apresente universal e correspondente, pelo menos, ao ideal básico dos indivíduos, qual seja, o de sobrevivência sendo garantido o não desperdício dos escassos meios. Evita-se, desta forma, o desconforto de normas criadas com critérios puramente políticos e atuações judiciais que, quando não legitimadas pela interpretação política da lei, traduzem o entendimento pessoal e imponderável da individualidade própria do juiz, segundo princípios gerais do Direito que não podem ser plenamente identificados, ou analogia em que se vale de prévios casos decididos e que remontam, não raras vezes, ao *status quo*, como é o caso dos *case methods* norte-americanos ou, ainda, conforme a equidade, tomada em termos individuais, desconsiderando o efeito social da dita decisão.

Ainda seja lembrado que, em concebendo justiça, segundo juízo sintético, com seu oposto, a injustiça, deve-se, em consequência, sugerir-lhe atributos a serem adjetivados como em: justiça distributiva, equitativa, eficiente, etc. Afirma-se, então, que a visão de Aristóteles (2001, pp. 91-111), de justiça como *meio termo entre a injustiça causada e a injustiça sofrida* traduz ponto de equilíbrio que; para o sociólogo, é o tratamento desigual dos diferentes objetivando o equilíbrio no convívio e manutenção das relações sociais; para o economista, é o enfrentamento entre dois interesses opostos - oferta e demanda, segundo objetivo de equilíbrio econômico e; para o jurista é a recomposição das partes em sua integridade conforme ao *status quo*. Possivelmente, nestas visões de mundo, por fim, tem-se justiça como amor ao outro.

Justiça é respeito à alteridade; justiça é o convívio social obtido a partir do equilíbrio nos relacionamentos em que as tensões sociais esvaem em meio à concórdia de interesses seja no campo - através do método - da sociologia-filosófica própria ao discurso comunicativo habermasiano, seja através da economia e seu equilíbrio de mercado posneriano, seja através da lide forense embasada na burocracia técnico-legal em que, no processo, encontram-se tensões que, antes de serem inerentes às partes, caracterizam a discórdia entre a pragmática socio-individual e as aspirações individuais de vida, liberdade e de convívio social que determinam a civilização.

O Direito, persuasivo; faz perceber, ao cidadão, a necessidade de respeitar as prerrogativas alheias, de forma a serem mantidas as condições de convívio social segundo as

regras de bom-senso e de eficiência conforme avaliação de custo e benefício. O Direito, portanto, antes de punir deve persuadir fazendo perceber a perda de algo desejável pela infração, nascendo na presença do outro – alteridade. Nesse diapasão, o convívio social através da educação e do Direito instrumentalizado para dissuadir a atitude antissocial segundo critérios definidos de justiça, construtivos da cidadania a partir da satisfação do ideal desejado de equidade e distributividade surge, considerando, também, as condições de existência digna e o aproveitamento racional de recursos - eficiência. O convencimento interno de que a atitude lícita é necessária traduz-se na melhor maneira de ser obtido o controle social. E para que se conquiste o Direito resultante da percepção de justiça interiorizada nos indivíduos resta, nada mais nada menos, do que a *educação* como derradeira *ratio regis*.

No convívio social, o indivíduo atua com finalidade. A crítica questiona, então, se é cabível a conduta economicista finalista para o homem e se, a mesma, sendo justificada, como deve ser caracterizada.

2 A crítica segundo os EJC

Pode-se iniciar a crítica à LaE a partir do movimento acadêmico denominado Estudos da Crítica Jurídica ou Estudos Jurídicos Críticos - EJC - surgido em fins da década de setenta quando; mais precisamente, em 1977, o professor Tushnet auxiliado por Comitê Organizador em que participaram pensadores como Heller, Macaulay, Morton Horowitz, Duncan Kennedy, Rosenbluth e Roberto M. Unger, dentre outros; formaram rede de estudos de cunho político-filosófico destinada à crítica da situação político-ideológica vivida pelos EUA na década de sessenta, em função dos movimentos radicais próprios do dissenso político. Destacou-se, assim, o ataque a todo o tipo de formalismos e a retomada das ideias marxistas dentro de perspectiva utópico - teórica que contrariou as perspectivas do Direito e do Estado dominante em favor da manutenção do *status quo* conservador. O professor Tushnet via o Direito, como instrumento de dominação social, econômica e política, justificador, pois, da prática de dominação dos poderosos que se legitimavam em ideário jurídico criado para submeter à vontade dos indivíduos.

De fato, os EJC e a LaE diferem como movimentos acadêmicos interdisciplinares distintos que são. Enquanto a LaE, por exemplo, de Posner utiliza do instrumental metodológico da Teoria Econômica para buscar a eficiência e maximização da riqueza, os EJC empregam seus métodos e técnicas fundamentados em fontes e disciplinas filosóficas tais como a Teoria Crítica, o Feminismo, o Estruturalismo e o Marxismo objetivando a

reformulação do Direito com vistas à democratização da tomada de decisões. De qualquer forma, ambos os posicionamentos questionam a postura kelseniana formalista e bastante em si só como ciência pura desvinculada de todo o rico manancial social. Os EJC e a LaE podem ser vistos, sim, como estudos continuadores do questionamento intelectual iniciado nos anos vinte e trinta com o movimento jurídico-realista e que, atualmente, se faz ouvir através de discursos críticos que retomam a discussão interdisciplinar sobre o Direito e o contexto político-econômico-social. Enquanto a LaE faz crítica construtiva no sentido em que se pode utilizar da metodologia economicista para instrumentalizar o Direito, definitivamente, afirmando-o como ciência, os EJC vêm combater a ideologia jurídicista tentando desarticulá-la como instituição que corresponda aos reais anseios sociais. Possivelmente, deste caráter operativo de cada disciplina surge tendência a rotulações político-ideológicas. É um equívoco, entretanto, rotular os EJC como movimento radical de esquerda enquanto a LaE como posicionamento conservador e reacionário de direita. Há que se avançar sobre estes estereótipos extremados em estudo de caminhos suficientes para o entendimento das relações sociais.

Se é verdade que a LaE favorece a economia de mercado, implementando a eficiência juntamente com a perspectiva coaseana de possibilidades de transações ilimitadas a despeito da distribuição inicial de direitos de propriedade quando os custos de transação estão zerados; contrariamente às ideias pigouvianas de *Economia do Bem-estar*; o movimento EJC, por outro lado, oferece intervenção crítica e radical enquanto analisando o sistema jurídico como mantenedor de relações de produção espoliativas, desequilibradas e, enfim, opressivas. Assim, intentam, os EJC, demonstrar quanto o discurso jurídico dominante, incluindo a nova LaE, pretende encobrir as desigualdades políticas e econômicas inerentes ao sistema econômico-social, especialmente, norte-americano.

Ao contrário da LaE, para os EJC, o comportamento racional economicista implica em artifício ideológico que intenta justificar, como escolha privada racional, as desvantagens e privilégios instituídos a partir de concepção de mundo que, naturalmente, reflete a posição dominante e politicamente imposta e que perpetua as desigualdades econômico-sociais. Os teóricos dos EJC procuram desmitificar a posição conservadora, dominante e ideológica criada em cima da construção jurídicista e legalista que se encerra no *sensu comum teórico dos juristas*³ a justificar a práxis de exclusão dos desfavorecidos. Assim, os operadores

³ Os ensinamentos de Warat, nos anos novena, já demonstravam que o *fetichismo da lei* ou o *mito jurídico* não solucionava realmente o conflito social. Não se conseguia e não se consegue, como que, por *passe de mágica*, transformar o conflito real em um ritual jurídico de forma eficiente a traduzir satisfação para os *atores*

jurídicos reproduziriam discurso vazio em relação ao meio social e direcionado a fim claro, qual seja, a alienação aos desejos sociais reais em função da manutenção do *status quo*.

Apesar das divergências metodológicas, tanto os EJC como a LaE contrapuseram-se ao estado negativo em que se encontrou o Direito norte-americano. Ambos os movimentos são tidos como pós-realistas e mesmo como oriundos da crítica realista contra a chamada *jurisprudência mecânica*; perpetuante do formalismo e do conceitualismo que levaram à ignorância empírica, à abstração doutrinal e a valores sociais opressivos, verificada a partir dos anos vinte e trinta.

Os EJC pugnam pela eliminação das abstrações jurídicas em função da apreciação do real. Fato é, então, que; em função ou não de política de exclusão, a pobreza, a necessidade e a carência estão presentes no mundo hodierno. Concorde-se, portanto, que, dentro de perspectiva institucionalizada de Estado-nação, de dada distribuição de riquezas, de coexistência político-social embasada nas premissas capitalistas ocidentais e, de relações humanas econômicas embasadas na troca, através do recurso monetário e com a premissa de livre iniciativa e possibilidade de ganho da mais valia como lucro, a *escassez é real e o desperdício é imoral*. A Ciência Econômica, tal como o Direito, surge como visão de mundo a explicar as relações sociais e, se a primeira leva à desigualdade e à busca de eficiência individual, o Direito, busca apaziguar os conflitos que, segundo a LaE, podem ser resolutos através dos métodos inerentes a sua origem em relação à opção de escolha quanto ao agir com correspondentes consequências econômicas.

Ainda, assim, tornam-se, então, interessantes as abordagens críticas da LaE a partir de pensadores como Habermas, Rawls e Dworkin.

3 A LaE e a Crítica: da Racionalidade ao Idealismo

A crítica que se faz à LaE e, especialmente, aos escritos de Posner até a década de noventa, consiste na abrangência dada pelo autor quanto à aplicação das leis da Ciência Econômica ao Direito em busca da maximização da riqueza. Tratar-se-ia, em sucinta análise, do aplicar de métodos quantitativos de eficiência e optimalidade às relações jurídicas, até então, insuscetíveis de tal abordagem.

envolvidos, incluindo o Judiciário em imediato e o Legislativo mediatamente. A questão de um senso comum teórico dos juristas pode ser abordada através da obra do professor WARAT (1995, pp. 57-100) que ensina: (...) *A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social.(...) Respalda na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis.*

Entretanto, em defesa de suas próprias ideias, e avançando para posição mais pragmática, Posner já rebateu muitas das críticas recebidas quanto à aproximação da Teoria Econômica ao Direito. Uma delas se refere ao fato de que, se os economistas não podem nem mesmo prever, com certeza, o resultado de suas incursões teóricas, pouco teriam a opinar no campo jurídico. Responde, o Mestre de Chicago que, também, a (...) *Medicina não cura resfriados mas que não se deixa de escrever sobre ela por causa disso* (POSNER, 1977, p. 19-20). Outra crítica em idêntica senda é o fato de se ter de aguardar que o corpo teórico da Economia esteja definitivamente delineado e testado para possível aplicação ao Direito. No modo de ver de Posner (1977, p. 20), tratar-se-ia de outro absurdo uma vez, que, segundo ele, desde já, devem os juristas aproveitar os recursos existentes no aparato econômico para analisar o Direito.

Ainda é questionada a preponderância do critério economicista de eficiência em relação ao de justiça no Direito; a qual Posner justifica lembrando-se da significação da palavra justiça que pode, a guisa de exemplo, ser utilizada como justiça distributiva indicando grau de desigualdade econômica ou como equivalente à eficiência. Aliás, foi Aristóteles (1992, pp. 91-111) que se referiu a uma justiça proporcional de acordo com o mérito e corretiva que, como forma de meio-termo, refere-se à excelência moral.

Um segundo significado de “Justiça” no Direito, e talvez o mais comum, é simplesmente “eficiência”. Nós veremos, entre muitos outros exemplos, que quando as pessoas descrevem como “injusto”, condenar uma pessoa sem um julgamento, tomar a propriedade sem justa compensação, ou perder a demanda ao acionar-se um motorista negligente, para ressarcimento de danos causados à vítima dessa negligência, tais atos podem ser interpretados como que significando, nada mais pretensioso, do que a conduta em questão em desperdiçar recursos. Igualmente o princípio do “enriquecimento injusto” pode ser derivado do conceito de eficiência E, com uma pequena reflexão, não se torna surpresa que em um mundo de escassos recursos o desperdício seja recompensado como imoral. (POSNER, 1977, p. 22)

Determinados autores travaram debate acadêmico direto com Posner tentando apresentar pontos de vista divergentes à sua teoria no que diz respeito à eficiência do Direito ou a sua racionalidade econômica. Também, devem ser lembrados outros autores, na medida em que discordaram, diretamente, do utilitarismo e do pragmatismo no Direito. Como subsídios para a crítica à LaE e à Posner e, de forma mais incisiva, à LaE; podem ser vistas as destacadas teorias de Ronald Dworkin e de John Rawls, assim como, também, de Habermas e seu discurso embasado na razão comunicativa. Cumpre ressaltar que esses discursos são apresentados na linha crítica revisora da ordem instituída quando se questionam os direitos individuais em relação ao poder Estatal de forma a ser repensado o legal, o justo e o injusto, o

papel do Estado e a situação do cidadão em relação aos demais e às instituições. São, portanto, frutos do *logos* de não consenso político-ideológico que reflete o campo do Direito.

3.1 A Crítica de Ronald Dworkin

Um dos grandes críticos de Posner é Ronald Dworkin que desenvolveu sua obra nas Universidades de Oxford e de New York. Em suas três obras básicas: *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle* e *Law's Empire* o autor expressa sua filosofia do Direito embasando-a em destacados pontos. Entre esses está a teoria dos direitos - *basic rights* em que são consagrados aos indivíduos direitos outros que não somente os políticos, os jurídicos ou legais. Por essa *tese dos direitos*, Dworkin (1998) defende a existência de direitos individuais distintos dos emanados do Estado seja pela legislação ou pela decisão judicial e mesmo emanados do costume ou prática social. Outra proposta é a Tese da Resposta Certa inerente a toda pretensão jurídica, de forma original, na análise do próprio ordenamento, e segundo a revelação principiológica da norma. Nesse modo de ver, Dworkin (1998) demonstra que toda a pretensão jurídica corresponde a uma resposta adequada em termos de direitos individuais que não são criados por ato discricionário do juiz e que estão presentes na legislação como que em uma cadeia de direitos preexistentes - *chain of law*. A partir disso, o importante é, no âmbito de uma práxis crítico-construcionista, identificar o direito como integridade.

A *chain of law* mostra a construção jurídico-principiológico-interpretativa do Direito como integridade visto segundo interpretação hermenêutico-constructiva de uma 'cadeia ou corrente de direitos' que traduz uma sequência com unidade e coerência histórica. Embora vendo o Direito como integridade e diferentemente das concepções utilitaristas, Dworkin volta-se à consecução de um *bem ou felicidade geral*, para uma convenção pretérita e consagrada ou mesmo para um futuro pragmático. Questiona, nesse enredo, a visão anglo-americana das teorias positivistas e utilitaristas do Direito, com ênfase para a questão dos direitos individuais existentes mesmo antes de uma possível legislação imposta pelo Estado como princípio político-jurídico fundamental que leva, o Direito, à máxima de equidade.

Para o autor, é possível detectar a tendência intuicionista em determinar a preexistência de direitos inatos ao ser humano que podem ser apreendidos segundo disposição meta-jurídica desses direitos a partir de concepção hermenêutico-filosófica, de Heidegger, de Gadamer e do agir comunicativo Habermasiano. Dworkin valoriza a abordagem interdisciplinar, conforme os discursos político, jurídico, filosófico e estético, a defender uma incondicional teoria normativa voltada à *adjudication* dos direitos individuais basilares de

uma democracia moderna. Lopes (2013) inclusive esclarece que Dworkin se caracteriza por fomentar o debate atual e permanente acerca do modelo político norte-americano como único e absoluto, apresentando-se como crítico contumaz desse modelo, que se arrima na luta pelo poder, muitas das vezes à margem do código ético-moral ditado pela Constituição dos Estados Unidos da América, o que se apresenta como inconcebível. Para Dworkin (2005), direitos humanos são, antes, *uma questão de princípio*.

Ao sustentar um neoliberalismo revitalizador do espaço democrático, Dworkin (2005) (como Rawls), intenta discurso libertador, das amarras do utilitarismo e do economicismo enfatizando a participação do indivíduo no processo democrático de decisão e questionando as virtudes da eficiência como valor supremo a ser perseguido pelos indivíduos ou, mesmo, pela sociedade. Sob tal visão, a Teoria Jurídica anglo-americana positivada é produto elaborado em função do discurso dominante, no qual o ser e o dever ser do Direito estão direcionados a valores utilitaristas.

Sem, contudo, cair no terreno arenoso das teorias jusnaturalistas, Dworkin (2005) refuta um positivismo que desconhece os valores transcendentais do próprio indivíduo e que lhe são imanentes de forma a serem preexistentes (inclusive às organizações). Os princípios básicos estão disseminados no todo jurídico que deve ser interpretado de forma a revelar, como que em um processo de reconstrução do Direito, o afloramento de uma consistência e unicidade conforme a decisão política comunitária.

O pragmatismo utilitarista contrapõe-se à ideia de Direito como integridade, na medida em que está voltado para o futuro de forma a almejar a maior felicidade possível para todos segundo disposição normativo-judicial que, em nome da eficiência, pode desautorizar direitos próprios individuais consagrados nas fontes tradicionais. Com isso, seria possível perceber forma autoritária de imposição. O trabalho de Dworkin, apresenta dois momentos de especial atenção para sua crítica em relação à AED e ao utilitarismo pragmatista que podem ser observados nos textos *Law's Empire* (1988), em especial, nos capítulos cinco e oito em que, após abordar o Convencionalismo e o Pragmatismo Legal conclui por defesa incondicional de solução eclética e de uma Teoria Geral do Direito como Integridade Política. Em idêntica senda, no texto *A Matter of Principle* (DWORKIN, 2005), o autor questiona se - realmente - a riqueza é um valor a ser alcançado como princípio maior e, ainda, se a eficiência deve priorizar qualquer outro anseio social.

Acusando um 'desacordo teórico ilusório' no Direito, Dworkin (1988, p. 35) analisa a possibilidade de uma Teoria Geral que se aparte dos extremismos conservadores e progressistas ou das Teorias Semânticas que caracterizam o discurso retórico-jurídico tão

comum entre advogados e juízes a perpetrar, não raras vezes, equívocos interpretativo-analíticos da Lei ou, mais amplamente, do Direito na medida em que, a esse último, faltam fundamentos filosóficos que lhe indique unidade.

Ao desenvolver o 'Direito como Integridade' defende dois princípios. Primeiro, de natureza legislativa, em que o conjunto de leis deve ser coerente. Segundo, de caráter adjudicativo, conforme interpretação do Direito que leve em conta as premissas do passado (convencionalismo) e as possibilidades para o futuro (pragmatismo), como que descobrindo o sentido de uma cadeia e/ou corrente de direitos (DWORKIN, 1988, p. 166) a serem vistos e analisados em um *continuum*.

Ao tratar do Direito Consuetudinário norte-americano, Dworkin (1988, pp. 201-206) analisa o caso de responsabilidade por danos em acidentes através de uma crítica à AED e mais especificamente ao Teorema de Coase, destacando complexidades observáveis na tomada de decisão de um legislador ao estilo da Análise Econômica. Ensina que tal legislador nem sempre necessita eleger disposições segundo o denominado 'homem razoável' em termos econômicos e que o bem-estar utilitarista também não é cotidianamente atingido pelas decisões de mercado ou de simulação de mercado, suscitando, ainda, que:

[...] o bem estar da comunidade incrementa-se ao máximo ao intentarem-se atividades que, no transcurso ordinário e sobre a base da informação disponível de imediato, melhoram esse bem estar e não ao forçar o agente para que examine as consequências econômicas de cada ato individual em cada circunstância. (DWORKIN, 1988, p. 202)

Outra preocupação básica está na questão distributiva como corolário da equidade que não é alcançada, segundo o autor, pelas Teorias Jurídico-Economicistas. Acusando equívoco na apropriação dos conceitos de maximização da riqueza e de Ótimo de Pareto, diverge das teorias posnerianas, inclusive, questionando se Posner - apesar de negar - não defende, realmente, o utilitarismo (DWORKIN, 2005, p. 260)

3.2 A Crítica sob o Enfoque Habermasiano

Outra possibilidade crítica à LaE é a de Habermas. Segundo Pedro Mercado Pacheco (1994, p. 174), o autor alemão é o ícone entre os teóricos seguidos pela tendência da *Critical Legal Studies* (EJC), pois traz subsídios para uma crítica à racionalidade tecnocrata. Partindo-se da premissa de que a LaE traduz razão sistêmica (racionalidade tecnocrata), nesse âmbito contextualiza-se a polêmica Habermas *versus* Luhmann, na qual o autor da Escola de Frankfurt assume posição contrária à Ordem Jurídica legitimadora do poder capitalista

dominante. Os argumentos dessa crítica, ao poder instituído, derivam da filosofia política e social influenciada pelo pensamento marxista.

Habermas parte da ideia de um agir comunicativo, uma pragmática universalista, uma ética na comunicação, enfim, uma racionalidade comunicativa distinta da ação estratégico-racional conforme aos sistêmicos e racionalistas que tentam legitimar um capitalismo desconsiderador do social. Dessa forma, o autor desenvolve sofisticada defesa da modernidade condenando os extremismos dos valores iluministas e revolucionários do Século XIX institucionalizados em programas político-ideológicos embasados, ora em um socialismo ortodoxo, ora em um liberalismo do bem-estar social. Habermas critica os sistemas político-econômicos destacando uma modernidade em que a razão comunicativa difere tanto da razão instrumental como da funcional, ainda destacando o *empobrecimento cultural moderno* e a necessidade de reconquistar a *autoconfiança* na produção normativa. (HABERMAS, 1973, pp. 113-114).

Segundo o autor, a crítica da modernidade deve ser embasada no paradigma do entendimento obtido através da interação linguística contínua ou ação comunicativa em que se releva, no discurso, a intersubjetividade e a ação humana. Trata-se, então, da valorização do sujeito e de seu discurso que, no entanto, não é individualizado a ponto de ser liberto de considerações em relação ao discurso dos demais sujeitos em sociedade.

Sendo concepção dominante de razão prática nas Ciências Sociais, a estratégica embasada na escolha racional, na ação individual calculista, economicista, maximizadora de utilidades e motivada pelo auto-interesse é alvo de intensa crítica. Sob outro ângulo, resta saber se existe possibilidade de que os indivíduos possam fugir a um estado de natureza Hobbesiano, alcançando consenso em torno de medidas coletivas adequadas para o conjunto social. Assim, Habermas questiona, em seu trabalho, a possibilidade de um agir comunicativo e cooperativo que concilie os interesses individuais do agente racional otimizador em suas escolhas com a possibilidade de constituição de arranjo político constituinte do bem público ou coletivo. Para tanto, utiliza a linguagem como meio de coordenação da ação.

Dentro da perspectiva de normatização e sua validade, Habermas afirma que toda a norma é plenamente justificada quando e somente quando *as consequências e efeitos colaterais da satisfação dos interesses de todo indivíduo, que se espera resultem de uma conformação geral à (aquela) norma, possam ser aceitas sem compulsão por todos.* (WHITE, 1995, p. 56). Portanto, através das regras do discurso e do convencimento, o sujeito cria o arcabouço normativo de conduta social em que cada indivíduo - capaz de discurso e ação, pode participar desses discursos, questionando e apresentando qualquer proposta bem como

expressando suas atitudes, desejos e necessidades sem ser impedido por compulsão a abster-se de seus direitos.

Criticando o Direito formal burguês, Habermas sustenta que esse - antes de determinar obrigações concretas - apenas sujeita as normas jurídicas às permissões abstratas em que as ações podem não ser comandadas, porém, apenas deixadas à escolha ou à proibição. Assim, as normas permitem toda a ação possível e não penalizada na busca de satisfação dos interesses individuais, justificando, inclusive, o utilitarismo universalista.

Detecta-se, então, a ideia de que a formulação de políticas econômicas por intermédio da normatividade, embora referindo a algo complexo e técnico deve ser discutida em 'praça pública - via consenso comunicativo -' por intermédio da elaboração discursiva para decidir sobre o econômico. Afirma o autor:

As interpretações das necessidades, que são correntes em qualquer dado contingente estágio de socialização, precisam por isto ser aceitas enquanto dadas. Não podem ser feitas diante do objeto de uma formação discursiva da vontade. Somente a ética comunicativa garante a generalidade das normas admissíveis e a autonomia dos sujeitos ativos apenas através da capacidade de redenção discursiva, das pretensões de validade, com as quais as normas aparecem.(...) Somente a ética comunicativa é universal (e não, como a ética formalista, restrita a um domínio de moralidade privada separada das normas legais); só a ética comunicativa garante autonomia (na medida em que conduzam no processo de inserção de impulso, os potenciais rumo a uma estrutura comunicativa da ação - isto é, o processo de socialização - "com vontade e consciência") (HABERMAS, 1973, pp. 113-114)

A questão básica, então, está em verificar se é apropriado permitir que tecnocratas decidam os rumos da sociedade no que concerne ao aspecto econômico relevando-se a razão sistêmica em detrimento da razão comunicativa. Assim sendo, é questionável o Direito nascedouro de uma razão sistêmica que, alicerçada na tecnocracia capitalista, abandona os interesses universalistas individuais caracterizados ou evidenciados no discurso e na ação comunicativa.

Habermas tem a fundamentação da ética do discurso prático na teoria do agir comunicativo substituindo a imposição normativo-racional por uma normatividade moral consensualmente aceita.

Somente podem pretender ter validade aquelas normas capazes de obter o assentimento de todos os indivíduos envolvidos como participantes de um discurso prático. (...) uma norma ética é válida, justificada, quando puderem ser aceitas consensualmente, sem coação, todas as consequências que advirão para os interesses concretos dos indivíduos que pautarem o seu comportamento por ela. portanto a norma constitui um interesse, um ponto de vista generalizável. (SIEBENEICHLER, 1989, p. 141)

Adotando-se a política da *LaE*; segundo a ótica Habermasiana, fica evidente a lógica econômica dita de cima para baixo, deslegitimada e atentando para a democracia, ainda,

sendo substituído o cidadão, representado pelo seu parlamentar, por um tecnocrata, em desfavorecimento, muitas vezes, do consenso comunicativo.

O referido consenso, em última análise, representa a troca ativa e pacífica de informações e de pontos de vista dos participantes de dada práxis social, através da linguagem referida a certas estruturas de racionalidade. O entendimento comunicativo através da linguagem apresenta as vantagens de, jamais, poder ser induzido a partir de posicionamentos exteriores e individualistas, ainda sendo capaz de atingir consenso não ingênuo em função da racionalidade dos agentes discursivos.

Habermas afirma que a sociedade alcançou ponto evolutivo em que são exigidos sacrifícios sociais sim, mas que, absolutamente, não podem ser determinados por tecnocratas. Por outro lado, Luhmann (1985) constata que a complexidade no mundo moderno consolida poderes em cima de critérios técnicos. Do exposto, encontra-se demonstrada a oposição do discurso-democrático-comunicativo Habermasiano em relação à tecnicidade verificada nos sistemas econômico-políticos-capitalistas, especialmente quanto à economicidade própria do Direito visto sob o enfoque posneriano de maximização da riqueza.

3.3 A Crítica sob o Enfoque de John Rawls

Rawls (2008, p. 46-53) intenta encontrar possível plano jurídico-normativo comum para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade, ou seja, base moral capaz de suportar a construção de uma sociedade democrática e justa. Essa base, para ele, é encontrada no conceito de justiça. Partindo da situação hipotética - posição original - a partir da qual estão consagrados os autênticos princípios da justiça - desenha o perfil do verdadeiro sentido dessa justiça que, na teoria do contrato, vê defendido. Os princípios adotados na posição original correspondem, segundo Rawls, a juízos de justiça não distorcidos, ou seja, a juízos isentos de irregularidades e distorções e que se encontram em equilíbrio reflexivo - equidade.

Esse equilíbrio é resultante da confrontação entre as diversas concepções de justiça, implicando a revisão dos juízos pessoais, relativamente aos princípios estabelecidos pelo contrato na posição original. Rawls (1985, p. 227) construiu seu trabalho a partir dos anseios sociais, verificados nos EUA, no final da década de sessenta e início dos anos setenta, em que se pugnava pela real democracia constitucional asseguradora de uma sociedade e direitos justos. A despeito de considerar o trabalho de grandes utilitaristas como David Hume, Adam Smith, Jeremy Bentham e J. Stuart Mill, Rawls intenta a criação de uma *análise sistemática alternativa da Justiça diferente do utilitarismo tradicionalmente dominante* (RAWLS, 2008, p. 14.).

Para o autor, antes de ser aplicado o princípio utilitário, devem ser respeitados os princípios da igual liberdade para todos e da igualdade equitativa de oportunidades fazendo surgir a Teoria da Justiça Equitativa (TJE), de tal forma que os direitos básicos do cidadão não sejam suscetíveis de cálculo de interesses próprios da negociação política. Reconhece, entretanto, que, a partir do conflito desses interesses, resta à Justiça social cuidar *de especificar os direitos e deveres básicos e determinar a forma apropriada de uma repartição justa da riqueza* (RAWLS, 2008, p. 29).

Ressaltando que o princípio da utilidade é incompatível com a cooperação social entre iguais destinada a assegurar benefícios mútuos, embasa a TJE na *igualdade quanto à atribuição de direitos e deveres básicos bem como na aceitação de desigualdades econômicas e sociais consideradas justas apenas se resultarem em vantagens compensadoras para todos e, em particular, para os mais desfavorecidos membros da sociedade* (RAWLS, 2008, p. 35).

Uma das críticas mais severas ao utilitarismo trata, conforme também o faz Dworkin (2005), do problema da não equitativa distributividade dos benefícios sociais entre todos os membros da sociedade. De outra forma, lembra, o autor, que enquanto as decisões originais - escolhas - utilitárias partem do sujeito isolado, em sua TJE os princípios básicos são traçados a partir do contrato original.

Sob outra vertente, o Direito para Posner, conforme explica Brando (2014), frequentemente emprega termos e expressões que remetem ao vocabulário moral para causar impacto, no entanto, essa linguagem, que parece remeter à interpretação e à aplicação do Direito ao exame da filosofia moral, deve ser encarada sem vinculações estritas a tal ou qual doutrina filosófica, mas sim no sentido pragmático. *E pragmático não é sinônimo de 'moral' ou 'utilitarista', mas diz com a aceitação de que a única base razoável para a existência de uma norma jurídica é a sua vantagem social. Alinhar-se a essa visão enseja a avaliação de custos e benefícios, fatos e consequências.* (BRANDO, 2014)

A TJE tem seu valor, como teorização crítica da Justiça, que, em função de um bem universal alcançável pela equidade de direitos, opõe-se às decisões pragmáticas que desconhecem o cidadão, mesmo em função do social que não foi legitimado pela posição original do contrato propiciador de iguais condições e da distributividade da riqueza. Nessas ocasiões é possível que se estabeleça crítica à LaE.

4 A Law and Economics e a Civil Law

Finalmente, resta necessária a análise das possibilidades da LaE em relação ao Direito voltado à codificação, qual seja, a *Civil Law*, de forma a identificar o seu valor como

instrumento metodológico-interpretativo ou conforme a natureza do próprio Direito normatizado. Intenta-se, então, identificar o caráter economicista da norma, seja em função de nova possibilidade interpretativa do texto legal, seja em função de real característica balizadora do Direito observada na própria Teoria Econômica.

Embora a LaE tenha sido, originalmente, desenvolvida e aplicada em contexto pós-realista norte-americano em que se questionava a atitude dos julgadores que, em meio à *Common Law*, intentavam resolver as demandas segundo critérios pessoais formadores da jurisprudência variada e que gerava incerteza jurídica às pessoas e às organizações, seus institutos podem ser plenamente aplicáveis à *Civil Law*. De fato, se na *Common Law* ocorreu a padronização em termos de normatização e positivação do Direito pensado de forma racional conforme os ditames da Teoria Econômica, na *Civil Law* isto também é plenamente possível.

Os grandes sistemas jurídicos estão em constante interação, de forma que, em países de *Common Law*, os *statutories* são presenças constantes enquanto que, nos sistemas codificados, proliferam processos hermenêutico-libertadores da práxis jurídico-legislativa restritiva que impede a liberdade de apreciação do fenômeno social.

Assim, em meio a essa interdisciplinaridade da práxis jurídico-legal, desponta, como possibilidade interessante de análise para o Direito a LaE, que se estrutura, ora como método interpretativo, ora como inerente à natureza economicista do próprio Direito. Em tempos de globalização e; segundo a atual ótica economicista neoliberalizante vigente dentro do sistema capitalista abrangente a muitos países alinhados em transações comerciais, em intercâmbio de culturas e em aproximações institucionais, fica evidente a necessidade de serem acompanhados os grandes movimentos jurídico-teóricos que, se não devem ser copiados de modelos já consagrados em grandes potências como é o caso dos EUA, devem ser estudados para que seja possível entender a lógica econômico-jurídica que está inserida na práxis de governos, na lógica das organizações e dos próprios cidadãos desses países.

A política de Estado-mínimo está justificada em racionalidade de fortalecimento da sociedade civil. O que é discutível, no entanto, é o fato de estar ou não, essa sociedade, suficientemente organizada dentro de padrões de distributividade e equidade para ser inserida em projetos excludentes de Estado dinamizador das relações particulares de mercado. Se, liberdade como forma de obter justiça social é justificada, segurança e certezas jurídicas também o são, cabendo, portanto, momento reflexivo em relação ao atual ritmo das relações globais de uma Ordem Econômica Internacional, agora neoliberal, na qual a iniciativa privada assume posição hegemônica em relação aos rumos da riqueza mundial, muitas vezes

desconsiderando o social ou sustentando o social sob intermédio de discurso falacioso como estratégia de gestão.

A racionalidade economicista deve, pois, ser apropriada pelos países codificados como mais um instrumento de otimização de sistemas jurídicos em crise. É prudente, portanto, proceder à retomada da operacionalidade jurídico-legislativa de forma coerente e própria ao fenômeno social de forma dialético-interativa evitando o descompasso de legislações arcaicas e ineficazes. Embora José Afonso da Silva (2001, p. 655) tenha alertado para o Princípio da Eficiência no âmbito constitucional, sustentou o fato da eficiência não ser conceito jurídico, mas econômico, eis que não qualifica normas, mas atividades. Segundo o mestre, *a dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação input/output (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um output (produto) identificável, nem existe input no sentido econômico.*

Não deve, pois, ser em vão ou condenável o quebrar das resistências tradicionais do Direito Clássico de natureza positivista, conforme à racionalidade kantiana e à ideia de Justiça como ideal que se choca com o instituto da eficiência como valor último. Em realidade tantos governos, por intermédio de planos econômicos, de julgados e de leis, assumem, cada vez mais, caráter econômico, justificando sua *práxis* conforme Direito moderno, atual e instrumentalizado para a valoração de objetivos racionalizados pelos agentes.

Restam, também, problemas de natureza ideológica quanto à aceitação das premissas da ótica economicista de natureza capitalista-liberal identificada como imperialismo economicista. É infrutífero, contudo, rotular a prática jurídico-econômica da LaE de boa ou má, justa ou injusta e, mesmo, imperialista no sentido de que, constatada a sua existência, deve ser entendida, sua lógica, no sentido de tornar apropriável seus uteis fundamentos. Não há espaço para uma ordem jurídica romântica e desconectada com a realidade em busca da utopia inacansável no momento questionado, assim como, também não o há para o realismo cego e intolerante. Lembre-se do ensino de Edward H. Carr:

O utópico, fixando seus olhos no futuro, pensa em termos de criatividade espontânea; o realista, enraizado no passado, em termos de causalidade. Toda a ação humana sadia e, portanto, todo pensamento sadio, deve estabelecer um equilíbrio entre utopia e realidade, entre vontade e determinismo. O realista completo, aceitando incondicionalmente a sequência dos acontecimentos, se priva da possibilidade de modificar a realidade. O utópico completo, rejeitando a sequência causal, se priva da possibilidade de entender a realidade que está tentando transformar, ou os processos pelos quais ela pode ser transformada. O vício característico do utópico é a ingenuidade; o do realista, a esterilidade (CARR, 1981, p.23-24).

Tanto na fase elaborativa da norma quando da aplicação judicial ao caso concreto pode ser adotado critério de eficiência e de otimização da riqueza conformes à conduta individual e à distribuição dos direitos, instrumentalizando-se o fator normativo para a realidade evidentemente economicista no proceder do homem que, se não atua totalmente segundo os ditames do *homo economicus* tem, na racionalidade desse, teorização capaz de justificar o comportamento social com excelentes possibilidades em relação às outras ciências sociais.

A norma jurídica, segundo a escola kelseniana é justificável, segundo hierarquia de valores em um sistema jurídico-normativo, afastada a concepção meta-jurídica de justiça que, no entanto, é almejada, pelo legislador, segundo seu entendimento pessoal ou, idealmente, segundo sua capacidade de captar, em meio à sociedade, seus reais desejos. Também quando da decisão jurídica para o caso concreto, resta ao juiz averiguar a Lei e fornecer a decisão conforme os métodos hermenêuticos de que disponha; ainda, sendo relevante ressaltar, nesse processo, seu entendimento pessoal. Sendo assim, cabe à doutrina oferecer possibilidades de instrumentalização dos operadores jurídicos e legisladores de forma a evitar procedimentos ingênuos, em relação ao poder econômico estruturado e atuante, bem como, danosos à riqueza jurisdicionada.

Se a natureza econômica pode ser vislumbrada na origem e estruturação da ordem jurídica, seja na visão marxista (MARX, 1982), stammleriana (STAMMLER, 1929) ou interativa; a racionalidade economicista, se não como *ultima ratio*, mas, sim, como mais um instrumental analítico-hermenêutico, deve ser disponibilizada quando da apreciação dos diversos campos da *Civil Law*. Em verdade, o que se busca é a interatividade que precisa existir entre as Ciências Econômicas e o Direito e, nesse diapasão, também entre os interesses econômicos e as premência de extinguir as desigualdades sociais. Trata-se em convergir os ideais individualistas, sociais e os princípios econômicos, sob risco de dado valor perecer em detrimento da ameaça de outro.

5 Em Defesa da LaE por Intermédio do PEES e do MEL

O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) diz respeito a critério preestabelecido e não aleatório que defende a inclusão das externalidades negativas no cálculo econômico, permitindo emergir critério de eficiência que seja socialmente inclusor. Uma vez aceito como ideal de justiça, o PEES torna possível acomodar, na lógica da *práxis* ideológico-normativa, os fins racionais economicistas do Direito e a necessidade basilar de equidade. O PEES deve ser identificado segundo Direito que caracterize o Mínimo Ético Legal (MEL), ou seja, que tem em vista a apropriação do individual racional, relevadas as

consequências sociais (externalidades). O Direito, assim, deve zelar pela normatização de mínimas possibilidades éticas que atendam os anseios individuais e que tenham em consideração os custos sociais impostos pelo ganho privado.

Com isso, torna-se possível o alcance de igualdade de oportunidades, de recursos distribuídos, enfim, de bem-estar social mínimo. Do ponto de vista doutrinário, permite-se conciliar, também, a LaE com a *Teoria da Justiça Equitativa*, de Rawls; com Dworkin e sua *Chain of Law*; e, com Habermas e sua Razão Comunicativa, no âmbito na tomada de decisão com a racionalidade e ética da eficiência.

Questiona-se, em verdade, a validade das teorias que defendem o direito individualista para a utilização exclusiva da propriedade, que finda por desconsiderar a partilha social. A apropriação racional deve ser avaliada de forma a considerar todas as variáveis, com possibilidade de perspectiva maior e mais precisa em relação aos fatos. Exclui-se, dessa forma, o imediatismo da satisfação das necessidades individuais, que passa a levar em consideração os reflexos no futuro dos atos presentes. Resta patente que nenhuma ideologia, política ou fragmento de Direito, pautada por utopia ou pragmatismo pode vir a ser a *ultima ratio regis* caso não se percebam as seguintes máximas: primeiro, que é fundamental a reforma íntima da vontade racional dos indivíduos submetidos ao padrão jurídico-normativo vigente, especialmente pelo fato de que antes de ser cogente, deveria ser persuasivo; segundo, que é basilar a adoção de inédita perspectiva de relacionamento interpessoal, a exemplo do que defendeu Aristóteles com a doutrina do meio-termo para a negociação.

Por intermédio da reforma íntima coletiva viabiliza-se o amadurecimento dos processos cognoscitivos, em verdadeira superação da insanidade de imposições violentas e eliminação do gérmen do revanchismo. Defende-se que a LaE deve servir à gestão estatal ágil, atuando na ordem econômica social, de forma normativa e complementar, deixando para a própria sociedade, a partir de marco regulatório conforme ao MEL e ao PEES, a escolha racional e eficiente para a adjudicação da riqueza disponível.

Busca-se com a LaE, critérios que permitam o equilíbrio nas relações sociais, de maneira que se efetive o real fenômeno desejado pelos indivíduos que, satisfeitos em suas necessidades, alcançam justiça. A mudança do paradigma jurídico-normativo deve, assim, refletir o amadurecimento do homem enquanto ser humano, visando ao respeito da sua individualidade de forma que não sofra e nem faça sofrer outrem implementando-se a alteridade.

Entretanto, na atual lógica normativa kelseniana e no âmbito da atribuição da vida moderna, predominam padrões ético-jurídicos que não alcançam níveis de excelência próprios

do homem integral - ser humano consciente e capaz de amar o outro. Pelo contrário, o que se faz são arremedos medíocres e pequenos da pessoa humana, como mero consumidor, empresário, trabalhador, profissional, agente econômico, em síntese, triste ator do teatro mercadológico. No egoísmo da tomada de decisão desconectada da alteridade, emerge também a lógica de exploração social dos recursos. As atuais condições de vida, portanto, retratam a necessidade de mudança do paradigma comportamental no início do terceiro milênio e, por consequência, impõem a revisão dos institutos jurídico-econômico-normativos.

Utilizar a Teoria Econômica para interpretar ou analisar o ordenamento jurídico permite utilizar método objetivo de prognósticos em função da norma, objetivando a produção de determinado comportamento social desejado. Com a utilização do PEES e do MEL viabiliza-se o balizamento do processo decisório dentro de padrões de alteridade, com plenas condições de inclusão social. No ambiente integrado, necessária é a busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade cidadã e, ainda assim, possibilitar condições econômicas e de gestão que propiciem a sobrevivência das organizações.

Por isso que ao Direito compete, no mínimo, dois papéis: ser inquestionável instrumento de controle social organizando a sociedade e viabilizar a consecução de objetivos e metas dos diversos sujeitos que interagem de forma interdependente. Sob tais motivos, propõe-se inovadora Teoria Geral do Direito que, a partir da aplicação dos institutos da Teoria Microeconômica, possa embasar a criação e a aplicação da norma jurídica de forma eficiente e socialmente inclusora, sempre considerados os parâmetros de internalização das externalidades negativas, segundo o PEES e o MEL. Meta específica, para o Direito, passa a ser a obtenção da sonhada estrutura de convívio social em que, econômica e socialmente, possam emergir critérios de compatibilidade.

Aproximam-se, em síntese, em termos de práxis ideológico-normativa, os fins racionais jurídicos e os econômicos para o processo decisório do Direito, além de dar assistência a elementar equidade através do PEES e do MEL. Para tanto, a modificação social perpassa a necessária reforma íntima obtida pela educação e pelo amadurecimento dos processos cognoscitivos. O padrão jurídico-normativo deixa, assim, de ser coercitivo para se tornar persuasivo, permitindo que - antes mesmo de ser mero controlador social - determine políticas econômico-sociais adequadas, ausente qualquer forma de imposição violenta. A mudança do paradigma jurídico-normativo deve refletir o amadurecimento do homem em atenção à individualidade e à alteridade da pessoa humana.

Por intermédio de atitude interdisciplinar entre a Ciência Econômica e o Direito, pode ser percebido instrumental analítico-interpretativo próprio ao emprego da LaE, em especial sob o enfoque do PEES, cuja visão de mundo valoriza a maximização de interesses individuais, considerados os efeitos sociais da tomada de decisão, sem descuidar da equidade. Sob o mesmo diapasão, é possível a releitura do jurídico-econômico pelo PEES, ao se considerar que o Direito se desenvolve em ambiente orientado pelo interesse econômico e que alternativas de justiça idealizadas fracassaram diante dos egoísmos que caracterizam o sistema de trocas e das diversas ideologias políticas.

Defende-se o PEES enquanto critério orientador viável para criação e aplicação das regras jurídicas, sempre em atenção ao MEL, disciplinando a apropriação da riqueza em sociedade e lembrando que a pessoa humana, mais que seus desejos materiais, é ser espiritual que necessita da coletividade para usufruir plenamente o direito à vida.

Conclusão

No que concerne à escolha da Economia como instrumental analítico e interpretativo na Teoria Geral do Direito, parece que, se não pode ser tida como derradeira solução a resolver a questão filosófica do conceito e determinação do Direito, pode, perfeitamente, servir como critério válido para estipulação das regras de um *jogo* cujas *cartas* estão *na mesa da globalização* de forma a instrumentar judiciário e legislativo com *blindados* adequados para a batalha em função do justo.

A *utopia capitalista* é o caminho que se apresenta possível para a união dos egoísmos individuais, pelo fato de o homem ter como imprescindível sua sobrevivência, levando-o a convencer os demais da inexorabilidade da ação conjunta sob pena do total extermínio. A ordem jurídica instituída da coletividade sob tais condições, por sua vez, não pode colher resultados auspiciosos sem que tenha por resultado derradeiro vastas camadas da população à margem de um sistema excludor por sua própria lógica interna.

Não por acaso, filósofos, sociólogos e demais pensadores da ciências sociais se opuseram aos diversos mecanismos que sustentam essas engrenagens de expropriação social, legitimada por arcabouços normativos. Nesse contexto, cumpre repensar nova Teoria Geral do Direito que tenha características de flexibilidade suficientes para abandonar o ranço dogmático de tradição individualista e pautado por conceitos absolutistas.

Embora se tenha a norma jurídica para disciplinar a ação dos agentes e dirimir suas desavenças, é preciso que existam critérios de criação e aplicação que, a sua vez, tenham capacidade de disciplinar a ação dos sujeitos - cidadãos e organizações - conforme escala de

valores que não permita o uso irracional ou ineficiente da riqueza gerada. É preciso voltar-se para a instrumentalização normativa eficiente e racional de melhor aproveitamento da riqueza satisfazendo, por fim, os anseios individuais e gerais.

A Ciência Econômica deve indicar parâmetros técnicos que viabilizem a tomada de decisão que respeite as diversas possibilidades de existência coletiva, indicando solução eficiente, sem que se gerem externalidades de quaisquer ordens ou na qual seja possível trazer para o cálculo econométrico os atributos negativos da realidade, como defendido pelo PEES. Não se trata, portanto, somente de elidir as crises, mas de encontrar soluções para a sociedade presente e para as futuras gerações.

A sociedade compete perceber ideal de justiça necessariamente atrelado às condições reais da vida, na qual seja possível avaliar os benefícios e os custos advindos da tomada de decisão em ambiente (de mercado), sem se socorrer de um mundo utópico e idealizado. Em síntese, não há mais espaço para especulações, o sistema econômico precisa interagir com o sistema jurídico-institucional, mesmo em condições adversas. Sob tal contexto, o Estado e o Direito assumem papel defensor da ação dos indivíduos, segundo suficiente flexibilidade para a adjudicação de direitos e fixação de obrigações próprias da ação eficiente.

Com isso, o PEES assume suas condições verdadeiramente principiológica, na qualidade de guia instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo do ordenamento jurídico sempre em atenção ao MEL oriundo do Estado. A maximização dos interesses individuais, portanto, precisa sempre ser negociada, considerando-se a natureza recíproca e futura das consequências na tomada das decisões. Afinal, as restrições materiais (escassez) não podem, sob tal lógica, afastar-se do bem-estar da sociedade, já que se almeja equiparação dos níveis de satisfação (individuais e coletivos) envolvidos no caso concreto.

A partir de tais considerações, urge demonstrar que no binômio fato (sócio-econômico-político) *versus* norma há grandes distâncias a serem vencidas e que as ciências sociais gerais precisam interagir em processo dialético. Na esfera da LaE, é premente apontar procedimentos e máximas interpretativo-jurispcionais que legitimem práticas desburocratizadas e livres dos resquícios fundamentalistas. Assim, fazendo o levantamento dentro da perspectiva de interação entre interesses capitalistas e necessidades sociais é possível constatar a mudança do paradigma mecanicista-procedimental para o modelo holístico-interativo nos diversos campos do conhecimento, em especial das Ciências Sociais como o Direito e a Economia.

Com efeito, a verificação da crise que ronda a ineficiência das regras de Direito e a busca da eficiência econômica se faz premente para viabilizar soluções de aproximação, no

intuito de evidenciar que, embora os padrões jurídico-normativos se expressem como oriundos do poder político e econômico, devem também se apresentar eficazes na articulação dos valores e anseios sociais.

Por outro lado, não se desconhece que a realidade social faz parte do moroso processo de convencimento e persuasão. Em um primeiro momento, em virtude da estruturação e interpretação do Direito, resta desencorajar a deslealdade e incentivar a alteridade em todas as instâncias sociais. Somente na continuidade será possível desestruturar os arcabouços teórico-normativos tão bem engendrados durante a infantilidade humana. Por fim, para o alcance da felicidade, há de ser vencida a dicotomia utopia e realidade por intermédio de um ordenamento persuasivo, livre da tradição individual-absolutista e dirigido para a instrumentação moderna de natureza eficiente de melhor aproveitamento da riqueza.

Em que pese a crítica habermasiana, inerente à razão comunicativa; a posição de Rawls e sua teoria da justiça equitativa; bem como a *chain of law* de Dworkin, o paradigma defendido pelo PEES e pelo critério do MEL, no âmbito de uma AED equilibrada, deve ter por desiderato a fluidez das relações de produção, mas sempre tendo em vista a inclusão social. Ao Direito compete indicar as medidas de política jurídico-econômica próprias e adequadas para a apreciação teórico-jurídica do mundo real, sob pena de esterilidade da lei. Associam-se, pois, as ideias de justiça distributiva, comutativa e eficiente segundo adjudicação racional da riqueza para os sujeitos envolvidos e respectiva compensação daqueles que sofram as externalidades.

Considerados os obstáculos que deverão ser vencidos frente ao histórico desequilíbrio que marca o caminho da humanidade, entre o individual e o coletivo, entre o atraso e o desenvolvimento, entre os métodos jurídico-coercitivo e jurídico-persuasivo, é preciso defender modelo inovador para o pensar jurídico. Inéditas soluções precisam ser exercitadas para fazer perceber alternativas que viabilizem estratégias do bem-estar social, possibilitando à Economia e ao Direito a necessária harmonia no intuito de proporcionar o melhor convívio social.

Referências

ALPA, Guido *et al.* **Interpretazione Giuridica e Analisi Economica**. Milano: Giuffrè, 1982.

ALTMAN, Andrew. **Critical Legal Studies : a liberal critique**. New Jersey: Princeton University Press. 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução Mário da Gama Kury. 3 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

BRANDO, Marcelo Santini. **A Crítica da Vertente Econômica à Teoria da Justiça de John Rawls**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/803/1058>> Acesso em: 10/01/2104.

DWORKIN, Ronald. **El Imperio de la Justicia**. Tradução de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Juergen. **A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio**. São Paulo: Tempo Universitário, 1973.

_____. **Verdades e Justificações: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **A Teoria Econômica e a Discriminação Compensatória em Ronald Dworkin**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_76/recensoes/CarlaPatricia.htm> Acesso em: 21/12/2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

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

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**: salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar. Tradução de Edgar Malagodi *et al.* São Paulo: Abril Cultural, 1982.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994.

PIGOU, A.C. **The Economics of Welfare**. 4 ed. 1932

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

_____. **Pragmatismo e Democracia**. São Paulo: Forense. 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHELEGAL, John H. **Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies**. *Stanford Law Review*. v. 36. n° 1 e 2. Jan de 1984. pp. 391-411.

SCHWARTZ, Louiz B. **With Gun and Camera Through Darkest CLS - Land**. *Stanford Law Review*. v. 36, n° 1, Jan. 1984, pp. 413-455.

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

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

WEBER, Max. **Economía Y Sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.