

O DIREITO E A *LAW AND ECONOMICS*
possibilidade interdisciplinar na
contemporânea análise econômico-jurídica internacional

Everton das Neves Gonçalves*

Joana Stelzer**

Sumário: Introdução; 1 Aspectos Históricos; 2 Escolas da *Law and Economics (LaE)*; 3 Princípio da Eficiência Econômico-Social; 4 A Metodologia Jurídico-Econômica; 5 A Justiça Econômica; 6 O Direito Internacional Econômico e as Relações Internacionais; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO

O artigo trata da tomada de decisão jurídica a partir da perspectiva econômica segundo Teoria Geral do Direito que reconhece a “eficiência” e a “alteridade” inclusora como instrumentais teórico-analíticos para o Direito, concluindo pelo Princípio da Eficiência Econômico-Social (PESS). Utiliza-se o Direito Comparado e a análise descritiva da Escola norte-americana *Law and Economics* para aplicação na *Civil Law*.

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

** Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC). Professora do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (CPCJ/UNIVALI/SC), atuando na linha de pesquisa “Direito Internacional, Meio-Ambiente e Atividade Portuária”. Professora e coordenadora do Curso de Especialização (UNIVALI/SC) em Direito Aduaneiro e Comércio Exterior.

Palavras-Chave: DIREITO INTERNACIONAL - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL – TEORIA *LAW AND ECONOMICS*

ABSTRACT

The article treats about to take juridical decision from an economic perspective consonant a General Theory of Law that recognizes the efficiency and the other people existence by including them and like a theoretic and analytical instrument to understand the Law and, by finishing, for the Economic-Social Efficiency Principle (PEES). It's used the Compared Law and the descriptive analysis of the North American School Law and Economics for apply on Civil Law.

Keywords: INTERNATIONAL LAW - ECONOMIC-SOCIAL EFFICIENCY PRINCIPLE - *LAW AND ECONOMICS* THEORY

Introdução

O processo de tomada de decisões é inarredável do dia a dia, inclusive na criação, interpretação e aplicação do Direito, ocasionando reflexos – externalidades – na vida dos agentes e dos demais indivíduos em sociedade, todos, sempre, sujeitos de Direito, reciprocamente interligados em indelével trama de relações e efeitos que os tornam detentores, em maior ou menor intensidade de grau, de parte da riqueza escassa que se traduz em legítimo interesse a ser devidamente adjudicado, seja pelo processo legiferante, administrativo ou judicial, seja pela negociação *inter-partes*. Destarte, direitos e deveres advindos da tomada de decisão individual ou, mesmo, coletiva, são, em verdade, interesses recíprocos se verificada a necessária convivência em sociedade, superando-se a estrita visão impositiva de condições legais pré-estabelecidas e, percebendo-se a simbiose existente entre as partes, ainda que agindo, em pólos opostos de possível conflito. A solução conflitual, neste prisma, deve zelar pela eficiente negociação dos interesses colimados.

O Estado Ocidental se conforma segundo os ditames de um Sistema de Economia de Mercado, hoje neo-liberal e globalizante. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988,

por sua vez, alterada, já, por mais de cinquenta Emendas Constitucionais, ocupa-se de ordem econômica que, se priorizava, no seu artigo 170, os valores da livre iniciativa ombreados com o trabalho, desenha-se, agora, com inúmeras medidas de viés liberalizante (eliminação da distinção entre capital nacional e estrangeiro, privatizações, atividade regulatória e minimamente intervencionista do Estado, entre outros), ainda, tocada por aspectos sociais (artigo 7º, função social da propriedade e tantas outras particularidades que lhe caracterizaram como a Constituição Cidadã).

Resta, portanto, neste Contexto Legal Máximo, estipular o Direito Infra-Constitucional adequado com a Ordem Econômica Material brasileira, escolhendo-se os interesses a serem protegidos e adjudicados pela lei – *civil law*, atribuindo determinado valor em detrimento de outro; mormente, considerado em parte, ainda que não exclusivamente, o problema econômico da escassez. Defende-se, pois, quanto à difícil, porém, inevitável tomada de posição ante os mais diversos questionamentos do viver a aplicação de inovadora forma de analisar o problema jurídico segundo método próprio ao exercício da vontade, seja normativa, quando da elaboração da norma e uso funcional do Direito, seja positivista, na verificação real do fenômeno social e prospecção de futuras possibilidades fenomenológicas. Procura-se, em verdade, a real possibilidade de ser elaborada nova Teoria Geral do Direito e de se aplicar metodologia que permita a *escolha*, dentre as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do Direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social.

Intenta-se, portanto, superar o “senso comum teórico dos operadores jurídicos” que, em meio a ideais distintos de justiça e ao nefasto formalismo que desconsidera o mérito em detrimento da forma. O modelo jurídico puro kelseniano já não corresponde às necessidades sociais, ao mesmo tempo em que se tem, por reprovável, levantar bandeiras extremistas desacreditando-se as instituições, os sistemas jurídicos e idealizando-se sociedades perfeitas à margem do concretamente possível e, mesmo, do legal-instituído que se faz substituir por fetiches ideológicos e manipuladores da real vontade popular.

A guiar solução intermédia, está a necessária inovação em favor de Direito possibilitador da transigência e negociação, não como ideal inalcançável, mas como solução instrumentalizadora do real e possível para a tomada de decisão pragmática e eficiente, porém, ainda, socialmente inclusora e adequada ao desenvolvimento sustentável. Esse é o Direito que, inevitavelmente, acompanha a fenomenologia, conforme a ideologia político-sócio-econômica adotada para o Estado, servindo como instrumento capaz de ouvir a voz de todos na solução de seus conflitos e, para o reconhecimento de seus direitos e garantias,

considerando a pluralidade de uma sociedade que não se pode ver submetida ao individual ineficiente e ao casuísmo das arbitrariedades. A Ordem Normativa Brasileira e, em especial, o Direito Econômico, deve, pois, ser apreciada segundo critério analítico inerente à própria Teoria Geral do Direito ou segundo método interpretativo que revele as possibilidades reais de solução das lides jurídicas, até mesmo, aclarando a dicotomia entre o Direito e a Economia na busca da necessária governabilidade técnico-racional maximizadora de resultados e da defesa da prática técnico-legal-formalista defensora dos direitos individuais.

1 Aspectos Históricos

A crise do Estado intervencionista ou *Welfare-State* contribuiu para que fossem discutidos pontos de estrangulamento do sistema como um todo, procurando-se alternativas que viabilizassem as instituições dentro de contexto social carente de soluções para os conflitos sociais. Nos Estados Unidos da América, até os anos trinta, a intervenção estatal na Ordem Econômica - de mercado - era tida como extraordinária. Após, especificamente depois de 1933, com a instalação do *New Deal*, o intervencionismo passou a ser a prática estatal e, em decorrência disso, surgiu movimento questionador dos valores sagrados do Direito norte-americano denominado “Realismo Jurídico”, que, por sua vez, fez abandonar o estreito caminho da jurisprudência não questionada, fonte de insegurança dos julgados¹.

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

À luz da *Law and Economics* (LaE), intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento equitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve

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

comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos.

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

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

2 Escolas da *Law and Economics* (LaE)

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

A LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica, como, quando de sua verificabilidade, já, em instância de aplicação ao caso concreto pelo magistrado. Dessa forma, a racionalidade econômico-jurídica interage com o meio, de forma a determinar e influenciar a práxis jurídico-social e o delineamento de novas

matizes no ordenamento em geral, segundo novos padrões econômico-valorativos quando da apreciação judicial de casos por meio desse novo enfoque interpretativo-jurídico.

Ora, se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado e se, evidentemente, presente está, no homem, a sua necessidade de sobrevivência conforme uso de escassos recursos; seu proceder deve ser pautado por racionalidade lógico-formal que leve à eficiência e maximização de interesses. Nesse quadro, resta, ao Direito, espelhar esta realidade social e adaptar seus critérios ao ideal de justiça próprio da referida sociedade eficiente. Não se está, assim, a pugnar pelo vilipêndio das máximas jurídicas mas, tão somente, a redirecioná-las à realidade palpável do dia a dia.

Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso hegemônico, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme à realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros - riqueza - e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética socio-econômico-normativa construtiva e inclusora. Karl Marx, em sua obra, já atentava para visão interdisciplinária entre o *Econômico* e o Direito, sugerindo a influência daquele sobre este, delimitando os fundamentos da Interpretação Econômica do Direito e afirmando que a “soma total das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, os alicerces reais sobre os quais se constroem as superestruturas legais e políticas”.² Já Posner, destacando a aplicação da Teoria Econômica ao Direito, em sua maestria afirma que a nova concepção de direito e teoria econômica, “nesta última década e meia é a aplicação das teses e métodos empíricos da teoria econômica ao sistema jurídico”.³ O autor fornece, ao Direito, fundamentação segundo critérios de racionalidade econômica; quais sejam, valor e eficiência, assim como, os concebe Wilfredo Pareto⁴. A maximização de resultados, pois, torna-se valor social máximo a ser defendido pelo Direito abordado pela Teoria Econômica que, racionalizada sobre ética maximizadora da riqueza, busca diminuir os custos sociais, externalidades e os desperdícios. A aplicação da *LaE* observa posturas de economistas e juristas defendendo, como postulados maiores, os seguintes: I - As leis jurídicas devem guardar mínima harmonia com as leis econômicas; II - O Paradigma jurídico deve voltar-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção da riqueza e III – Predomina o individualismo metodológico na tomada de decisão;

² MARX, Karl. *Para a crítica da Economia Política*. Tradução de Edgard Malagoli. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

³ POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p.16.

⁴ PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

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

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

3 Princípio da Eficiência Econômico-Social

Pequena contribuição no entendimento e aperfeiçoamento do Direito, para o momento, e, segundo as atuais circunstâncias, é a utilização da perspectiva econômica de olhar e, realmente, ver o Direito através dos institutos da Ciência Econômica.

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

A tendência mundial, em consequência da abertura econômica verificada no início do terceiro milênio, aponta para a disseminação dos processos econômico-sociais possibilitando a caminhada em busca da solução conjunta de problemas recíprocos em escala mundial, na medida em que se perde o sentido tradicional clássico de soberania e nacionalidade e se busca a igualdade global pela universalização⁵ e conseqüente surgimento do cidadão global. Se as ideologias capitalistas e socialistas não mais são convincentes do ponto de vista humanitário, intentada a terceira via, é mister que seja dado tratamento homogêneo, por parte de toda a humanidade, para problemas cruciais, tais como: a preservação do meio ambiente, o uso da energia nuclear e a pesquisa bacteriológico-química, solução de conflitos armados, dissuasão do uso e tráfico de drogas, abastecimento mundial de gêneros e água, assim como, tantos outros temas que, isoladamente tratados (e pseudo-resolvidos) não oferecem segurança para a sobrevivência da humanidade como um todo.

Mesmo agindo egoísta e utilitariamente⁶, o homem pode alcançar a luz da ação de consideração pelo outro pois, não o fazendo, condenar-se-á a sua própria sorte. A irracionalidade obscura levará ao extermínio, até pela deterioração do Planeta Terra, assim como ocorreu com tantas civilizações que pereceram, anteriormente, pela falta de fraternidade e pela falta de percepção do óbvio: a humanidade cresce globalmente e a transitoriedade da vida individual não representa nem justifica o isolacionismo doentio do poder ineficiente.

Como, então, convencer os abastados a globalizarem benesses partilhando-as com os despossuados dentro de um processo globalizante? Através da negociação. Em verdade, se a internacionalização dos mercados é inexorável, se a lógica economicista impera, não se pode ser ingênuo e acreditar em um perfil filântropo das nações bem aquinhoadas. Entretanto, com firmeza de propósitos e determinação, passo a passo deve ser alcançada e demonstrada a séria intenção de progresso, através da auto-estima, da autodeterminação e da parcimônia dos

⁵ Bobbio fala do Direito Universal: (...) “é a idéia limite do universalismo jurídico contemporâneo; é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à idéia de um direito natural revelado à razão, mas através do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um Direito positivo universal.” Ver in BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5.ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1994, p.165.

⁶ O homem, agindo egoisticamente, acaba por trabalhar em função do social, sob pena de não o fazendo, sucumbir pela impossibilidade de subsistir em meio à ruína total de seus semelhantes. Ensina Oscar D. Corrêa sobre o altruísmo interessado que, por fim, leva à integração dos homens: “Por isso falamos em egoísmo execrado e em altruísmo interessado: o homem verificou, nesses milênios de convivência, que não pode viver só para si, para seus interesses, sua vontade, porque tem de conviver (viver com) Melhor, pois, que aprenda a fazê-lo. Abrindo mão, interessadamente, de algumas pretensões, para realizar outras, na escolha forçada, na opção necessária e econômica (em face da escassez) e racional, de quem não pode conseguir tudo. (...) A abdicção parcial em favor do social é, por isso, altruísmo interessado, ou egoísmo inteligente (...) Como, aliás, na vida, em geral, acontece” (...) Ver in CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 151.

gastos públicos e privados por parte dos povos menos favorecidos; restando, ainda, o convencimento pela via diplomática. O caminho é árduo e longo; mas, também, é inexorável como forma de condução do pensamento pela educação em detrimento da ganância desmedida e da violência.

É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado, do Direito e do mercado. Os indivíduos buscam, nas instituições econômico-políticas a maximização de suas expectativas de forma a ser obtida a maior diferença custo-benefício, o que não quer dizer que a forma de obtenção dessa maximização de resultados ocorra, sempre, de forma indolor e equilibrada, ainda mais, se consideradas todas as contingências internacionais. Tem-se, então, tal como ensina Adam Przeworsky, papel preponderante para o Estado⁷ hodierno, na medida em que distribui renda e aloca recursos que o mercado é incapaz de fazer em função da impossibilidade de sua auto-reprodução *ad infinitum*, devido à monopolização e a desmercantilização. Dessa forma, o sistema econômico ideal deve perpassar o mercado globalizado e universalmente regulamentado como derradeira forma de atenuação entre a planificação - em que se tem a desvantagem de perder o referencial do valor econômico - e a concorrência desleal de mercado - que faz desaparecer as possibilidades de coexistência.

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

Em função do exposto, tem-se que a tomada de decisão administrativa ou jurídico-legal não pode fugir do contexto de integracionismo em escala mundial, da difusão de um Direito racional e conforme as possibilidades reais de meios concretos e da implementação de mercado que não pode se tornar arena da barbárie. O problema está em estipular, no Direito, o que deve ser, segundo critérios, que, embora metafísicos, sejam factíveis. É o que o positivismo tentou; porém, como se percebe, de forma ineficaz, uma vez que não bastou corporificar o princípio através da lei codificada que; na maior parte das vezes, ainda

⁷ PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Tradução de Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 98.

continuou descompromissada com o real em nome de valores inapropriáveis do campo metajurídico. A lei, freqüentemente, é criação ideológica do homem que, desconectada com a realidade, acelera o processo conflitivo ao invés de solucionar as crises sociais.

4 A Metodologia Jurídico-Econômica

Aplicar a Teoria Econômica ao Direito é possibilitar este critério único e racional para atingir-se um “dever ser” possível, segundo condições dadas, diferentemente do dever ser idealizado, mas, freqüentemente, inatingível devido ao seu descomprometimento com o mundo real ou seu caráter meramente político-ideológico. Não obstante a constatação de dificuldades metodológicas quando do uso da Teoria Econômica para a análise e interpretação do Direito, é inegável a utilidade do instrumental teórico-econômico, seja como metodologia de interpretação da norma existente, seja como fundamento basilar na feitura desta. Dessa forma, no mínimo, serão eliminadas ou compensadas as ineficiências; tais como, as externalidades⁸ de mercado, uma vez propiciada a metodologia econômico-jurídica própria para a distribuição ou redistribuição da riqueza e consagração de direitos segundo a capacidade que tenham, os agentes envolvidos, de promover o melhor bem-estar social através do uso eficiente dos recursos e evitando os custos sociais ocasionados pelas externalidades negativas.

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

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

⁸ Diferença entre os custos particulares e os custos sociais ou entre lucros particulares e lucros sociais.

e do benefício de decidir, ainda, ponderando o objetivo a ser atingido e o conseqüente custo para alcançá-lo.

Basicamente, a análise de custo e de benefício objetiva a internalização dos custos externos considerando, para tanto, como instrumento de medida, o valor de mercado ou, na falta deste, o “preço-sombra”⁹ obtido a partir da apreciação do valor, fora de mercado. O Direito, em função da eliminação do desequilíbrio social, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades mais eficientes. Os governos, a partir da lógica do jurista-economista, devem maximizar suas decisões quando da implementação de políticas econômicas e sociais eliminando externalidades – que devem ser incluídas no cálculo econômico, tal como defendido segundo o PEES.

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

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

5 A Justiça Econômica

⁹ Preço – Sombra – ou preço *contábil* – é o preço que o economista atribui a um bem ou fator com base no argumento de que ele é o mais apropriado para a finalidade do cálculo econômico do que o seu preço vigente, se houver algum.

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

Justiça, segundo a ótica econômico-jurídica, refere à compensação de cada agente, no mercado, segundo seu interesse, observado o interesse de terceiros¹⁰. Essa idéia pode ser escrita da seguinte forma: Justiça, segundo a ótica do Direito Tradicional, é dar a cada um o que lhe pertence – Justiça Corretiva em Aristóteles, ou, ainda, segundo o Mestre macedônio, tem-se a idéia de justiça distributiva conforme a proporcionalidade em que cada um tenha contribuído para o bem estar social, ou seja, tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade¹¹. Por fim e, segundo máxima inolvidável, justiça é fazer aos outros o que se gostaria que fosse feito a si - alteridade. Dentro da ótica economicista pragmática, a justiça deve ser alcançada não em função da necessidade de retribuição de um dano causado, por exemplo, mas da composição ideal das partes para, assim, ser alcançado estado superior de bem-estar para todos os envolvidos.

Defendida a justiça econômica como pragmática, deve ser lembrada a posição de Hayek ponderando que não se pode atribuir o conceito de justiça a processos econômicos, cujos resultados são naturais segundo Leis Econômicas específicas. Atribuir à determinada consequência de uma ação lógica, segundo as máximas da Ciência Econômica, a qualidade de justa ou injusta é o mesmo que acusar a medicina de não observar as normas de culinária. Hayek¹² ensina que, em uma economia de mercado liberal, os preços - como sinalizadores das atividades e produtos necessários - tão somente indicam as necessidades individuais e sociais que devem ser satisfeitas, desconsiderando o mérito ou a ética da escolha natural de mercado – *catalaxia* – e cumprindo papel indicativo das ações humanas naturais que, de outra

¹⁰ Posner trabalha a questão da justiça distributiva, bem como, da justiça corretiva, a partir de Aristóteles, afirmando que é necessário corrigir o senso comum de que as idéias Aristotélicas, bem como, Kantianas de justiça são mais aceitáveis, moralmente, do que aquelas próprias de uma visão pragmática e instrumental in *The Problems of Jurisprudence*. (...) *Op. cit.*; p 313-352.

¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kurg. Brasília: UNB, 1992, p. 95.

¹² HAYEK, Friedrich. August von. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985, p. 129-157.

forma, seriam determinadas em um curso alterado - forçado - através de um critério qualquer aleatoriamente escolhido ou imposto. Nesse sentido, a liberdade de mercado é o melhor caminho para que se faça justiça e bem-estar.

6 O Direito Internacional Econômico e as Relações Internacionais

O Direito e, mormente, o Direito Internacional, especialmente, Econômico, deve ser visto como instrumental teórico muito próximo da vida do cidadão que, se habitando o minúsculo “município”, não está, absolutamente, isento das vicissitudes impostas pela Ordem Sócio-Político-Econômica Internacional; senão, muito pelo contrário, em tempos de “globalismos”, a influência do “outro”, pode e, freqüentemente, ocorre em virtude da ação de tantos agentes atuantes na Esfera Global. A interdependência entre os agentes e o estreitamento de relações econômico-sociais fazem urgir a flexibilidade do instituído de forma a agilizar as relações de produção, repartição, circulação e consumo da renda agregada em escala individual e global. Destarte, o Direito Internacional Econômico não pode olvidar de uma análise ou interpretação progressista, inclusora, voltada para o desenvolvimento dos povos da “Gaia”. Não há lugar para o isolacionismo, para a indiferença, para a desconsideração do outro ou para a atitude tacanha do individualismo cego e, está aí, no cenário político-econômico-jurídico mundial, extremamente competitivo, individualista, egoísta, exclusor e mantenedor das diferenças o grande desafio da evolução da espécie humana, do desenvolvimento econômico-social e da conquista de um processo legiferante nacional e internacional, bem como de uma prática judicial que, se eficazes e eficientes, devem, ocupar-se da internalização das externalidades negativas do sistema, propiciando, ainda, bem estar social, maximização de resultados individuais para todos, compensação dos prejudicados no sistema de adjudicação do Direito e a criação e análise jurisprudencial vinculada com o PEES.

A sociedade, na medida em que toma consciência de si através da maturação político-ideológica, do implemento da cidadania ativa e, ainda, pela evolução econômico-material e espiritual, gera ansiedade em relação à norma e à sua aplicação que, por sua vez, deve acompanhar esse evoluir. Do contrário, pode se tornar ineficaz e obsoleta, levando, ainda, ao mal-estar característico do Direito desvirtuado do fato social.

Não se desconhece que o Direito é importante fator para promover o crescimento econômico, mas é preciso ir além, fazendo com que a ordem jurídica influencie as instituições internacionais e promova a “alteridade” mesmo em condições econômicas marcadas pela

ganância. Com isso, a “cooperação internacional para o desenvolvimento necessita, ela própria, de se adaptar ao movimento de mundialização da economia. É um dado adquirido que, nos tempos que correm, a política de cooperação não se focaliza apenas na questão da ajuda”.¹³

Quando as normas do Direito Internacional não correspondem às expectativas sociais, é porque derivam de modelo econômico afastado da sociedade civil e legitimado em mero procedimento sistêmico técnico-burocrata. Por isso, a questão não se situa meramente na “defasagem entre o Primeiro e o Terceiro Mundo, Norte e Sul, desenvolvidos e subdesenvolvidos, ricos e pobres, se é imoral e errada. São as duas coisas. De certa forma, o mais significativo é o fato de essa desigualdade ser uma fonte de dificuldades para todos”.¹⁴ O resultado derradeiro é a consciência por parte do operador jurídico que o conceito de desenvolvimento não pode restar minorado à noção de crescimento econômico, eis que abrange valores sociais atrelados à integridade da pessoa humana. Hodiernamente, presencia-se forte questionamento popular sobre a atuação dos poderes legiferantes Estadais e internacionais no que diz respeito à sua eficiência na solução das lides e na elaboração e aplicação do Direito que, também, se vê questionado.

Se para desenvolver, a sociedade humana buscou a criação do Estado de Direito e da *lex mercatoria* que, por sua vez, culminaram, no século XIX, no modelo do *Welfare State*¹⁵; agora, no século XXI, faz questionar e impõe inovador modelo jurídico-econômico capaz de embasar as relações internacionais tão ágeis, fugazes, inusitadas, complexas, informatizadas, dinâmicas e exclusoras como as que a pequena aldeia global propõe e exige na atualidade, segundo critérios de eficiência no uso da riqueza sem descuidar da necessária inclusão social aos moldes do que, aqui, se defende como Princípio da Eficiência Econômico-Social.

Respeitada a posição daqueles que não podem aceitar a economicidade no Direito ou a associação da eficiência com justiça, resta, como verdade, a garantia de regras iguais e proteção institucional das relações sociais para a consecução de profícuo trabalho com vistas ao desenvolvimento humano. Necessária, pois, é a busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade no exercício da atividade econômica, uma vez que

¹³ BÉLANGER, Michel. *Instituições Económicas Internacionais*. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 226.

¹⁴ DALAI LAMA. *Uma ética para o novo milênio*. 7.ed. Tradução de Maria Luiza Newlands. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 182.

¹⁵ *Welfare State*, de uma forma simples, pode ser tido como o Estado assistencial em que o desenvolvimento ocorre segundo padrões de excessivo endividamento dos governos mediante maciços empreendimentos estaduais, buscando a dinamização do processo econômico através da intervenção do Estado na ordem econômica, seja normatizando-a, seja atuando como importante agente econômico.

se reconhece, em um estado de concorrência perfeita no qual não impere o despotismo dos economicamente poderosos, o estado utópico do sistema econômico. O resultado do *modus operandi* dos agentes econômicos, inseridos em contexto regulamentado, é, em última instância, a defesa de seus interesses pessoais e diretos, tais como: a sobrevivência e a satisfação de suas necessidades vitais, dentre outros; de modo racional, através do uso eficiente dos escassos recursos, seja, por meio do indicativo do mercado em primeira instância ou, na falha deste, através da regulamentação que deve, invariavelmente, defender “o interesse econômico-social”¹⁶, segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social.

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

Considerações Finais

A crise do Estado intervencionista ou *Welfare-State*, contribuiu para que fossem discutidos pontos de estrangulamento do sistema como um todo, procurando-se alternativas que viabilizassem as instituições dentro de contexto social carente de soluções para seus conflitos. Em resposta e superação do instituído, segundo a perspectiva do “ter capitalista”, surgiu, na década de sessenta, nos Estados Unidos da América (EUA), a doutrina da análise, ou mesmo, interpretação do Direito segundo o instrumental teórico-analítico da Ciência Econômica, que passou a destacar o “usar eficiente em detrimento do ter”.

O homem é mais que seus desejos materiais, é ser social que necessita da sociedade para, assim, usufruir com plena intensidade o seu direito de vida. Partindo do pressuposto de que o direito internacional desenvolve-se em ambiente orientado pelo interesse econômico e que alternativas idealizadas já fracassaram diante dos egoísmos que caracterizam o sistema,

¹⁶ Segue-se a lição de Rudolf Von Jhering para afirmar que *o Direito é o interesse juridicamente protegido*; acrescentando-se que o interesse, no mundo hodierno, é a manutenção de patamares desenvolvimentistas eficientes nas relações sociais. JHERING, Von Rudolf. *La dogmática Jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 189.

propõe-se a viabilidade da doutrina *Law and Economics*, enquanto critério orientador para criação e aplicação das normas.

Tal fato decorre da necessária interatividade que deve haver, entre os interesses econômicos que caracterizam o cenário internacional e a premência em desfazer as desigualdades de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Deseja-se, com isso, vislumbrar espécie de convergência entre os ideais sociais e os princípios da ordem econômica, sob risco de um ameaçar o outro.

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica, tornando o primeiro racional, segundo os parâmetros da segunda Ciência, torna-se possível, segundo aplicação do PEES, uma vez que o comando normativo seja exequível. Desse modo, dadas as restrições materiais (escassez), segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto e mediante o implemento do tratamento equitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais, busca-se promover a derradeira justiça em uma perspectiva econômica, ao difundir incentivos para a ação socialmente desejada.

No caso específico do Direito Internacional Econômico, deve ser aventada a possibilidade de sugerirem-se modificações na criação normativa e nos processos decisórios da solução de controvérsias, a partir da pragmática interpretação normativo-econômica. Propõe-se, assim, dinâmico Direito interpretado à luz da eficiência e da racionalidade econômica, mas não se desprezando uma visão social dos fenômenos, *maxime* quando se almeja o desenvolvimento e não meramente o crescimento econômico. As externalidades que surgirem nesse processo, como a fome, a violência social, o desemprego e outras mazelas, necessitam ser incluídas em cálculo econométrico para serem mensuradas, sob risco de naufragar como ideal inalcançável.

Abre-se, pois, perspectiva que busca amenizar as angústias que rondam os ideais de uma ordem jurídica mundial mais equilibrada. Naturalmente, não se desconhecem as extremas dificuldades que deverão ser vencidas frente a um histórico desequilíbrio entre o individual e o coletivo, entre o atraso e o desenvolvimento, entre os métodos jurídico-coercitivo e jurídico-persuasivo. De qualquer maneira, o debruçar sobre novas soluções precisa ser exercitado para lançar alternativas capazes de fomentar a discussão e viabilizar estratégias na busca do bem-estar social, econômico e jurídico.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kurg. Brasília: UNB, 1992.

ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Tradução de Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.

BÉLANGER, Michel. *Instituições Económicas Internacionais*. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5.ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1994.

CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

DALAI LAMA. *Uma ética para o novo milênio*. 7.ed. Tradução de Maria Luiza Newlands. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

HAYEK, Friedrich. August von. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.

JHERING, Von Rudolf. *La dogmática Jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946.

MARX, Karl. *Para a crítica da Economia Política*. Tradução de Edgard Malagoli. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

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

POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge.: Harvard University Press, 1990.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Tradução de Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.