

Economia do Direito Romano-Germânico: Considerações sobre Kelsen e Luhmann

Roland Veras Saldanha Jr (rsaldanha@actiomercatoria.com.br)

“There may well be definite although wide boundaries on both explanative and reformative power of economic analysis of law. Always, however, economics can provide value clarification by showing the society what it must give up to achieve a noneconomic ideal of justice. The demand for justice is not independent of its price.”

(Posner, R. Economic Analysis of Law, 1992)

I. Introdução

Com lentes diversas, não obstante voltadas a um mesmo fenômeno, o Direito e a Economia revelam-se ramos da práxis e conhecimento humanos ainda praticamente estanques nos países da tradição jurídica romano-germânica. No Brasil e em outras sociedades orientadas pela dogmática civilista, permanecem incipientes o interesse científico-econômico sobre o Direito e a assimilação de argumentos de Economia do Direito pela ciência e operação jurídicas.

Contraposta à realidade vivenciada nos Estados Unidos desde a década de 1970 - período que marcou a mais intensa disseminação das idéias da escola de *Law & Economics* entre a comunidade jurídica local (Mackaay, 1999a) -, a experiência da comunidade civilista revela-se intrigante, particularmente quando se constata a fertilidade desperdiçada da região em que se sobrepõem as duas áreas do conhecimento humano.

Espraiando-se por outras sociedades de língua inglesa, a Economia do Direito já é reconhecida como movimento jusfilosófico autônomo no Direito da *common law* (Kelly, 1996:436), encontrando-se como matéria regularmente analisada nos cursos de Direito e motivo de programas interdisciplinares pós-graduados em diversas instituições de ensino (Cooter e Ulen, 1988: Prefácio). Em que pese o predominante papel da escola de Chicago no desenvolvimento das contribuições da Economia do Direito, as escolas Austríaca, Institucionalistas e Neo-Institucionalista paulatinamente ganham inserção teórica nas duas últimas décadas, expondo o interesse e o potencial percebidos no meio econômico-científico em relação ao tema (Makaay, 1999b).

Evitando a simplista atribuição das discrepâncias internacionais no interesse pela matéria da Economia do Direito à dicotomia entre as famílias da *common law*¹ e romano-germânica, este ensaio pretende avaliar o potencial inexplorado deste movimento intelectual para além das fronteiras dos Estados Unidos^{2,3}.

Trata-se, desta forma, de um argumento que busca avaliar a possibilidade e a probabilidade de um transplante de doutrinas, leis e práticas entre sistemas jurídicos nacionais, por esta via assemelhando-se a um estudo de Direito comparado ou, com maior rigor de posicionamento frente ao objeto da investigação, de Economia do Direito comparada. A presente análise, entretanto, se restringirá a aspectos bastante gerais nas comparações realizadas, tomando o paradigma científico kelseniano como representativo dos sistemas jurídicos do veio civilista e contrapondo as grandes linhas desta abordagem às principais idéias e práticas da Economia do Direito, conforme inserta na orientação jurídica norte-americana.

Como se procurará mostrar, o abrupto corte metodológico kelseniano não afasta a proposta da Economia do Direito, dando condições de possibilidade à translação imediata desta à realidade jus-civilista. Não obstante, no âmbito do estrito formalismo desta empreitada teórica encontra-se insuficiente luz ao aprofundamento da avaliação de alguns aspectos distintivos da abordagem econômica aos fenômenos sociais, particularmente dos critérios práticos de eficiência e instrumentalidade, excluídos do âmbito do objeto kelseniano.

No intuito de melhor esclarecer o efetivo potencial da Economia do Direito à sociedade, o contraponto desta abordagem teórica à perspectiva inovadora ao Direito desenvolvida por Niklas Luhmann (1993) apresenta algumas vantagens. Crítico tanto em relação à visão kelseniana quanto à da Economia do Direito, Luhmann apresenta um abrangente referencial de análise ao Direito no paradigma funcionalista dos sistemas autopoieticos. Da avaliação do argumento luhmanniano e suas conclusões gerais, encontra-se a oportunidade de situar com rigor a

¹ Diante da variedade de sentidos que podem ser atribuídos à expressão “*common law*” (Soares,1999), entende-se aqui, por ela, a indicação de um sistema jurídico em que a definição de regras abstratas de Direito é permitida aos juízes ou tribunais, tratam-se de sistemas jurídicos em que é destacado o papel da “*judge-made law*”.

² Nos Estados Unidos existência de uma constituição escrita e de crescente conjunto de leis (Tratados Internacionais, *Executive Agreements*, *Federal Statutes*, *State Statutes*) hierarquicamente ordenados convive com as “*judge-made laws*” , pelo que este país adota um regime de *common law* misto.

³ Soares (1999:17) chama a atenção para o risco terminológico de se referir a “um” direito da *common law* estadunidense, posto que, pelas tipicidades do sistema federalista daquele país, há importantes diferenças no direito aplicado em cada estado federado. No tratamento geral e abrangente do presente argumento, entretanto, não se antecipam consequências maiores pela desconsideração desta peculiaridade.

relevância e pragmatismo da iniciativa jus-econômica, desde já apresentada como distante da pretensão universalista do sociólogo alemão.

Desenvolve-se o ensaio em três etapas. Na Seção II realiza-se o delineamento do objeto e metodologia da Economia do Direito, buscando situá-la no ambiente doutrinário norte-americano. A matéria jurídica é explorada na Seção III, com breve apresentação das abordagens kelseniana e luhmanniana ao Direito, detectando na avaliação conjunta dos distintos enfoques científicos um espaço adequado ao florescimento dos argumentos de Economia do Direito. A possibilidade e oportunidade do transplante das idéias do movimento interdisciplinar norte-americano aos sistemas jurídicos da tradição civilista são pormenorizados, em conclusão, na Seção IV.

II. Economia do Direito

As inserções da Economia⁴ para além da análise dos fenômenos de mercado não raro trazem incômodos a outrem, por vezes inclusive a economistas avessos a uma compreensão mais abrangente do objeto de estudo de sua ciência. Satisfeitos alguns pressupostos discursivos, entretanto, os eventuais conflito e desconforto podem ser encaminhados ao mútuo entendimento.

Permanecendo no âmbito de um discurso racional, a probabilidade de obtenção de uma solução consensual baseada em pretensões de validade⁵, amplifica-se na medida (i) que os envolvidos significam a mesma coisa com as palavras e expressões utilizadas, (ii) que os envolvidos consideram-se mutuamente racionais e responsáveis pelo que dizem e (iii) que, na hipótese de obtenção de uma solução, os argumentos subjacentes empregados sejam percebidos como verdadeiros, havendo caminhos para que, na possível e posterior percepção de falsidade ou engano, haja espaço para a reabertura das discussões e questionamento da solução anterior.

Supondo (otimisticamente) satisfeitos os dois últimos quesitos numa discussão científica haveria, entretanto, exagero de otimismo em se imaginar que economistas e juristas compartilhem de um mesma terminologia e compreendam as argumentações recíprocas sem

⁴ Nesta apresentação toma-se por referência as orientações e conceitos predominantes na análise econômica do Direito, imediatamente identificados com a abordagem neoclássica, estruturada nos modelos de escolha racional (ver. Buchanan, 1989: Cap. 3).

⁵ Habermas (1983), de quem se emprestam estes pressupostos à obtenção do mútuo entendimento dos indivíduos, emprega a expressão “pretensão de validade” (*validity claim*) no sentido da implicação, pressuposição ou referência à veracidade daquilo que se diz em relação ao mundo “objetivo”.

significativa dissonância. De fato, o potencial para incompreensões é amplo e, por vezes, proposital. Como testemunha Klevorick (1975: 239), nas aplicações mais interessantes da Economia ao Direito os economistas propõem um vocabulário diferente, uma nova estrutura analítica aos problemas jurídicos. Alternativamente, a assimilação e dimensionamento das questões jurídicas relevantes, tarefa árdua aos versados em Direito, torna-se razoavelmente ainda mais complexa aos não juristas.

Deste ponto, parece justificada alguma sobrecarga de zelo na apresentação do objeto e metodologia da Economia do Direito. Em perspectiva geral, a Economia do Direito pode ser entendida como um conjunto de esforços analíticos voltados à aplicação das teorias e métodos econômicos no desvelamento da lógica subjacente à formação, estruturação, implementação e efeitos das leis e instituições jurídicas nas sociedades.

Para que sejam visíveis a um cientista econômico, os fenômenos precisam ser estruturados em termos de uma contraposição entre recursos escassos e fins alternativos - em problemas econômicos de escolha. Objeto abrangente, a insuficiência dos meios disponíveis à satisfação dos variegados desejos humanos torna praticamente toda escolha humana passível do escrutínio econômico. São limitados os recursos disponíveis aos homens em sociedade nas mais diversas dimensões, especialmente escassos seu tempo de existência, suas capacidades cognitiva e sensorial, assim como os meios físicos e institucionais que empregam no intuito de viabilizar a coexistência em sociedade. Aparecem, em oposição, múltiplos e potencialmente infinitos os desejos e as necessidades humanas.

Não partindo de um objeto estreito, a efetiva limitação e conformação da Economia em sua prestação científica à sociedade decorrem do uso de uma metodologia bastante precisa e peculiar. No *mainstream* econômico há relativo consenso sobre a identificação da própria Economia com seu método de estudo, vale dizer, com a metodologia ínsita aos modelos de escolha racional (Becker, 1976; Kerkmeester, 1999).

Efetivamente, este método de observar o fenômeno social é a marca inconfundível dos argumentos de Economia do Direito. Em sua essência, um modelo de escolha racional encontra amparo em dois postulados fundantes, representados pelas idéias do individualismo metodológico (IM) e da maximização da utilidade (UM)⁶.

A abordagem econômica à sociedade toma como unidades de análise os indivíduos. Pelo postulado do individualismo metodológico quer se atribuir exclusivamente a estes a capacidade de escolha e ação, escoimando da pauta as explicações metafísicas aos fenômenos observados e facilitando, ao menos em tese, a verificação empírica das suposições formuladas.

⁶ Esta apresentação segue Buchanan, *op. cit.*

Sob hipótese alguma – e este é um tópico extremamente sensível ao público não especializado –, deve-se entender como implicação do postulado IM a representação de indivíduos auto-centrados ou socialmente isolados. O IM é perfeitamente compatível com o altruísmo e com a influência das interações sociais sobre as escolhas – inclusive dos efeitos do direito nas condutas humanas –, pelo que não se encontra na aquiescência deste postulado qualquer opção ideológica específica.

O outro postulado dos modelos de escolha racional evidencia, novamente, estruturação ideologicamente neutra. Pela maximização da utilidade, em sua apresentação mais geral, quer se dizer que existe alguma lógica subjacente às escolhas individuais, que estas são passíveis de averiguação científica tradicional. A expressão é composta por termos econômicos seculares, que merecem tratamento próprio para que não reste dúvidas de significação.

A otimização ou maximização quer indicar a busca de uma solução ótima, encontrando-se sempre circunscrita às aplicações teóricas particulares em que se encontra. Assim, a lógica hipotetizada para as condutas individuais, conforme exposta no conjunto de incentivos e restrições especificamente considerado, é estruturada de forma que a “maximização” implique a validação das hipóteses levantadas. Em termos intuitivos, “maximizar” representa ir em direção a um conjunto de objetivos ou fins, agir conforme determinada lógica.

No vocábulo “utilidade”, a seu turno, depara-se com a necessária inclusão das preferências individuais na estrutura do problema econômico. O contraste entre meios e fins, possibilidades e desejos, é inerente à configuração das escolhas individuais. Representando o “maximizando” - aquilo que o indivíduo supostamente tenta otimizar -, a “utilidade” é apenas uma representação formal destes desejos, sem impor o termo qualquer limitação sobre a quantidade ou qualidade dos mesmos. Assim, *a priori*, o lazer, o amor, o respeito às normas, apresentam-se como “variáveis” tão adequadas a influir sobre a utilidade e escolhas individuais quanto o lucro ou o consumo de mercadorias.

A presença das preferências na estrutura dos problemas econômicos, não obstante, traz uma relevante dificuldade operacional à Economia. De fato, a justificativa das escolhas observadas por intermédio de raciocínios baseados em alterações ou diferenças nas preferências individuais fragilizaria sobremaneira a robustez da argumentação econômica. É certo que dois indivíduos podem agir de forma diferente apenas porque assim “preferem” fazer, cumprindo, então, tentar desvelar os motivos que determinam as diferenças nos gostos individuais para que se chegue a uma possível explicação para a discrepância de condutas. A explicação baseada em diferenças ou alterações nos gostos, entretanto, não faz parte do instrumental típico da Economia. Em estratégia pragmática, os economistas apenas recorrem às explicações psicológicas quando não

logram obter resultados empiricamente sustentáveis na avaliação do comportamento das variáveis econômicas. Neste sentido, célebre a recomendação de Becker e Stigler (1977) em *Des Gustibus Non Est Disputandum*, pugnando pela suposição de preferências estáveis na teorização econômica.

No sucesso da abordagem das escolhas racionais em encontrar respaldo empírico aos modelos e teorias que desenvolve, encontra-se a principal justificativa da predominância deste método na análise econômica. Um rígido critério empírico de seleção das diferentes idéias econômicas, por sua vez, constitui o filtro interno que concomitantemente expõe as fragilidades e reconhece os pontos fortes das diferentes proposições teóricas, impulsionando a Economia para a destacada posição que atualmente ocupa entre as ciências sociais.

Delimitados o objeto da Economia e feitas estas considerações metodológicas, têm-se no objeto da Economia do Direito a aplicação dos modelos de escolha racional ao cenário jurídico, *latu sensu*.

Nos Estados Unidos, as sementes do paradigma da Economia do Direito são encontradas em contribuições esparsas desde a década de 1930, como os estudos sobre a natureza econômica das firmas por Ronald Coase⁷ (1937) - praticamente negligenciados à época - e nas aplicações da lógica econômica a casos legais estimuladas pelo economista Aaron Director, em suas incursões acadêmicas na *Chicago Law School* entre os decênios de 1940 e 1950. Prolífica, embora ainda adstrita ao ambiente da academia, a década de 1960 já conta com significativo acúmulo de material teórico sobre Economia do Direito, merecendo destaque os diversos trabalhos de Gary Becker⁸ aplicando a lógica econômica a problemas de escolha extra-mercado, a criação do *Journal of Law and Economics* (1958), o reconhecimento – tardio – da relevância da teoria coasiana sobre os custos de transação na análise econômica, e dos estudos de Alchian (1965)⁹ e Calabresi (1961)¹⁰ sobre os direitos de propriedade e da responsabilidade civil, respectivamente, no que apenas corresponde a incompleta amostra da interação entre as disciplinas da Economia e do Direito nos primeiros tempos.

É na década de 1970 quando se encontra o ingresso da *Law & Economics* nas escolas de Direito norte-americanas, sendo este também o período em que o predomínio das idéias

⁷ “The Firm, The Market and The Law”, 1937.

⁸ Referências detalhadas em Maackey, 1999a, pág. 96.

⁹ Alchian, Armen A., ‘Some Economics of Property Rights’. Il Politico, 816-829. 1965. Reimpresso em Alchian, Armen A. (ed.) Some Economics of Property Rights, Economic Forces at Work, Indianapolis: Liberty Press. 1977. pp. 127-149.

¹⁰ Calabresi, Guido ‘Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts’, 70 Yale Law Journal. 1961. pp. 499-553.

da escola de Chicago chega ao ápice, destacado o papel da publicação da obra *Economics of the Law* (1973)¹¹, por Richard Posner, onde se encontra detalhamento de aplicações da lógica econômica aos mais diversos ramos do Direito norte-americano, do Direito da Família ao Direito Constitucional, passando pelas tradicionais aplicações de Direito da Concorrência (Antitruste) e pelos fundamentos econômicos do Direito Processual na *common law*.

Conforme relata Maackey (1999a), ao final dos 1970 o papel dominante das idéias da escola de Chicago passa a ser contestado, inicialmente com as críticas das escolas de Economia do Direito institucionalista e austríaca e, a seguir, com os ataques da escola jurídica dos Estudos Críticos do Direito e de personalidades intelectuais independentes. Prosseguindo estruturalmente inabalado o edifício da Economia do Direito, tais controvérsias, entretanto, expuseram natural e desejável efervescência intelectual que tornou mais variada e transparente a base do movimento, alertando para novas e importantes direções de pesquisa.¹²

Com importantes proponentes do movimento atualmente assentados em tribunais (Bork, Calabresi, Easterbrook e Scaglia), ebuliente a produção acadêmica correlata, e bastante requisitados os cursos sobre Economia do Direito nas faculdades jurídicas, esta abordagem parece ter efetivamente introduzida no instrumental jurídico estadunidense.

Para uma avaliação dos usos propostos do arsenal econômico no ambiente jurídico norte-americano, empresta-se a experiência de Alvin Klevorick (1975). O economista atuante na área e engajado no movimento, identifica três distintos papéis a serem prestados pelos conhecimentos econômicos (economistas) na área jurídica.

Em primeiro lugar, e por óbvio, a Economia pode auxiliar no esclarecimento de questões litigiosas envolvendo a necessidade de expertise econômica específica. É de suporte técnico parcial a advogados ou ao poder público que se fala, por exemplo, decorrente da necessidade judicial de avaliação de ativos, ou de estimativas de danos em ação de responsabilidade civil.

Noutra possibilidade, o lastro técnico envolve matéria de cunho essencialmente econômico às partes envolvidas, ao poder Judiciário ou ao Legislativo. O amparo aqui prestado pela Economia ganha profundidade e extensão, com fixação de objetivos, *design* institucional e argumentação majoritariamente econômicos. Desdobram-se aqui três vias de potencial apoio econômico ao Direito: (i) a assistência técnica em casos de fulcro tipicamente econômico, como no

¹¹ A obra *Economics of The Law*, cuja primeira impressão data de 1973, encontra-se, hoje, em sua 4ª. edição, vide bibliografia.

¹² Maackey (1999a) descreve a década de 1980 como um período de amadurecimento e consolidação da Economia do Direito nos Estados Unidos.

antitruste e na regulação setorial, (ii) o amparo técnico na avaliação de coerência lógico-econômica entre os fins almejados pela lei e a decisão do juiz, inclusive indicando alternativas de obtenção destes objetivos em termos de eficiência/eqüidade distributiva e, finalmente, (iii) auxílio técnico na elaboração normativa, novamente cotejando, sob as lentes da Economia, as alternativas possíveis em termos de eficiência/eqüidade distributiva em contraponto às finalidades almejadas pelo legislador.

No terceiro e último papel da análise econômica do Direito considerado, atribui-se à Economia uma perspectiva crítica em relação às normas e arranjos institucionais vigentes. Operaria o economista, nesta função, como o proponente de uma estrutura analítica e conceitual distinta da científico-jurídica tradicional, confrontando os especialistas e profissionais do Direito com a visão alternativa e, potencialmente, esclarecedora da abordagem econômica. Percebendo esta função entre as mais instigantes sob a perspectiva teórica, Klevorick se mostra consciente em relação aos limites desta, reconhecendo-a frutífera mas incompleta e parcial - se exclusivamente adstrita a seus meios e referenciais - na obtenção do arranjo socialmente conveniente.

Concluindo esta apresentação sucinta da Economia do Direito na experiência norte-americana, é conveniente retomar e organizar as informações, preparando o cotejo posterior. Para além da já internacionalmente disseminada assistência técnica parcial e em matéria concorrencial/regulatória, o que propõe de inovador esta abordagem econômica à prática jurídica é o suporte instrumental ou técnico nos processos de interpretação normativa e legiferação. No âmbito doutrinário, dispõe-se - em perspectiva crítica - à avaliação científica das disposições legais e aparato institucional no engajamento em operação multidisciplinar, voltada ao aperfeiçoamento do direito posto.

Partindo de metodologia científica assentada e, no que possível, ideologicamente neutra¹³, evita a Economia teorizar sobre gostos e valores individuais, convenientemente supondo estáveis as preferências ao procurar justificativas aos fenômenos que observa. Assume-se explicitamente, desta forma, como fonte de entendimento incompleto, mas com expertise privilegiada na avaliação de problemas de escolha sujeitos a restrições. É assim, em suas limitações e estágio atual de desenvolvimento, manancial de conhecimento e informações diretamente úteis à

¹³ A pretensão de neutralidade absoluta em argumentos de ciência social é bastante questionável, sendo inclusive este o cerne da oposição da escola jurídica dos Estudos Críticos, referida no corpo do texto, imputando caráter de ortodoxia de direita aos argumentos específicos da escola de Chicago. Trata-se, entretanto, de problema relativamente comum e inescapável em argumentos de ciências sociais. Diante da fragilidade que se pode atribuir às ciências sociais como um todo, exsurge no posicionamento voltado à obtenção de proposições empiricamente falseáveis e logicamente rigoroso da moderna argumentação econômica diferenciais não contrastáveis pelas abordagens alternativas ao fenômenos sociais disponíveis na atualidade.

sociedade e aos poderes públicos interessados em interferir sobre, normatizar ou regulamentar ações humanas. Restrita por seus próprios métodos, a Economia não pleiteia exclusividade nesta tarefa de suporte e reconhece, como valor e foco de preocupação, a busca de soluções mais eficientes ou, de forma equivalente, menos sujeitas a desperdícios de recursos humanos ou não humanos. Possível, finalmente, estimar as repercussões distributivas de diferentes alternativas normativo-institucionais.

III. Direito em Kelsen e Luhmann

Tendo-se apenas assumido a associação entre a família romano-germânica do Direito e a concepção científica do Direito proposta por Hans Kelsen¹⁴, cumpre dispor de breves linhas à justificativa desta opção, aproveitando para diferenciar com maior rigor as tradições civilista e da *common law*.

A separação entre as famílias jurídicas que predominam no meio jurídico ocidental moderno encontra suas raízes no final da Idade Média, razoavelmente impermeável a prática jurisprudencial inglesa à influência do Direito Romano que, a seu turno, espalhou-se pelo continente europeu. É na aplicação “comum” ou uniforme das regras baseadas na prática jurisprudencial como forma predominante de produzir o Direito que se identifica o traço distintivo da *common law*.

Alternativamente, em suas origens, a família romano-germânica não pode ser desvinculada do imenso esforço de compilação e interpretação do Direito Romano realizado pelos glosadores¹⁵, nos séculos XII e XIII. Ainda que fundamentalmente preocupados com a prática jurídica, a sistemática de compilação dos textos de Justiniano (séc. VI) e outras referências romanas esparsas direcionou a tradição civilista à percepção de um Direito unitário, estruturado em um sistema orgânico e hierarquizado de leis, centrado na legislação em oposição à jurisprudência¹⁶.

¹⁴ Toma-se por referência a exposição kelseniana encontrada em sua Teoria Pura do Direito (1960) em tradução ao português de 1985.

¹⁵ Bartolo de Saxoferrato (1314-57) foi um dos mais famosos glosadores. A máxima *Quod non adgnovit glossa, non adgnoscit curia*, “(a lei) não reconhecida pela glosa, também não é reconhecida pelo tribunal”, é representativa da autoridade conferida aos glosadores na alta idade média. (Kelly, 1996: 122).

¹⁶ Evidentemente, esta distinção baseada na comparação da importância das fontes legais postas pelos legisladores e pelos juizes é apenas genérica. Se a lei estabelece status legal às decisões jurisprudenciais, como é comum mesmo em países da tradição romano-germânica, esta proposição pode ser entendida no contraste entre o papel dos legisladores típicos e atípicos ou, em linguagem kelseniana, na distinção entre normas gerais e específicas.

No quadro da sistematização normativa que preocupou diferencialmente a tradição romano-germânica, as justificativas à validade das leis encontram variações históricas, de importante recuperação para que se possa assimilar o argumento kelseniano amalgamado a esta moderna concepção ocidental de Direito. Conforme explica Ferraz Júnior (1980), a empreitada dos glosadores na compilação e harmonização da herança justiniana ao uso jurídico de seu tempo expunha, com método dialético-retórico, o emprego da autoridade dos antigos textos romanos como fundamento à razão legal, à validade das normas de Direito. Partindo da sistematização apenas parcial dos glosadores, o mais notável ganho de organicidade e ordenação dos sistemas normativos continentais ocorre historicamente no período jusnaturalista¹⁷, em que a vontade - divina ou humana - era tida como fundamento de validade do Direito que, internamente, seria passível da mais perfeita sistematização científica. Fincado em pilares metafísicos, do repertório do Direito Natural se depreendiam pretensões de imutabilidade e universalidade jurídicas, em correspondência às características análogas então atribuídas à razão humana ou divina. Vislumbrava-se, ainda, um sistema jurídico unitário e perfeitamente organizado, em cenário adequado aos desenvolvimentos lógico-dedutivos no exercício das aptidões racionais.

A fixação de um referencial histórico¹⁸ ao Direito adicionou uma perspectiva contingencial ao enfoque naturalista. Tal fato, de certa maneira, relativizou a extensão das possibilidades lógico-dedutivas preconizadas pelas idéias de universalidade e imutabilidade da razão jusnaturalista. Aproximando-se do limiar do século XIX, e sob a influência do positivismo de Auguste Comte - que também informa à moderna Economia de *mainstream* -, reage a ciência do Direito continental contra as então incômodas justificativas metafísicas ao Direito. É período de direcionamento a um formalismo lógico a-valorativo e ideal - marca inconfundível na Teoria Pura do Direito kelseniana -, enquanto aprimoravam-se as elaborações sobre a consistência e interrelacionamento dos componentes internos ao sistema jurídico.

O positivismo jurídico de Hans Kelsen opera um corte metodológico fundamental ao propor a percepção do sistema jurídico como objeto autônomo e independente da realidade social. É, vale estressar, estratégia que procura ser científica e voltada ao estabelecimento de fundamentos ao Direito sob esta perspectiva, fixando uma distinção entre os fatos da natureza e os fatos jurídicos.

¹⁷ Compreendido entre os séculos XVI e XVIII, ver Ferraz Jr, *op. cit.*

¹⁸ Referenciada ao século XIX, a escola Histórica tem seu maior expoente em Savigny. Ver Larenz, 1991.

²⁰ “Dever ser” na acepção kelseniana é uma relação de implicação necessária, análoga à utilizada nos silogismos da lógica tradicional, não é correto associar eventualidade ao conseqüente com esta expressão, como freqüentemente se faz em seu uso coloquial.

Os fatos jurídicos, para o autor, são exclusivamente aqueles assim reconhecidos nas normas jurídicas. A norma aparece como “esquema de interpretação” (Kelsen, 1985: 4), como uma previsão que empresta aos fatos da natureza – dentre os quais se incluem as condutas humanas –, uma significação jurídica.

Ao conjunto dos fatos naturais Kelsen atribui uma relação de pertinência: são elementos do mundo do “ser”, do conjunto de fatos associados à realidade sensível, determináveis espacial e temporalmente. Com propriedades diversas, os elementos do mundo do “dever ser”, são os fatos jurídicos, situados em plano lógico, ideal. Estes não se confundem com os eventos do mundo da natureza, pois existem apenas em função de normas que prevejam e interpretem os fatos naturais. Dirigido exclusivamente às condutas humanas, o Direito consiste, para Kelsen, de um conjunto de normas que prescrevem condutas no mundo do ser, ordenando, conferindo competência ou permitindo ações humanas.

É cuidadoso o autor ao distinguir entre as relações lógicas entre fatos da natureza e entre fatos jurídicos. No mundo do “ser”, as proposições relacionando um antecedente a seu conseqüente – se “A” (é verdadeira, então) “B” **é** (verdadeira), por exemplo - expressam um nexos de causalidade no sentido tradicional, verificável sua validade na própria esfera dos fatos naturais. Já as proposições jurídicas, por serem construções adstritas ao plano normativo, a implicação causal tradicional é substituída pela relação causal de imputação, um fato jurídico é logicamente atrelado a seu conseqüente jurídico pelo conectivo “dever ser”²⁰ – se “A^J” (é verdadeira, então) “B” **deve ser** (verdadeira)²¹.

Note-se que, novamente, se expõe a cirúrgica incisão metodológica na separação entre os fatos da natureza e os fatos jurídicos, posto que a relação de imputação normativa permanece válida ainda quando as condutas humanas observadas não sejam correspondentes às prescritas. Idealmente, as proposições jurídicas encontram e esgotam sua validade no próprio ordenamento jurídico, independem das repercussões no plano dos fatos naturais em sua avaliação.

No plano lógico-formal kelseniano, o fundamento de validade de uma norma encontra-se no interior do ordenamento jurídico, em outra norma (Kelsen, 1985: 205), pelo que as normas não são derivadas ou dedutíveis de fatos naturais, divinos ou, simplesmente, meta-jurídicos. Esta propriedade estruturante permite a Kelsen propor uma ordenação normativa, hierarquizando-as – às normas – conforme sejam o pressuposto ou a conseqüência da validade de outras. Amolda-se, desta maneira, uma pirâmide normativa em que as normas inferiores obtêm fundamento de validade de suas superiores hierárquicas. Partindo da base da estrutura normativa, onde se

²¹ O sobrescrito “J” é usado para representar o caráter jurídico dos termos do silogismo.

encontram, por exemplo, os contratos e as decisões jurisprudenciais, recursivamente escalam-se os patamares superiores pela fundamentação de validade. No ápice desta construção lógica encontra-se a constituição e, dando validade jurídica a esta, a norma fundamental (*das Grundnorm*).

Fundamento de validade último do Direito, a norma fundamental kelseniana é apresentada pelo autor como uma “pressuposição lógico-transcendental” (Kelsen, 1985: 214). A *Grundnorm* não pode ser validada através de silogismos jurídicos e é entendida como independente do conteúdo ou substância do ordenamento que nela encontra seu fundamento último validade. Identifica-se a pressuposição fundamental ao reconhecimento (subjetivo) da objetividade e validade de toda a ordem normativa sob ela estruturada.

O fechamento lógico do sistema jurídico kelseniano depende essencialmente da sua norma fundamental. Com efeito, a instituição de tal norma, ocorre em algum momento e alguma sociedade no mundo dos fatos, guardando referência à instituição de uma ordem originária ou de uma nova ordem jurídica. O que parece desejar o autor com o conceito de *Grundnorm*, sem negar a referência mediata do Direito ao plano natural, é idear uma teoria científica do Direito independente de relações causais entre fatos da natureza e fatos jurídicos em sua argumentação.

Na mesma linha metodológica se encontra o tratamento kelseniano na discussão sobre a função do Direito. O autor entende que o Direito é uma ordem social coercitiva globalmente eficaz. Como faz em sua definição de norma fundamental, aqui Kelsen retorna tangencialmente ao plano dos fatos da natureza, posto que é sobre este plano em que incidem as ordens sociais ideadas. Notável aproximação ao plano natural ocorre, entretanto, pelo condicionamento da validade de uma ordem jurídica à consecução de uma correspondência “global” entre a conduta real dos indivíduos e o sentido subjetivo dos atos dirigidos à referida conduta. Recorrendo e encapsulando o “contato” entre os planos da natureza e jurídico na norma fundamental, a eficácia do ordenamento consiste da efetiva correspondência entre as normas postas (positivadas) pela pressuposição fundamental e a conduta dos indivíduos na sociedade – de onde o sentido subjetivo em sua formação - em que se estabelece a *Grundnorm*. Esta eficácia não precisaria ser absoluta, relativiza Kelsen, mas é imprescindível uma verificação “global” de correspondência entre a ordem normativa e as condutas observadas para que se confira validade e sentido objetivo ao ordenamento jurídico.

Sem a pretensão de uma exposição extensiva do pensamento kelseniano, relegaram-se ao final dois temas de especial interesse aos fins deste ensaio: sanção e interpretação. Kelsen estrutura sua teoria do Direito procurando manter estrita separação entre os planos fáticos natural e jurídico, sendo talvez esta sua maior contribuição à ciência jurídica. Não obstante, o construto lógico assim produzido, quando em operação, tem repercussão projetada no plano dos

fatos, conforme reconhece o próprio autor ao pincelar a descrição psico-sociológica de ordem social e, a seguir, atribuir à sanção jurídica o caráter de sanção “socialmente imanente” (Kelsen, 1985: Cap. I). Com a “imanência” Kelsen exprime a idéia de sanções que ocorrem dentro da sociedade (“mundo do ser”) e são implementadas por homens nela existentes. Cego, por opção metodológica, aos nexos causais verificados no plano fático, Kelsen apenas pressupõe²² possível o uso de meios coercitivos eficazes, em que se traduzem as sanções jurídicas no mundo do “ser”, posto que tal idéia, - hipoteticamente operada na própria pressuposição da norma fundamental -, é imprescindível à garantia da eficácia “global” que, conforme visto, é tida como condição necessária à validade de um ordenamento jurídico.

No que concerne à interpretação, novamente se abre uma janela de onde se pode vislumbrar - ainda que sem desvirtuamento da hermética lógica interna ao plano dos fatos jurídicos -, o Direito em operação no plano da natureza. A interpretação é, para Kelsen, “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”, determinando o sentido das normas gerais no caso concreto (Kelsen, 1985: 363). Se a interpretação é realizada por pessoas comuns, pelos cientistas e pelos órgãos públicos que aplicam o Direito, é para este último grupo que o autor dirige sua teoria da interpretação. Trata-se, conforme explica Kelsen, de uma interpretação autêntica, mediante a qual um órgão legalmente autorizado efetivamente cria Direito (Kelsen, 1985: 369). Depreende-se disto um ordenamento jurídico que depende da interpretação, desta fixação de sentido na contraposição aos casos concretos, para que possa ser tido por completo e logicamente consistente. De fato, antes da interpretação encontra-se incompletude²³ normativa, na imagem de uma moldura a ser preenchida com um, dentre os vários sentidos legais possíveis a serem dados aos fatos da natureza em tela. A jurisprudência, em Kelsen, é classificada como norma “específica”, em oposição às normas que devem ser usadas na construção da moldura interpretativa que são postas como “gerais”, hierarquicamente superiores.²⁴

²² Com maior rigor, Kelsen expõe as sanções, no plano dos fatos, como um desestímulo à determinada conduta. Tais sanções podem ser patrimoniais ou físicas. Prevê, ainda, a possibilidade de nexos causais positivos, de estímulo certas condutas fáticas. A correspondência entre as sanções jurídicas e tais mecanismos de desestímulo ou estímulo às condutas dos indivíduos não é especificada, apenas posta intuitivamente pelo referido autor.

²³ Tal indeterminação pode ser intencional, já propositalmente inserida pelo legislador ao produzir originariamente a norma, ou não intencional, decorrendo da plurissignificação dos termos normativos, da existência de lacunas legais ou de antinomias.

²⁴ Aos tribunais de grau superior é possível atribuir, por lei, a capacidade de criação de Direito novo, de normas gerais. É, entretanto, caso de normo-gênese que não se confunde com a mais restrita definição do sentido das normas pré-existentes por meio da interpretação.

Dos comentários sobre a teoria kelseniana até o momento realizados, percebe-se inexistir incompatibilidade essencial entre esta abordagem teórica e a prática jurisprudencial no gênero *common law*. Efetivamente, em havendo norma hierarquicamente superior que atribua aos magistrados a competência legiferante, permanece intacta a possibilidade de aplicação dos preceitos gerais encontrados na Teoria Pura kelseniana à tradição anglo-americana.

Quando se associa a tradição civilista à abordagem kelseniana, desta forma, não se pretende supor exclusividade de adequação desta teoria apenas a uma das famílias jurídicas. O próprio autor, reconhecendo a especialidade do sistema da *common law* (Kelsen, 1985: 271), sugere a idéia de que as diferenças propaladas entre ambas não implicariam fatores insuperáveis às suas proposições teóricas. Não obstante, o rigoroso nexos lógico e a consistência normativa ideados por Kelsen encontram aproveitamento imediato e completo apenas em ordenamentos compostos de normas hierarquicamente organizadas, em que as decisões jurisprudenciais implicam, primordialmente, a criação de normas particulares, individuais. Ao considerar a ínfima inserção do pensamento kelseniano em países da família da *common law* e a observação de situação diametralmente oposta nas nações da tradição civilista, depreende-se evidência alinhada ao argumento aqui proposto.

É um sistema jurídico fechado, metodologicamente impermeável ao seu entorno, aquele almejado por Kelsen como objeto da ciência do Direito. Evidente que estando tal Direito dirigido à ordenação social, aproxima-se do plano dos fatos da natureza em diversas oportunidades, valendo destacar nesta categoria o pressuposto “lógico-transcendental” da norma fundamental, o pressuposto de sanções como indutoras da eficácia, e a necessidade da interpretação para garantir a completude e consistência do ordenamento jurídico. A aproximação entre os fatos da natureza e os fatos jurídicos no arcabouço kelseniano, entretanto, jamais se transforma em efetiva mescla entre eles, ao menos sob a perspectiva jurídica.

Eminente sociólogo alemão, Niklas Luhmann (1927-1998) propõe um novo acesso à descrição científica da sociedade, vincado pela pretensão de universalidade e posicionamento crítico²⁵. Preocupado em evitar o pré-direcionamento dos sulcos teóricos trilhados pelos autores clássicos, Luhmann opta pela total reconstrução lógica e conceitual da sociedade, assumindo aprioristicamente a possibilidade da descrição desta a partir da teoria dos sistemas orientados por um sentido próprio, neste aspecto aproveitando o enfoque sistêmico autopoiético anteriormente desenvolvido por Humberto Maturana e Francisco Varela na descrição de sistemas biológicos.

25

A delimitação dos sistemas que possuem um sentido próprio é, na proposta luhmanniana, realizada nos próprios sistemas. Efetivamente, nesta abordagem um sistema é identificado pela auto-diferenciação em relação a seu ambiente. Luhmann pressupõe, *ad initium*, a existência fática de um sistema social. Deste abrangente objeto de estudo, sistemas parciais - internos à sociedade -, podem se diferenciar em unidades funcionais específicas e operacionalmente autônomas, dotadas, desta forma, de sentido e controle próprios. A gênese e sobrevivência dos sistemas parciais é percebida por Luhmann como resultado das reações às alterações no grau de complexidade do sistema social. Assim, há sistemas e há sistemas parciais²⁶, estes últimos oriundos de diferenciações internas ao sistema mais amplo, que redundam em novas unidades de sentido autônomas, com processos de operação próprios. Com lastro neste raciocínio, Luhmann identifica diversos sistemas parciais que comporiam a sociedade, entre eles, os sistemas da economia, da política, da religião, da família, da ciência e do direito.

Escolhendo objeto de tamanha amplitude, e pretendendo racionalizá-lo em sua inteireza, é natural que se encontre em Luhmann argumentação extremamente abstrata, em particular por se mostrar disposto a enfrentar o crescente ganho de complexidade da sociedade mundial que, vale reiterar, é basilar à compreensão dos horizontes de sua estratégia científica.

Sob a perspectiva luhmanniana, o conjunto de sistemas que compõe a sociedade consiste de um emaranhado de comunicações, deslocados os indivíduos, por opção metodológica, ao entorno (ou ambiente) do sistema da sociedade. Com este artifício metodológico, emprestado da filosofia da linguagem, fixa-se um objeto de estudo destituído de elementos subjetivos - psicológicos ou antropológicos. Nos visíveis rastros de tinta em que as comunicações jurídicas são plasmadas em meios concretos²⁷ - escritos -, o sistema do Direito se auto-descreveria, construindo historicamente um banco de memória útil à sua autopoiese. Em suma, o sistema social descrito por Luhmann é um sistema autopoietico de natureza semiótica. Neste cenário, procura-se, nas comunicações jurídicas observáveis, detectar uma organização funcional que permita descrever logicamente - em perspectiva universalista e objetiva - o Direito da sociedade dentre as diferentes comunicações sociais.

²⁶ A distinção entre sistemas e sistemas parciais é colocada apenas no sentido de indicar o sistema social como um complexo sistêmico que exige, em função do aumento da complexidade, a gênese de sistemas internos, autônomos e com sentido próprio, do seio do sistema mais amplo. Do interior de um sistema parcial, o sistema (mais amplo) do qual este se diferenciou passa a ser percebido como ambiente ou entorno.

²⁷ A auto-descrição do sistema é, para Luhmann, sempre dependente da forma escrita. Evidentemente, a referência estilística às “tintas” não exclui formas mais modernas, em variadas mídias, de acumulação e reserva da memória jurídica.

A reconstrução do sistema do Direito da sociedade proposta por Luhmann não é centrada nas normas jurídicas, como ocorre na abordagem de Hans Kelsen, mas na diferenciação entre o sistema do Direito²⁸ e seu ambiente²⁹. Trata-se de operação de seleção entre aquilo que o sistema jurídico identifica como comunicações jurídicas e não jurídicas, internamente estabelecendo as próprias fronteiras. É o sistema do Direito quem põe os limites do sistema jurídico. Restando operacionalmente fechado, um sistema jurídico assim diferenciado tem exclusividade no processamento de comunicações jurídicas, em operações que ocorrem permanentemente para garantir a reprodução e sobrevivência desta unidade sistêmica social.

A seleção e a necessidade lógica de um sistema jurídico diferenciado pressupõe a existência de comunicações não jurídicas. Posto de outra forma, a existência de um sistema requer um ambiente com o qual não se confunda, uma diferença que faça diferença. Mas tal distinção, fundamental à autopoiese do sistema, presume um Direito cognitivamente aberto, atento aos estímulos de seu entorno e, por consequência, capaz do processamento seletivo e independente das comunicações jurídicas. A contínua operação de filtragem das comunicações sociais e processamento seletivo daquelas consideradas jurídicas pelo sistema do Direito correspondem à sua própria autopoiese. Isto implica um sistema do Direito que se renova diante de cada operação própria, orientado por um sentido interno. Imerso em um ambiente em crescente ganho de complexidade, as seleções e reações do sistema jurídico assumiriam caráter contingencial, de evolução pouco previsível.

Avaliando o sistema do Direito historicamente, Luhmann depreende como função precípua do sistema jurídico a estabilização temporal de expectativas, vale dizer, de expectativas sociais que persistem no decorrer do tempo, reduzindo a variabilidade das expectativas e, em certo grau, as inseguranças na sociedade. O sistema jurídico em sociedade, desta forma, não seria compreensível se destacado desta função sistêmica. A capacidade de gerar expectativas estáveis temporalmente implica o caráter contra-fático das expectativas jurídicas, vale dizer, a subsistência das expectativas mesmo diante de eventuais frustrações destas esperanças no plano dos fatos. Estas expectativas contra-fáticas, em Luhmann, recebem a denominação de expectativas normativas, cuja produção é a principal tarefa de seu sistema do Direito. .

Composto por diversos sistemas parciais, o sistema social luhmanniano é apresentado como acêntrico, destituído de relações hierárquicas estáveis ou bem estabelecidas. Esta

²⁸ Para Luhmann não é possível definir objetivamente o Direito, embora seja perfeitamente fazê-lo em relação ao sistema do Direito (Luhmann, 1993:, Cap. 3, I).

²⁹ A distinção entre fatos (naturais) e normas não é relevante na abordagem científica proposta por Luhmann, que *“tiene que ver únicamente con hechos”* (Luhmann, 1993: Cap. 1, IV)

idéia harmoniza-se ao fechamento operacional dos sistemas parciais, que funcionam em contexto de complexidade e incerteza com autonomia operativa diante dos demais sistemas, não obstante permanecendo sensibilizáveis e reativos por intermédio das aberturas cognitivas - das “brechas” abertas pelo próprio sistema à aquisição de informações de seu ambiente circundante.

Quando recorrentes e estabilizados vínculos entre sistemas parciais, consolida-se aquilo que Luhmann denomina por “acoplamento estrutural”. Um acoplamento desta natureza emergiria da estabilização de expectativas do sistema em relação a seu ambiente, em fenômeno que não ameaça a autonomia operacional dos sistemas assim acoplados pois restaria, a cada qual, a capacidade de selecionar que comunicações, se alguma, serão processadas internamente.

Luhmann, como se depreende da breve exposição, posiciona seu argumento em patamar analítico diverso daquele em que se situa o de Hans Kelsen. Efetivamente, contrapõem-se uma visão sociológica, universalista e outra juspositivista, centrada no plano lógico-normativo. Seria necessária uma definição bastante elástica de ciência para acomodar ambas as perspectivas, posto que Kelsen pretende afastar de seu escopo analítico exatamente aquilo que Luhmann busca acolher em sua perspectiva: o mundo dos fatos naturais, em sua complexidade.

O sociólogo alemão questiona a possibilidade do tratamento científico do objeto “Direito” em apartado de sua função social. Com efeito, desta mundivisão, o “Direito” somente adquire sentido e conformação enquanto sistema social parcial (Luhmann, 1993: 97). Conforme exposto, é apenas na descrição do sistema do Direito operada pelo próprio sistema jurídico – auto-descrição, portanto – em que Luhmann acredita haver elementos objetivos para a delimitação desejada. É no mundo dos fatos naturais - na avaliação dos desenvolvimentos autopoieticos das comunicações jurídicas frente às contingências do ambiente - que se detectariam os limites continuamente redefinidos pelo sistema jurídico. À crescente complexidade e incerteza do sistema social, vale notar, seriam somados fenômenos análogos no interior do sistema jurídico, num raciocínio que força a percepção de incertezas em relação à precisa localização das lindes e da própria possibilidade de reprodução deste sistema parcial no decorrer do tempo.

Do contraste das abordagens, algumas conclusões podem ser úteis na passagem à última Seção. Em que pese o caráter recente da teoria do sistema do Direito em relação ao juspositivismo de Kelsen, a nova abordagem não parece oferecer ainda segurança e inserção suficientes para impor a superação definitiva da distinção entre os planos dos fatos naturais e jurídicos na argumentação juscientífica. Adicionalmente, opera Luhmann no terreno pouco compactado da teoria da linguagem, trazendo certo desconforto o deslocamento dos indivíduos para o entorno do sistema social em busca da objetividade científica. Neste cenário epistemológico ainda nebuloso, parecem obrigadas ambas as teorias à coexistência científica. Se as abstrações

exigidas por Luhmann em sua pretensão teórica universalizante dificultam sobremaneira a pronta assimilação e aplicação de suas idéias, bosquejam com limpidez - e sem prejuízo ao enfoque kelseniano - a necessidade de um maior empenho da comunidade científica especializada na compreensão do Direito para além do plano lógico-jurídico.

IV. Legalidade e Utilidade da Economia do Direito

Dois questionamentos orientarão o contraste entre enfoque econômico ao Direito com as idéias de Kelsen e Luhmann recém discutidas. Preliminar - e especialmente afeta aos países que seguem a tradição civilista - a questão da possibilidade de utilização de argumentos econômicos na operação ou melhoramento do Direito. Esta pauta remete de pronto à abordagem kelseniana, sob alguma forma recuperando o embate teórico travado entre o positivismo sociológico de Erlich e o positivismo jurídico de Kelsen³⁰ no início do século passado, daquele divergindo, entretanto, pela constatação de pretensões instrumentais e pragmáticas precisamente delimitadas nas explorações científico-econômicas ao Direito. Conforme se procura mostrar, o uso da análise econômica resguarda e reconhece autonomia normativa ao Direito, exclusivamente oferecendo seu potencial analítico como recurso ao aperfeiçoamento da correspondência entre as prescrições normativas e as condutas observadas em sociedade. A Economia do Direito parte de uma perspectiva pragmática na qual a eficácia não é pressuposta, mas analisada lógica e empiricamente em um contexto social sujeito a restrição de meios e variedade de fins.

Personagem sempre lembrado, Eugene Ehrlich³¹ pugnava pela exclusividade da Sociologia Jurídica na abordagem juscientífica, apegado à relevância do método indutivo ou do conhecimento adquirido a partir da observação de fatos naturais e experiência para a conformação de uma “verdadeira” ciência jurídica. Hans Kelsen, contemporâneo de Ehrlich, rebateu incisivamente as pretensões deste, entendendo insuperáveis as dificuldades de racionalização do conceito puro de norma jurídica a partir de raciocínios sociológicos, colhidos no plano dos fatos naturais. Similar embate epistemológico não decorreria do cotejo responsável entre a Economia do Direito e o Direito, conforme entendido por Kelsen. Efetivamente, apesar de compartilhar com a Sociologia a análise da sociedade em sua projeção fática natural, a Economia do Direito reconhece-

³⁰ Cf. Campilongo, 2000, pág 15 e Larenz, op. cit., pp. 83-109.

³¹ *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

se enfoque incompleto e parcial à compreensão do fenômeno social, limitando-se a enquadrar o ordenamento jurídico ou determinadas normas no contexto analítico dos problemas econômicos.

Na Economia do Direito, as normas são relevantes na medida e proporção em que impliquem alterações nas escolhas envolvendo escassez de recursos e alternância de fins, em tais situações oferecendo uma percepção científica, logicamente estruturada e, via de regra, amparada por subsídios empíricos que permitem a avaliação da probabilidade dos nexos lógicos teoricamente propostos. Assim entendidos os problemas econômicos, desvela-se a possibilidade de analisar as repercussões sociais decorrentes da existência ou imposição de uma norma jurídica específica. De forma reversa, a mesma lógica que racionaliza a alteração das escolhas em sociedade pelo Direito, pode ser empregada para avaliar formal e empiricamente a probabilidade de satisfação dos fins almejados pelos dispositivos legais envolvidos, independente de quais sejam estes.

O raciocínio econômico empregado por Gary Becker em seu clássico artigo “*Crime and Punishment*” (1968), mostra-se esclarecedor do potencial e limites da abordagem econômica ao Direito. Partindo das constatações (i) da existência de discrepâncias entre as condutas normativamente prescritas e aquelas observadas na prática, e (ii) de que os recursos públicos e privados alocados à prevenção de condutas ilícitas e execução de sanções normativas são escassos, o autor propõe-se a responder à seguinte questão: “que montante de recursos e que intensidade de punição *deveriam ser* usados para garantir eficácia às leis, consideradas em sua variedade?”.³² Com pretensão de desenvolver um argumento de economia normativa, o significado da expressão “deveriam ser” na indagação de Becker em nada se assemelha ao análogo em uma proposição jurídica. Com efeito, o “dever ser” em Economia aparece como uma proposição lógica que conecta determinada compreensão científica a respeito do plano dos fatos da natureza a objetivos bem definidos e previamente explicitados, conforme se passa a expor.

Na base desta argumentação beckeriana encontra-se a idéia de os indivíduos contrastam os custos e benefícios³³ esperados de suas ações quando decidem pelas condutas conformes ou contrárias ao Direito. Segundo esta lógica, uma conduta, lícita ou ilícita, será livremente realizada por um indivíduo sempre que os benefícios esperados dela decorrentes superarem, ainda que marginalmente, os respectivos custos por ele esperados. Dentre os custos esperados de uma conduta ilícita, sob tal ótica, há que se incluir aqueles associados à sanção

³² Em tradução livre, do original: “The main purpose of this essay is to answer normative versions of these questions, namely, how many resources and how much punishment *should* be used to enforce different kinds of legislation? Put equivalently, although more strangely, how many offenses *should* go unpunished? (Becker, 1968: 170).

³³ Por simplicidade analítica, admite-se que tais benefícios e custos sejam comparáveis em termos pecuniários, mesmo quando se trate de condutas não diretamente afetas a recursos patrimoniais.

legalmente prevista em decorrência do ilícito realizado. Pragmaticamente, o impacto da sanção sobre os custos da conduta ilegal entra no raciocínio ponderado pela probabilidade de efetiva execução da coação prevista na lei, conforme percebida pelo eventual infrator. Desta estruturação, o raciocínio permite prever que aumentos na pena – admitindo, em ilustração, um ilícito criminal – tendem a inibir as condutas criminosas, supondo constantes os demais custos e benefícios esperados com tal conduta. Da mesma forma, aumentos na probabilidade de imposição da pena – chances de “captura”, de obtenção de provas válidas que viabilizem a condenação, etc. – tenderiam a reduzir, para as demais determinantes da conduta supostas constantes, a quantidade de ilícitos observados na realidade.

Em sendo válida tal lógica, depreender-se-ia a possibilidade hipotética de completa eliminação das condutas ilícitas pela proposital majoração das penas, da probabilidade de execução das sanções legais ou de uma combinação adequada de ambas. Ainda que logicamente possível e socialmente ideal, o pragmático argumento de Becker conduz a solução diversa ao conceber na repressão dos ilícitos apenas um entre vários fins de uma sociedade situada em contexto de escassez de meios. De fato, são dispendiosos e sujeitos à “lei” dos rendimentos marginais decrescentes³⁴ o exercício de poder de polícia e a prestação da função jurisdicional, envolvendo dispêndios com insumos como pessoal, equipamentos, instalações forenses e prisionais, por exemplo, que precisam ser sacados de fundos, públicos ou privados, sempre limitados. Desta maneira, o direcionamento de vultosos aportes financeiros à repressão e execução legais implica a redução da disponibilidade de fundos para a prestação de outros serviços sociais e, por consequência, reduções no bem-estar social.

A apresentação de Becker, que inaugura uma linha de pesquisa específica na Economia do Direito, ocorre de forma bastante mais rigorosa do que aqui se expôs, com intuito didático. Não obstante, este argumento encontra amparo lógico a uma conclusão instigante: a repressão completa e absoluta das condutas ilícitas tende a ser prejudicial a uma sociedade, por exigir desproporcionais dispêndios públicos e, conseqüentemente, implicar nos custos da redução da qualidade e quantidade de serviços associados a outras funções públicas que dificilmente serão superados pelos benefícios da diminuição das condutas ilícitas após certo ponto.

³⁴ A “lei” dos rendimentos marginais decrescentes é, na verdade, apenas uma regularidade empírica aqui suposta adequada à descrição da tecnologia de prestação de serviços estatais ou sociais de combate ao “crime”. De acordo com esta “lei” empírica, sucessivos aumentos de mesma magnitude na utilização de um determinado insumo para a produção de um bem ou serviço, mantidas constantes as quantidades utilizadas dos demais insumos, geram acréscimos de produção sucessivamente menores.

O conteúdo normativo da argumentação sobre Economia do crime exposto fica evidente. Becker preocupa-se em balizar a alocação “ótima” de recursos sociais no combate ao crime, tendo por critério o uso racional e eficiente dos limitados meios disponíveis à sociedade. É valorativa a recomendação teórica que apregoa a eficiência alocativa dos recursos sociais, mas merece ser compreendida em termos estritos e previamente explicitados: *se* uma sociedade reconhece o problema de escassez de recursos e deseja distribuí-los de forma a atingir um bem-estar máximo, *então deve* priorizar a alocação eficiente destes recursos.

Como se nota, deste trabalho colhem-se informações úteis à engenharia normativa e à própria compreensão do que se pode depreender pela expressão “eficácia global” na Teoria Pura do Direito kelseniana. Os desejos sociais expressos nas normas jurídicas, quando exigem dispêndios de recursos finitos à sua consecução, não poderão ser satisfeitos total e plenamente. A eficácia “global” é, de fato, a máxima eficácia possível e, em perspectiva pragmática, um resultado lógico incontornável dos problemas econômicos de uma sociedade. Sem apregoar o conformismo com a imperfeição jurídica no plano da natureza, a Economia inicia na constatação fática os seus trabalhos, passando então a desenvolver alternativas úteis à sociedade e ao Direito para que se possam mitigar os desperdícios e ampliar o potencial do compartilhamento dos recursos sociais disponíveis.

Evidente que a Economia, ou qualquer outra ciência social, não é exata. Apresenta, entretanto, subsídios objetivos e quantificáveis à decisão, tanto na formulação normativa quanto na interpretação. Dentro da moldura kelseniana freqüentemente encontram-se diversas decisões igualmente adequadas sob a ótica legal, sendo oportuna a possibilidade interpretativa aberta pela perspectiva econômica - viabilizada na existência de normas hierarquicamente superiores que prescrevem a orientação pela eficiência, desenvolvimento, estímulo ao mercado, por exemplo.

Facilitando a contextualização do Direito no plano da realidade sensível, o papel instrumental da Economia aplicada nesta área ultrapassa a simples recomendação pela eficiência. Efetivamente, matérias afetas à equidade distributiva dos benefícios e custos sociais são alvo tradicional de estudo econômico, pelo que dispõe a Economia de meios analíticos para prever, com razoável objetividade, o impacto distributivo de diferentes soluções jurídico-institucionais.

Parecem suficientes e robustos os argumentos que habilitam o uso do método econômico na práxis e dogmática jurídica civilista. São conhecimentos científicos específicos cujo menosprezo apenas colabora para a operação de um sistema jurídico menos eficaz e mais dispendioso. Na perspectiva sistêmica mais abrangente, inclusive, encontram-se sólidas justificativas racionais que recomendam a ampliação da inserção da Economia do Direito no discurso jurídico.

Nas páginas iniciais de *Das Recht der Gesellschaft* (1993: 11), Luhmann chega a reconhecer na iniciativa da Economia do Direito um encaminhamento lógico similar, embora imperfeito, ao que ele próprio persegue. Sem detalhar seu raciocínio, parece satisfeito com a compreensão econômica do Direito, que esta descreveria como objeto unitário e conexo à prática jurídica. Aparentemente, detecta na abordagem econômica a imposição da diferença Direito Útil/Direito Inútil, entendida a “utilidade” como uma medida do benefício social esperado decorrente da práxis jurídica. Apesar de confortável com a percepção econômica das decisões jurídicas em contexto de incerteza, aponta como problema insuperável desta abordagem a “impossibilidade de cálculo em relação ao futuro” (Luhmann, 1993:12, nota 30).

Observando os êxitos da Economia do Direito na elaboração de argumentos passíveis de comprovação empírica e, neste sentido, falseáveis, parece exagerada a referida crítica sociológica. Teorias econômicas bem construídas indicam caminhos ou direções prováveis, nunca imunes ao erro, mas implicando inegáveis ganhos informacional e cognitivo. Evidentemente, não é pretensão da Economia igualar o projeto universalista luhmanniano, tampouco compatível a metodologia econômica com o distanciamento e menosprezo à dimensão empírica do construto sistêmico-semiótico.

Enquanto a abordagem Luhmanniana descreve o sistema jurídico em contornos formalmente objetivos como uma forma de estabilizar expectativas, sem descrever os meios práticos empregados pelos indivíduos ao realizarem suas comunicações jurídicas, é exatamente ao entorno da sociedade luhmanniana que a Economia se dirige. Desce à realidade humana, representada pelas escolhas observadas, em lugar da representação das opções “sociais” plasmadas em comunicações com determinadas características. A Economia do Direito oferece caminhos práticos e operacionais para que se procure a estabilização de expectativas normativas, em vez de apenas recorrer às mesmas no intuito descritivo. Apresentando-se como filtro que facilita a distinção entre o Direito desejado (plano normativo) e o Direito possível (plano dos fatos naturais), a Economia do Direito pode ser usada, dentro de seus claros limites, para tornar menos incerta e mais efetiva a prestação da função do Direito na sociedade.

Estima-se, assim, que a conveniência do transplante e “nacionalização” das idéias da Economia do Direito para os ambientes da tradição romano-germânica é incontestável. Trata-se de abordagem marcada pelo pragmatismo na obtenção e aprimoramento das prestações jurídicas desejadas pela sociedade, que aceita dadas. As chances do efetivo aproveitamento destas idéias, não obstante, dependem do esclarecimento e esforço proposital no sentido de eliminar as falsas concepções e desenvolver argumentos específicos à realidade jurídico-social das comunidades envolvidas. São informações e conhecimentos alhures bastante valorados, que merecem escrutínio

científico-doutrinário responsável, inclusive em seu papel de diminuir a sensação de frustrante conformismo diante da complexificação social que motiva a descrição luhmanniana.

V. Bibliografia

Becker, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: University of Chicago Press. 1976.

----- **Accounting for Tastes**. Boston: Harvard University Press. 1996.

Becker, Gary S.; Stigler, George J. “Des Gustibus Non est Disputandum”. *American Economic Review*, 67, no. 2 .1977. pp. 76-90.

Buchanan, James, **Explorations into Constitutional Economics**. EUA : Texas A&M University Press. 1984. 448 p.

Campilongo, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2a. ed. São Paulo: Max Limonard. 2000. 141 p.

Coase, Ronald H., **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: Chicago University Press. 1988 (1937).

Cooter, Robert; Ulen, Thomas. **Law and Economics**. USA, Harper Collins Pub. 1988

Cossio, J. R. Diaz. **Derecho y Análisis Económico**. México: ed. Fondo de Cultura Económico, 1997.

Eggerston, Thráinn. **Economic Behaviour and Institutions**. EUA: Cambridge University Press, 1990. 385 p.

Feinman, Jay M. **Law 101**. USA: Oxford University Press, 2000. 353 p.

Ferraz, Tércio Sampaio Jr. **A Ciência Do Direito**. 2a ed. São Paulo: Editora Atlas. 1980. 111 p.

Gordon, Scott. **The History and Philosophy of Social Science**. USA: Routledge. 1995

Guerra Filho, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo. Saraiva. 2001. 252 p.

Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência Do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekian. 1997. 727 p.

Habermas, Jürgen. **The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society** (The Theory of Communicative Action, Vol 1). Boston: Beacon Press. 1983.

----- **Between Facts and Norms**. EUA: MIT Pres, 1996 (1992).

Hart, Oliver. **Firms, Contracts and Financial Structure**, EUA: Claredon Press-Oxford. 1995.

Jagdeep, S. Bhandari, and O. Alan Sykes, eds. **Economic Dimensions in International Law: Comparisons and Empirical Perspectives**. USA: Cambridge University Press. 1997.

Katz, Avery Wiener, ed. **Foundations of the Economic Approach to Law**. USA: Oxford University Press, 1998.

Kelly, J. M. **A Short History of Western Legal History**. EUA: Oxford University Press. 1996

Kelsen, Hans. **Teoria Pura Do Direito**. Brasil: Martins Fontes, 1985.

Kerkmeester, Heico. **METHODOLOGY: GENERAL**. 1999 In: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 303-401..

Klevorick, Alvin K. "Law and Economic Theory: An Economist's View." *The American Economic Review*, Vol. 65, No. 2, Papers and Proceedings May, 1975, pp. 237-243.

Koh, Hongju Harold. "Why Do Nations Obey International Law?." *The Yale Law Journal*. 106. 8. 2599-2659: USA, 1997

Kreps, David M, 1990, *A Course in Microeconomic Theory*, Harvester Wheatsheaf.

Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência Do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekian. 1997.

Luhmann, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp. 1993. Trad. provisória. para o espanhol: Narrafate, Javier Torres.

Mackaay, Ejan. **History of Law & Economics**. 1999a In: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 65-117.

Mackaay, Ejan. **Schools: General**. 1999b In: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 402-415.

Mas-Collell, Andreu, Whinston, Michael D. & Green, Jerry R.. **Microeconomic Theory**. EUA: Oxford University Press. 1995.

Miranda, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva Do Direito (1922) - Tomo I**. Brasil: Bookseller, 2000.

Moncada, Cabral Luis S. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988.

Nusdeo, Fábio. **Curso de Economia**. Brasil: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 1997.

Oppetit, Bruno. "Droit et économie." *Archives de Philosophie du Droit - Tome 37*. Paris: Sirey; U2, 1992. 17-26.

Posner, Richard, 1992, **The Economic Analysis of Law**, Little, Brown & Company, 4th. Ed.

Rawls, John. **A Theory of Justice**. USA: Harvard University Press, 1971.

Soares, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução Do Direito Dos EUA**. Brasil, Editora Revista dos Tribunais. 1999

Stephen, Frank. , **The Economics of the Law**. EUA: Harvester Wheatsheaf. 1988.

Wieacker, Franz. **História Do Direito Privado Moderno**. 2a. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekian. 1993 (1967). 768

Williamson, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. EUA: Oxford University Press. 1996.