

DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Marcos Vinício Chein Feres*

Sumário

Introdução; 1. Escorço histórico da análise econômica do Direito; 2 Das premissas básicas da análise econômica do Direito; 3 Do princípio da eficiência econômica; 4 Das críticas ao princípio da eficiência econômica; 5 O princípio da eficiência econômica e o Direito Brasileiro; Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

Em princípio, deve-se salientar que a análise econômica do Direito é uma das teorias liberais que mais influenciou e, em alguns casos, ainda continua a influenciar o mundo jurídico. Um estudo mais detido acerca deste tema significa estar em dia com as modernas concepções a propósito da modernização do sistema capitalista.

Sabe-se que a Constituição brasileira de 1988 optou, abertamente, pelo sistema capitalista, ao inserir a livre iniciativa, a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, como fundamento e princípios informativos da ordem econômica, inferindo-se daí uma economia de livre mercado.

Diante desse quadro, é relevante conhecer e estudar a teoria econômica do Direito. No entanto, estudo deste quilate exigiria maior verticalidade e profundidade que não cabem neste trabalho monográfico. Em vista disso, opta-se pela abordagem de um dos nortes dessa teoria, qual seja, o princípio da eficiência econômica, o eixo em torno do qual gravita a análise econômica, defendida pelo professor da Universidade de Chicago, Richard Posner.

* Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela UFMG, Professor Assistente da Faculdade de Direito da UFJF

Em primeiro lugar, apresenta-se o panorama histórico no qual surge a teoria econômica do Direito com toda sua força. O esboço histórico é essencial para demonstrar e justificar falhas e acertos da *law and economics*.

Subseqüentemente, são destacadas as premissas básicas que serviram de alicerce para a evolução da análise econômica do Direito, definindo-se, assim, os antecedentes de Jeremy Bentham e Adam Smith, importantes para a consolidação do critério da eficiência econômica. Ademais, é oportuna a lembrança de Roscoe Pound, como idealizador do sociologismo jurídico, precursor de uma nova visão do Direito.

Num terceiro momento, coloca-se em relevo o princípio reitor da análise econômica do Direito, a eficiência econômica, estabelecendo os parâmetros da teoria posneriana e algumas divergências apontadas na teoria econômica de Calabresi.

Em seguida, é mister relevar as críticas a respeito do princípio em apreço, principalmente, as oposições de Ronald Dworkin, John Rawls e Frank Michelman. Tomando-se por base a visão dworkiniana, verifica-se um outro aspecto da visão econômica do direito, ou mesmo, a negativa da teoria em consideração, enquanto Michelman, menos radical, procura propor aparos à teoria de Posner.

Pelo exposto, exige-se, ao final, uma apreciação das teses em oposição a fim de encontrar-se uma variável comum que possa adequar o princípio à realidade jurídico-brasileira, já que foi construída a análise econômica do Direito para o sistema de *common law*. Assim, urge compreender o princípio em apreço para bem utilizá-lo no ordenamento legal.

1. ESCORÇO HISTÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A fim de bem compreender a análise econômica do Direito, fundada no princípio da eficiência econômica, deve-se destacar o panorama histórico em que esta teoria despontou. A cultura jurídica americana, porque distinta da brasileira, requer uma compreensão, ainda que mais genérica e superficial, de alguns de seus momentos históricos, com intuito de chegar-se a uma conclusão acertada no tocante ao ambiente em que se desenvolveu a noção da análise econômica do Direito.

Em 1871, com sua obra, *A selection of cases on the law of contract*, Langdell instalou, em nível acadêmico, a visão convencionalista ou tradicionalista do Direito. Definiu, pois, o Direito como conjunto de princípios, doutrinas, conceitos a serem inferidos das várias opiniões jurídicas, instaurando,

assim, o *case method* que se caracteriza pelo estudo do Direito, a partir das decisões judiciais. O formalismo consiste numa compreensão do Direito, enquanto disciplina autônoma, que não pode ser reduzida à filosofia, à política ou à economia. Segundo Mercado Pacheco:

Decidir conforme o direito é, para os convencionalistas, decidir conforme as convenções jurídicas estabelecidas sobre a interpretação, os precedentes e os direitos existentes, não consiste em fazê-lo conforme uma determinada concepção política ou conforme as normas da eficiência econômica.²¹

A partir de 1933, logo após a implantação do *New Deal*, o que antes era extraordinário em terreno norte-americano, tornou-se a regra, a saber, a intervenção voluntária do Estado na economia de mercado. Nessa nova moldura, surge uma escola que se destaca pela oposição ao convencionalismo ou tradicionalismo langdelliano. Trata-se do realismo jurídico. Para os realistas, o direito passa a ser compreendido teleologicamente, isto é, como instrumento para consecução de fins sociais. O realismo acusa, pois, o formalismo de, por trás de toda a lógica formal do raciocínio jurídico, ser meio para realizar a vontade arbitrária do julgador.

No que tange ao realismo, é forçoso convir que a nova concepção do direito tomou formas distintas, de acordo com as três vertentes dessa escola jurídica. Consoante a ala extremista ou vertente *desconstrutiva*, o fim precípuo do realismo era criticar e desmistificar o tradicionalismo, sendo, para os adeptos desta vertente, a análise formal das regras jurídicas mero fetiche da realidade legal constituída pela vontade dos juizes e dos demais participantes do processo legal. Para o *scientific branch of realism*, essa previsão da ação futura dos juizes é possível de obter-se pela elaboração de códigos de conduta em que figurem normas sociais, psicológicas, antropológicas e econômicas. Ora, é fácil perceber-se que o Direito, nessa vertente, está permeado de premissas extralegais e interdisciplinares a guiá-lo de forma a torná-lo crível e fundamentado. Por fim, o *constructive legal realism* ou *conventionalist* aceita a indeterminação da decisão judicial, admitindo, pois, a necessidade de um espaço de livre decisão. No entanto, trata-se de espaço interpretativo, discricionário, jamais arbitrário.

²¹ MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho: una reconstrucción teorica.** Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1994, p.179. (tradução livre).

Cabe salientar que o grande avanço do realismo jurídico foi o fato de transmutar o Direito em técnica social. Torna-o autônomo, mas não por natureza, mas pela funcionalidade, pelo elemento teleológico. Concebe-o, assim, como forma de controle social.

Ressalte-se que o realismo cuidou de sustentar o Direito, num país de *common law*, durante o conflito instaurado entre o *New Deal* de cunho marcadamente intervencionista e as décadas anteriores de economia de mercado. Ackerman aponta que ao jurista interessado em sobreviver e prosperar, nesse novo quadro, abria-se uma única possibilidade: “*intentar sacar el mayor sentido legal posible de un mundo extraño impuesto por circunstancias políticas que escapaban a su control*”.²²

O realista adaptou as doutrinas e as regras legais a essa nova perspectiva histórica, o intervencionismo. Nesse sentido, Ackerman aponta como contribuição do realismo uma nova forma de conceber-se o Direito por parte do profissional norte-americano:

*el escepticismo sobre el valor de la abstracción permitió a los juristas realistas seguir invocando doctrinas particulares heredadas del pasado sin enfrentarse a sus cimientos en la teoría legal del laissez faire. Por outro lado, la confianza en la adaptación intuitiva de la doctrina recibida a la luz de políticas públicas vagamente formuladas hizo que se convencieran - y que también lo hicieran otros - de que los abogados norteamericanos habían reconocido que los estadounidenses estaban empeñados en un nuevo trato. Y este esfuerzo intuicionista por forjar reglas legales en las que situar modelos de hecho es lo que marca, tanto en el Derecho administrativo como en el common law, la herencia realista, tal como me propongo definirla.*²³

É certo que o intervencionismo procura regular a concorrência livre e a liberdade de empresa, quando não o logra fazê-lo a *invisible hand*. Após meio século de intervenção, tornam-se necessárias mudanças no panorama norte-americano. Tais modificações consistem basicamente numa redescoberta do *laissez faire*, reconhecendo-se que o intervencionismo, ao invés de a-

²² ACKERMAN, Bruce. **Del realismo al construtivismo jurídico**. 1^a. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988, p. 23.

²³ ACKERMAN, *op. cit.*, p. 32.

primorar o capitalismo, acaba por produzir um mundo menos igualitário, menos justo e menos humano. Nesse sentido, caminha o construtivismo, tal qual defendido por Ackerman. Para o construtivismo, a questão reside primordialmente no fato de elaborarem-se os objetivos de um sistema legal que seja intervencionista sem ser autoritário, liberal sem ser libertário²⁴.

É também nesse contexto histórico, por volta dos anos setenta, quando da falência do *Welfare State*, que surgirá a análise econômica do Direito, resgatando não só a cultura do liberalismo mas também impregnada do realismo jurídico, na sua vertente científica. A análise econômica do Direito refutará a visão dominante de direito, enquanto disciplina autônoma, procurando, pois, vinculá-lo aos elementos da ciência econômica. Na expressão de Mercado Pacheco, “*el AED nos proveería de una nueva forma de retórica legal, de una renovación de los argumentos puestos al servicio de los juristas que permita a la teoría jurídica hablar de los hechos jurídicos relevantes que el nuevo análisis saca a la luz*”²⁵. Parece interessante vislumbrar a análise econômica do Direito, como o mais importante instrumento da nova linguagem de poder a que se refere Ackerman²⁶. Acontece, pois, o nascimento de um novo discurso jurídico.

Por isso, pode-se concluir que a linguagem econômica passa a ser a nova linguagem de poder, o que reforça a idéia de Mercado Pacheco quanto à definição da análise econômica na cultura jurídica americana: “*este nuevo discurso, sin embargo, lo que hace es reinterpretar los distintos problemas de la cultura jurídica en un lenguaje tecnocrático*”²⁷. Enquanto linguagem de poder, o caráter tecnocrático da análise econômica do Direito dá à decisão jurídica foros de certeza e objetividade, através do princípio da eficiência econômica, que serve para orientar o julgador de forma segura e calculável.

2. DAS PREMISSAS BÁSICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Richard Posner, a despeito de refutar a qualificação utilitarista à teoria econômica do Direito, afirma, num de seus artigos *Some uses and abuses of economics in Law*, como real vantagem do critério da eficiência, estar este

²⁴ *Ibid.*, p. 112.

²⁵ MERCADO PACHECO, *op. cit.*, p. 215.

²⁶ ACKERMAN, *op. cit.*, pp.14-15.

²⁷ MERCADO PACHECO, *op. cit.*, p. 260.

inserido no princípio da maior felicidade do utilitarismo benthamiano²⁸. Nestes termos, parece imprescindível estudar o utilitarismo, na concepção de Bentham, como premissa filosófica a fundamentar a análise econômica do Direito não só em Posner mas também em todos aqueles juristas que se referam ao critério da eficiência econômica.

De início, deve-se enunciar o princípio da utilidade, sobre qual se constrói todo o prédio filosófico do utilitarismo. Este, segundo Jeremy Bentham, deve ser entendido como o princípio da maior felicidade²⁹. Pode, pois, ser assim definido:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade³⁰

Tendo em vista a definição, percebe-se que um determinado indivíduo pratica certo ato na medida em que este opere um aumento da sua felicidade pessoal. Todavia, por uma perspectiva realista do utilitarismo, é importante compreender que nem sempre este incremento da felicidade individual gerará um bem-estar geral da coletividade.

Constate-se que há de haver sempre aumento do prazer e diminuição da dor para que a ação se enquadre no espírito do utilitarismo. No entender de Bentham, o princípio da utilidade é o único que se presta para regular a ação. Assim, para se verificar a tendência boa ou má do ato, basta proceder-se ao balanço dos prazeres e das dores a que está sujeito. Se favorável o balanço aos prazeres, o ato é de considerar-se bom.

Dentro dessa perspectiva, Michel Villey demonstra que Bentham concebeu lei científica cujo fim precípua de todo ato humano é a maximização do prazer e a fuga da dor e, a partir dessa lógica, devem ser criadas as leis jurídicas.

²⁸POSNER, Richard. *Some uses and abuse in economics*. *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p.287, winter1979. (tradução minha).

²⁹BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 1ª.ed. São Paulo: Abril Cultural, coleção Os Pensadores, 1974, p.9.

³⁰*Ibid.*, p.10.

*Bentham conçoit une science nouvelle de la législation, considérée comme un moyen de maximization du plaisir et de réduction de la quantité de la peine, en nombre et en intensité. Fabriquées consciemment dans ce but, les lois auront l'avantage d'être utiles*³¹

Ora, claro está que o magistério de Villey revela a faceta da maximização do prazer a que se refere Bentham. Faceta esta que se alastra por todas as leis, independentemente de seu caráter econômico. Eis aí a grande contribuição da filosofia utilitarista, pois que cuidou de ampliar o critério de maior utilidade aos mais diversos efeitos das ações humanas. Bentham desenvolveu, em seu livro *The principles of morals and legislation*, estudo aprofundado da aplicação do utilitarismo às leis penais, de sorte a tornar mais eficiente a prevenção do crime.

Resta indubitável que, ao disseminar o princípio da maior felicidade aos campos não mercadológicos, como demonstra Posner³², tais como, crimes, acidentes, casamento, poluição,..., a teoria benthamiana alçou importante vôo ressaltando que todas as pessoas agem como maximizadoras de riquezas em todas as situações de vida.

Além do utilitarismo, é mister observar a doutrina de Adam Smith, enquanto fundamento de uma análise econômica do Direito. Ora, a teoria smithiana é de aplicar-se, basicamente, ao mercado convencional, sendo, pois, mais restrita que a benthamiana. Todavia, não é de descartá-la, enquanto antecedente da teoria econômica do Direito, na medida em que cuida de aplicar a *law and economics* ao mercado explícito.

Dentro desse contexto, fatalmente vislumbre-se que a empresa e o indivíduo, por si sós, produzem melhor equilíbrio e desenvolvimento, sendo, pois, conduzidos pela *invisible hand* que obviamente não é a do Estado, mas sim a lógica interna do mercado. O interesse econômico de cada um ao bem-estar individual tem como efeito lógico o bem econômico geral. Tal premissa é comum ao critério da eficiência econômica, tal qual exposto pela análise econômica do Direito. No entanto, importa ressaltar que a concepção smithiana é eminentemente economista e, por isso, refere-se tão somente aos fatores e

³¹VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. 4ème ed. Paris: Dalloz, 1986, p. 143.

³²POSNER, *Some uses*..., p.282. (tradução minha).

comportamentos exclusivamente mercadológicos³³, o que não a desmerece, enquanto contribuição ao estudo da teoria econômica do Direito.

Do ponto de vista filosófico, é prudente, ainda, perpassar o trabalho de Roscoe Pound, primeiro, porque norte-americano e, segundo, porque ligado à interpretação econômica do Direito. Roscoe Pound procura, em princípio, estabelecer uma verdadeira engenharia jurídica, inserindo-se na corrente realista que se formou nos anos trinta. Ao estabelecer que o direito é verdadeira engenharia social, não se afasta o citado filósofo do utilitarismo.

Para fins de compreensão do Direito atual, contento-me com uma imagem em que se dê satisfação ao máximo que fôr possível do todo de necessidades humanas, com um mínimo de sacrifícios. Contento-me em considerar a lei como instituição social para satisfazer necessidades sociais - as pretensões, exigências e expectativas implícitas na existência da sociedade civilizada - efetivando tantas quantas seja possível com o menor sacrifício, na medida em que tais necessidades possam ser satisfeitas e tais pretensões efetivadas por uma ordenação da conduta humana, através de uma sociedade politicamente organizada.³⁴

Pound entende o Direito como equipamento de controle social cada vez mais eficiente, o que o coloca junto aos utilitaristas. Chega a defender a idéia de conciliação entre utilitarismo social e um pensamento econômico-funcional quando toca na questão do direito de propriedade, o qual deve conduzir a civilização ao progresso e desenvolver as capacidades humanas ao máximo possível, com o mínimo de sacrifícios, ao invés de considerá-lo como direito absoluto, intocável e exclusivo³⁵.

No que concerne à concepção de Pound quanto à teoria econômica do Direito, contesta ele a postura dos deformadores da teoria marxista quando estes afirmam estarem as decisões judiciais impregnadas de preconceitos, em

³³POSNER, *Some uses...*, p.281. (tradução minha).

³⁴POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1965, p. 54.

³⁵POUND, *op. cit.*, p.128.

razão da luta de classes³⁶. Nesse sentido, é irrefutável a contribuição de Pound ao demonstrar que a teoria econômica do Direito não sustenta decisões judiciais em que prevaleçam os interesses econômicos pessoais dos juízes. Não é essa interpretação econômica do Direito que Pound acredita existir.

It is not surprising that attempts to link judicial policies and outcomes to the personal economic interests of the judges have foundered and have pretty much been given up³⁷

As idéias de Roscoe Pound, pai do Sociologismo Jurídico, refletem o utilitarismo que marca a cultura americana. No entanto, expõe um utilitarismo social e enfrenta a questão da interpretação econômica do Direito, conciliando essas duas vertentes teóricas e filosóficas decorrentes do pragmatismo norte-americano.

Levando-se em consideração as transformações por que passou toda a cultura utilitarista e pragmática norte-americana, é relevante destacar que o utilitarismo, tal qual concebido por Bentham, sofreu importante atualização. Hoje, ao se falar em utilitarismo, não se pode negar que a busca individual pelo prazer e pela felicidade são uma constante num sistema econômico capitalista. Entretanto, presencia-se, inevitavelmente, uma tentativa de conciliar o aumento da felicidade individual com as necessidades e carências sociais. Não se pode mais entender, rigorosamente, que o incremento no bem-estar individual leva ao bem comum.

No contexto do sistema capitalista, o utilitarismo se presta para demonstrar como funciona a economia de livre mercado e como atuam os agentes econômicos no mercado. É ilusão não constatar essa luta pela maximização de lucros, pelo bem-estar individual. A empresa, ao concorrer, tem em vista dominar o mercado para aumentar seus ganhos. Não é interesse do indivíduo buscar o bem-estar coletivo.

Por tudo isso, fica claro o papel do Estado, em face da noção utilitarista. Ao Estado cabe promover o bem comum, sem, no entanto, comprometer a liberdade individual na busca pela felicidade. Cria, sim, limites à atuação do indivíduo quando exista um interesse coletivo que deva prevalecer, dentro, sempre, de parâmetros de proporcionalidade.

³⁶ cf. FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. 1^a. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ltda., 1994, p.24.

³⁷ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4^a. ed. Boston : Little, Brown and Company. 1992, p.534.

Assim sendo, é imprescindível para compreender-se a análise econômica do Direito, ressaltar estas idéias filosóficas. Além disso, tais premissas são relevantes no que tange ao estudo do princípio da eficiência econômica, mais especificamente, do que para aprofundar a teoria econômica do Direito, visto como a eficiência é critério no qual tais filósofos vêm se abeberar, ainda que usando denominações distintas, como *maximização do prazer*, *satisfação de necessidades humanas*, com o *mínimo de sacrifícios*.

3. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Para se dissertar sobre eficiência econômica e, obliquamente, análise econômica do Direito, cumpre considerar o papel precursor de Ronald Coase. Deve-se entender *The problem of social cost*, como o primeiro estudo a considerar os efeitos econômicos das decisões judiciais, bem como a inconsciente escolha, por parte dos juízes, de critério eficiente do ponto de vista econômico. Nesse sentido, Ronald Coase adverte:

*It would therefore seem desirable that courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decision[...]Nevertheless it is clear from a cursory study that the courts have often recognized the economic implications of their decisions and are aware (as many economists are not) of the reciprocal nature of the problem*³⁸.

Pelo teorema de Coase, observe-se que, quando nulos ou insignificantes os custos de transação, os sujeitos envolvidos são perfeitamente capazes de corrigir as falhas de mercado, realocando **eficientemente** os recursos. Partindo do pressuposto de que as pessoas tomam suas decisões de forma a realocar eficientemente os recursos escassos, Coase procurou redefinir e reduzir o papel do Estado na economia. Em verdade, ao decidirem, as pessoas fazem-no tendo em vista maximizar seus interesses pessoais.

Ao atuarem no mercado, os agentes tendem a reduzir seus custos de transação com vistas a aumentarem seus ganhos. Assim, note-se que a teoria

³⁸COASE, Ronald. **The problem of social cost**, *The journal of Law and Economics*, Chicago, vol. III, p. 19, outubro 1960.

de Coase é essencial para compreender-se o princípio da eficiência econômica em torno do qual gravita a análise econômica do Direito.

Posto esse precedente, antes de iniciar o estudo específico do princípio da eficiência econômica, é mister definir o que se entende por eficiência, em Economia. Esta nada mais é do que “*allocation of resources in which value is maximized*”³⁹. Há dois instrumentos que ajudam a demonstrar a eficiência em questão, a saber, o conceito superior de Pareto em que alguém se torna mais rico sem o correspondente empobrecimento do outro e o conceito de Kaldor-Hicks ou potencial superioridade de Pareto, pois que o prejuízo, não excessivo, ocasionado pela transação eficiente, **pode ou não** vir a ser compensado pelos ganhadores⁴⁰.

O critério de Kaldor-Hicks é o que define o princípio da eficiência econômica, enquanto retor da análise econômica do Direito, na teoria de Richard Posner. Por esse critério, a eficiência consiste na maximização da riqueza, de tal sorte que as pessoas tendem, de uma forma ou de outra, a aumentar sua felicidade. São, pois, “*racionalizadoras de suas satisfações*”⁴¹. Entretanto, cabe explicitar que riqueza é não só o maior luxo, mas também lazer, conforto, medicina moderna, oportunidades de expressão e realização pessoal, consoante a visão do jurista norte-americano⁴². Trata-se de conceito amplo que envolve toda uma gama de desejos e anseios das pessoas a fim de possuírem uma vida mais satisfatória.

Sublinhe-se que a teoria posneriana tem por fundamento a explicação e compreensão do mundo, tal como é, não se preocupando em torná-lo melhor. Aderindo à abordagem positiva da análise econômica do Direito, Posner pretende estudar o comportamento regulado pelo sistema legal e a estrutura do sistema em si, o que materializa, ao eleger como norte de sua teoria, a eficiência econômica. Demonstra que as regras, as instituições e tudo o mais a que se refere o *common law* visa à eficiência. Segundo o professor de Chicago, “*the common law appears to be an engine of wealth maximization*”⁴³.

Defende Posner a idéia de eficiência, enquanto único valor social importante que o sistema consuetudinário na elaboração da lei pode promover, visto que a justa distribuição de riqueza e outros fatores de justiça acres-

³⁹ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4^a. ed. Boston: Little, Brown and Company. 1992, p.13.

⁴⁰ POSNER, *Economic...*, p.14.

⁴¹ *Ibidem*, p.17 (tradução nossa).

⁴² *Ibidem*, p.16.

⁴³ POSNER, *Some uses...*, p.291.

centariam subjetividade e incerteza ao processo judicial. É fim precípua da teoria, ao escudar-se na eficiência econômica, atingir objetividade e segurança no momento da decisão judicial, tendo em vista o regime de *common law*. No entanto, a este não se reduz o critério de eficiência econômica, já que o próprio Posner acaba por aplicá-lo, também, ao *statutory law*.

*The theory is that the common law is best explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency, yet even they, as we shall see, are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis.*⁴⁴

Pelo exposto, interessa destacar que Richard Posner elegeu o critério da eficiência econômica como o único a ser levado em conta no momento da decisão judicial. Esta deve ter por fim a maximização da riqueza, despojando-se de quaisquer outros valores e princípios que não se coadunam com a certeza e objetividade fundamentais a um mais preciso processo judicial. É, pois, relevante ter em mente que o liberalismo norte-americano acentuado acaba por influir na escolha desse único valor a garantir, *grosso modo*, ao mais eficiente ganho de causa.

Outro expoente da análise econômica do Direito, Guido Calabresi, assume, em alguns pontos, postura divergente da supradescrita. Ora, assim como Posner, Calabresi vislumbra a eficiência econômica, como valor essencial, para nortear as decisões judiciais, isto é, para interpretar o Direito. Em verdade, ambos os juristas concordam no fim único que guia as pessoas, de um modo geral, a maximização da riqueza. Todos buscam maximizar suas riquezas. No entanto, Posner afirma que a maximização da riqueza do indivíduo acaba por gerar a *social wealth*, em consonância com a Escola Econômica de Chicago, extremamente liberal. Em contrapartida, Calabresi adiciona ao critério de maximização de riqueza a questão da distributividade. Ora, para o professor em apreço, é mister implementar a distribuição dessa

riqueza maximizada. Há, pois, outros valores a serem considerados no momento de decidir.

Conclua-se que a escola de Calabresi aceita a possibilidade de intervenção do Estado a fim de sanar falhas de mercado e, por isso, admite outros valores a integrarem o conceito de justiça, além da eficiência econômica⁴⁵.

⁴⁴ POSNER, *Economic...*, p.23.

⁴⁵ MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho: una reconstrucción teorica**. Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1994, p. 61.

Segundo Dworkin, “*Calabresi speaks of a trade-off or mix, not between justice and cost reduction, but between total wealth and its distribution*”⁴⁶, o que reforça a inicial idéia de conciliação entre maximização da riqueza, isto é, eficiência econômica e distributividade. Este parece, pois, ser o ponto distintivo marcante entre as duas escolas.

Entretanto, é interessante, ainda, apontar que, enquanto a escola posneriana defende a abordagem positiva da análise econômica do Direito, Calabresi constrói o prédio de sua teoria econômica sob o ponto de vista normativo. Ao invés de explicar o mundo tal como é, intenta-se melhorá-lo, operar mudanças a fim de atingir-se a almejada justiça, com eficiência econômica e *distribution*. Assim, a preocupação, para tal autor, é o comportamento regulado que desempenha importante função na formulação de políticas e contribui para a análise econômica normativa do Direito⁴⁷.

É correto dizer que ambas as teorias, apesar de apresentarem objetivos diversos e soluções distintas, buscam dar ao sistema jurídico fundamento econômico, o que logram fazer bem na medida em que expõem o critério da eficiência econômica como essencial à realização do sistema de direito. Dúvidas não há de que a lógica do mercado e do direito são uma e mesma coisa. Assim, ao adotar a teoria econômica, o Direito converte-se em meio, instrumento para se atingir a eficiência econômica que passa a ser a norma pilar do sistema.

*Asumiendo sus dogmas fundamentales, esto es, el paradigma del homo oeconomicus, el sistema de mercado como modelo de decisión óptima y la eficiencia económica como único valor social, la economía se convierte en principio de explicación y justificación última de toda decisión.*⁴⁸

Ao estudar a eficiência econômica, resta claro que, enquanto critério a permear todo o sistema jurídico, não só nas leis verdadeiramente econômicas, mas em todos os outros ramos, a relação entre Economia e Direito é patente. Todavia, é necessário convir que não há meio-termo, quando se assume a eficiência econômica, enquanto valor social isolado a fundamentar decisões e interpretar o Direito. A opção por este princípio conduz os adeptos da análise econômica do Direito, preocupados, sobremaneira, com objetividade e certeza, a não admitir quaisquer outras incursões valorativas e principiológi-

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 1^a. ed. Great Britain, Oxford: Alden press, 1996, p. 267.

⁴⁷ POSNER, *Some uses...*, p. 281.

⁴⁸ MERCADO PACHECO, *op. cit.*, p.36.

cas que possam comprometer tais fins. Pode-se, por isso, ousar dizer que eficiência econômica é o alicerce único da análise econômica do Direito, tornando-a factível, singular e aplicável.

Por essa perspectiva apresentada, o fim único do Direito, para Posner, é a eficiência econômica, isto é, ao Direito compete maximizar a riqueza, seguindo, pois, os passos do mercado, a lógica econômica. É importante princípio retor na interpretação econômica do Direito, conquanto contestado e criticado por muitos. Afinal, o professor de Chicago acabou por reduzir todo o sistema jurídico a esta única finalidade, *wealth maximization*.

Apesar de reducionista a visão de Posner e Calabresi acerca da eficiência econômica, não se pode negar a importância do estudo desse princípio para a análise antitruste. O princípio da eficiência econômica consiste na formulação de políticas públicas e privadas dos agentes econômicos com vistas a implementar uma melhor alocação de recursos e o bem-estar coletivo. A maximização de riquezas a que se referem os juristas norte-americanos deve ser entendida, no contexto brasileiro, como desenvolvimento de novas tecnologias, exploração racional de recursos naturais, adequado tratamento da mão-de-obra humana e aumento de produtividade.

É incorreto acreditar que a eficiência econômica se presta a atender interesses individuais egoísticos. Em verdade, o princípio da eficiência econômica, uma vez transposto para o ordenamento jurídico, visa a juridicizar políticas públicas e privadas racionais, razoáveis e factíveis cujo objetivo comum seja o bem-estar coletivo. Não se iluda que a eficiência, assim definida, seja aquela exposta pelos teóricos estadunidenses, mas é a que melhor se encaixa ao sistema jurídico brasileiro, à realidade social e ao grau de desenvolvimento econômico.

4. DAS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Dentre as críticas dirigidas ao princípio da eficiência econômica, bem como aos seus teóricos, destaca-se a de Ronald Dworkin, como um dos opositores mais cépticos em relação a essa nova forma de interpretar-se o Direito. Dworkin contesta, em princípio, o fato de que a sociedade maximiza sua riqueza na medida em que a soma de todos os valores individuais é tão alta quanto possível. Na concepção do filósofo, não é esse o retrato da realidade. Todavia, o ponto alto de toda sua crítica reside na afirmação posneriana de que a maximização de riqueza é o único valor a ser levado em conta pelo julgador, isto é, "*wealth maximization [...] is nevertheless a component that courts should be asked single-mindedly to pursue, leaving other components*

to other institutions”⁴⁹. Será essa a melhor maneira de obter-se o justo ou o certo?

Em seguida, indaga Dworkin se se pode considerar a maximização de riqueza um componente de valor. A preocupação dworkiniana não é se a sociedade que adotar a análise econômica do Direito produzirá modificações, com correspondentes melhoras nas riquezas, mas sim se tais mudanças seriam um aprimoramento de valor. Ressalte-se que a negativa da maximização da riqueza, enquanto componente de valor, a que procede Dworkin, sedimenta-se, a partir do momento em que o próprio Posner desvincula a riqueza da utilidade, tal qual definida pelos filósofos utilitaristas. Em suma, retira a maximização da riqueza do âmbito de uma teoria de valor.

*Once social wealth is divorced from utility, at least, it loses all plausibility as a component of value. It loses even the spurious appeal given to utilitarianism by personification of society [...] first, it's not true that an individual is necessarily better off if he has more total happiness over his life without regards to distribution [...] second, society is not related to individual citizens as an individual is related to the days of his life. The analogy is, therefore, one way of committing the ambiguous sin of “not taking seriously the difference between people”*⁵⁰

É evidente que *social wealth*, enquanto fim em si, não atende aos reclamos da justiça, enquanto valor, que leva em consideração as diferenças entre as pessoas e a distribuição. Ao afirmar Posner que aumento na riqueza conduz, necessariamente, à maior felicidade, esquece-se de que esta pode não vir acompanhada do aspecto monetário, porquanto é ele mesmo quem define riqueza como algo mais do que dinheiro ou luxo. Na visão dworkiniana, pode a riqueza monetária até pôr em perigo outras preferências a que vise o ser humano⁵¹.

Não admite, além dessa chamada posição imodesta de Posner, a modesta postura de Calabresi que adota o *trade-off* entre justiça e maximização de riqueza.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 1^a ed. Great Britain, Oxford: Alden press, 1996, p. 241.

⁵⁰ DWORKIN, *op. cit.*, p. 245.

⁵¹ *Ibidem*, p. 245.

[...]when people speak of a trade-off between justice and social wealth, they use “justice” to refer to only part of what that word means in ordinary language and in political philosophy - that is, they use it to refer to the distributional and meritocratic or desert features of justice in the wider sense.⁵²

Para Ronald Dworkin, maximização de riqueza, acrescida ou não do conceito de justiça, não pode ser considerada um componente de valor, o que alicerça a idéia de repulsa à teoria calabresiana, embora menos extremada do que a de Richard Posner. É, pois, ilusão acreditar-se que a maximização da riqueza, enquanto único valor, será capaz de implementar mudanças na *common law*⁵³.

Ademais, insiste Dworkin na idéia de que a análise econômica, ao eleger o critério da eficiência econômica, desvincula-se de argumentos morais ao dar ou negar algum direito. Refuta o argumento posneriano de que há consentimento total dos indivíduos quanto à postura do juiz de maximizar a riqueza, alegando que se trata de *counterfactual consent* e não real consentir, pois que reside basicamente no interesse pessoal egoísta e tal é irrelevante à justificação política da aplicação do princípio⁵⁴.

É mister, entretanto, salientar qual a solução de Dworkin, já que a maximização da riqueza ou eficiência econômica não o satisfaz: “*increasing social wealth does not in itself make the community better*”⁵⁵. Para o filósofo, tudo o mais gravita em torno do princípio da igualdade, de tal sorte que todos têm um dever genérico de tratar os interesses dos outros com mesmo grau de importância que os deles próprios. Este é o fundamento da oposição de Dworkin:

*My argument will not recommend the economic principle in all cases in which partisans of the economic interpretation would think appropriate, however, because the egalitarian justification condemns rather than approves much of what they claim.*⁵⁶

⁵² *Ibidem*, p. 248.

⁵³ *Ibidem*, p. 250.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 276.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 1^a. ed. Great Britain: Fontana press, 1991, p 289.

⁵⁶ DWORKIN, **Law's...**, p.302.

É necessário, pois, minimizar a desigualdade da distribuição da riqueza a que chegamos, o que se infere da doutrina dworkiniana. Além disso, a preocupação do filósofo é eminentemente principiológica, devendo-se, pois, implementar mudanças em nível legislativo, mas, uma vez feita a escolha legal, é mister entender a lei como integralidade a envolver tanto os direitos explícitos quanto os **princípios implícitos** a serem levados em conta no momento de decidir.

Não menos enfático em sua oposição à doutrina econômica do Direito é John Rawls. Este desenvolve a teoria da justiça enquanto equidade, entendendo-a como verdadeira concepção política e não metafísica. Visa, pois, a teoria da justiça, como equidade, a manter a estrutura de base da “democracia constitucional moderna”, isto é, as instituições políticas, econômicas e sociais⁵⁷. É Catherine Audard quem, na introdução do livro *Justice et démocratie*, de John Rawls, aponta a severa crítica desse jusfilósofo, em seu livro Teoria da justiça, aos seguidores da teoria econômica do Direito.

On y trouve une critique morale de la tyrannie de l'opinion publique majoritaire et de l'assimilation discutable de la société au marché idéal. La théorie économique de la démocratie et sa conception de l'opinion et de la décision publiques y sont sévèrement critiquées (TJ, p. 400-401). On est venu, dit Rawls, à privilégier l'opinion publique au moment de prendre une décision, comme on privilégierait l'opinion du consommateur. “La nature de la décision prise par le législateur idéal n'est donc pas matériellement différente de celle d'un entrepreneur décidant comment maximiser son profit en produisant telle ou telle marchandise ou de celle d'un consommateur décidant comment maximiser sa satisfaction par l'achat de telle ou telle série de biens”(TJ, p. 53).⁵⁸

Segundo John Rawls, é necessário que a concepção da justiça, enquanto questão política, não seja meio para reforçar a idéia reducionista dos ultra liberais que entendem a sociedade funcionando como o mercado e regulada pela mão invisível. Não é essa a política a que se refere Rawls, o que prova a sua negativa à interpretação econômica do Direito, pois assume visão

⁵⁷RAWLS, John. *Justice et démocratie*. 1ª. ed. Paris: *éditions du Seuil*, 1993, p. 207.

⁵⁸RAWLS, *op. cit.*, p. 24.

mais abrangente da sociedade e das formas de empreender justiça. Consoante Rawls, “*une société bien ordonné par la théorie de la justice comme équité n’est pas une ‘société privé’ car les citoyens y ont effectivement des fins ultimes en commun*”⁵⁹.

Longe de ter uma visão econômica do fenômeno jurídico, Rawls descarta a questão da luta de classes e explicita a sociedade como uma tentativa de cooperação, tendo em vista o bem-estar comum. Não acredita na maximização da riqueza, sem que haja intervenção. Ademais, advoga a idéia de que não há critério único de arbitragem, o que elimina a eficiência econômica como norte de decisões judiciais, mas sim verdadeira busca de um resultado equitativo a justificar modificações substanciais a cada novo caso.

Conclui-se que o fundamento em Rawls é basicamente principiológico, como o de Dworkin, o que é traço marcante no constitucionalismo americano. Assim, claro está que Rawls refuta os argumentos econômicos e opta pelo fator político o qual é, *ultima ratio*, a justiça como equidade.

Não tão extremado opositor à análise econômica do Direito, exposta por Posner, é Frank Michelman, professor da *Harvard University*, que concebe a teoria posneriana como algo louvável e a considera seriamente como o meio para se enxertar uma forte influência no criticismo legal. Através de uma pesquisa objetiva e empírica, os estudiosos podem proceder ao estudo crítico das leis e da doutrina jurídica.

Entretanto, Michelman apresenta alguns pequenos reparos à teoria econômica do Direito de Posner. Afirma, de início, que o princípio da eficiência econômica, como o escopo das leis e instituições da *common law*, não caracteriza bem a teoria em apreço. Ora, segundo Frank Michelman, seria, pois, mais preciso colocar a teoria, nos termos seguintes: “*the rules, taken as a whole, tend to look as though they were chosen with view to maximizing social wealth (economic output as measured by price) by judges subscribing to a certain set of theoretical principles*”⁶⁰. Na opinião do professor de Harvard, seria mais plausível que se abolisse o uso da palavra eficiência, vez que pode conduzir a visões distorcidas, como por exemplo, alguns entendem referir-se tal eficiência a preferências individuais egoísticas de qualquer tipo ou natureza.

Além disso, força é convir que a crítica mais acentuada, em razão da deficiência da teoria para o caso supra, decorre do fato de que a teoria se restringe à maximização da riqueza, negando a justiça distributiva, os valores

⁵⁹ *Ibidem*, p.312.

⁶⁰ MICHELMAN, Frank. **Comment on uses and abuses of economic in law**. Chicago, *University of Chicago Review*, v.46, number 2, p.308, winter 1979.

humanistas e motivações outras que não se relacionem com preços, custos, benefícios, etc.

Em resposta a esse posicionamento contrário, sublinhe-se que a maximização da riqueza, enquanto fenômeno científico a guiar juízes em terreno onde prevalece o governo da escolha da lei por um indivíduo, representa verdadeiro apelo moral a encontrar certeza num campo infenso a maior subjetivismo e incertezas. Ao atribuir à maximização de riqueza o caráter de princípio, Posner sugere um verdadeiro valor social incontestável a ser aplicado no direito através da análise econômica positiva. No entanto, indaga-se se este é o único e exclusivo valor, já que o próprio professor de Chicago teme pelo abuso no que tange à doutrinação de juízes no campo econômico. Por esta doutrinação, acaba-se por privar o julgamento de valores outros de justiça, o que faz - mesmo Posner - hesitar em defender a troca de subjetividades e incertezas pela salvação do elemento econômico puro⁶¹.

5. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E O DIREITO BRASILEIRO

Diante de tantas críticas, é relevante, embora arriscado, considerar a possibilidade e aplicabilidade da eficiência econômica, enquanto princípio reitor de interpretação, no Direito brasileiro. Obviamente, não cabe, nesse sucinto trabalho, apresentar estudo aprofundado da coerência e viabilidade de adequação da análise econômica do Direito no sistema de *civil law*. Deve-se destacar de imediato que não se pretende reduzir todo o Direito à visão econômica, como o quer Richard Posner.

No entanto, a teoria é louvável, na medida em que estabelece uma renovação nos critérios interpretativos do sistema jurídico. A eficiência econômica, como postulam os críticos da teoria, pode não ser um valor, no entanto, é instrumento que possibilita elucidar o Direito, principalmente, o Direito Econômico.

Cabe compreender o sistema econômico pelo qual optou o Constituinte brasileiro que decorre, em última instância, da realidade, do *status quo*. Trata-se da Constituição real de que nos fala Konrad Hesse⁶² e da constituição

⁶¹ MICHELMAN, *op. cit.*, p. 315.

⁶²HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1^a. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, p.11.

econômica estatutária, aventada por Vital Moreira⁶³. Diante disso, não se pode fechar os olhos ao capitalismo vigente. É mister compreendê-lo e, sobretudo, interpretá-lo objetivamente, o que se torna possível com o princípio da eficiência econômica.

Dentro desse contexto, é mister destacar que a interpretação econômica é necessidade, quando, por exemplo, se depara com a lei antitruste que tem por dever, na expressão de Franceschini, “conciliar os interesses de maximização da riqueza social e do consumidor”⁶⁴. É, indubitavelmente visão eclética, porque acresce à eficiência econômica a questão do bem-estar social. No entanto, representa passo em direção a uma nova concepção e interpretação do Direito Econômico.

Mais preciso é o professor da Faculdade de Direito da UFMG, João Bosco Leopoldino da Fonseca, que insere o princípio da análise econômica do direito, como norte na interpretação da lei de proteção à concorrência, colocando ao lado da eficiência o princípio da equidade, relacionado com a questão da justiça distributiva. Nesse sentir, afirma Leopoldino da Fonseca que “na aplicação de medidas de política econômica dirigidas a equilibrar o mercado e a preservar a concorrência, devem-se levar em conta as interimplicações desses dois direcionamentos”⁶⁵. É salutar a posição do professor, na proporção que cuida de adaptar a aplicação do princípio ora em estudo à realidade jurídica-brasileira.

O princípio da eficiência econômica é sustentado, ainda, no magistério de Gérard Farjat, quando este menciona o critério do *bilan économique* a guiar a interpretação do Direito Concorrencial. É esse balanço econômico medido de acordo com os atentados e inconvenientes à liberdade de empresa e à livre concorrência. Consoante Farjat, “*la Commission établit l'importance respective des éléments du bilan. Elle pèse les atteintes et les inconvénients. Puis elle s'interroge sur la proportionnalité des coûts et des avantages de la pratique incriminée*”⁶⁶. Assim como no Direito francês, deve-se interpretar o direito econômico da concorrência, no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a maximização da riqueza ou eficiência econômica a que o professor

⁶³MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de constituição econômica. 2ª.ed. Coimbra : Coimbra editora, 1979, p. 137-138.

⁶⁴FRANCESCHINI, J. I. Gonzaga & PEREIRA, Edgar Antônio. **As eficiências econômicas sob o prisma jurídico**. Revista de Direito Econômico, Brasília, n. 23, p. 33, abr./jun. 1996.

⁶⁵FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência...**, p.42.

⁶⁶FARJAT, Gérard. **Droit économique**. 2ª. ed. Paris : PUF, 1982, p. 522.

francês denomina balanço econômico, definido pela proporcionalidade entre os custos e as vantagens da prática anticoncorrencial.

Cabe relevar que, ao julgar um litígio concorrencial, o CADE, órgão de defesa da concorrência, não se deve afastar das balizas que o princípio da eficiência econômica estabelece quando se trata de estudar comportamentos de empresas no mercado concorrencial. Quer analisando uma concentração de empresas quer verificando um ilícito concorrencial, o órgão de defesa da concorrência não pode abrir mão desse importante instrumento de análise anti-truste, mesmo porque crítica alguma se sustentaria ao tentar expurgar a influência da eficiência no que tange aos mercados explícitos e ao comportamento econômico dos agentes numa economia de livre mercado.

Como exemplo, ao avaliar se existe uma ação predatória de determinada empresa no sentido de eliminar a concorrência e dominar o mercado, a Autoridade Antitruste deve considerar se, ao diminuir os preços, a empresa o faz tendo em vista uma atuação mais eficiente não só no mercado mas também no momento da produção ou circulação dos bens ou serviços. O mesmo deve ocorrer ao julgar o órgão do sistema brasileiro de defesa da concorrência uma determinada fusão ou aquisição. Embora haja uma certa concentração do mercado, pode-se aprovar o ato, desde que eficiências se produzam e, em última instância, gerem benefícios para o consumidor e para o mercado como um todo.

Não se trata, enfim, de aplicar o princípio da eficiência, na forma pura adotada por POSNER, mas sim no sentido apresentado acima. A eficiência, a ser implementada enquanto princípio jurídico, é a que conduz políticas públicas e privadas à busca do bem-estar coletivo. A maximização de riqueza é a que se opera com implementação de novas tecnologias, com realocação de recursos e mão-de-obra e com produtividade. Em última análise, não deixam de ser estes os requisitos constantes do inciso I, § 1º do artigo 54 da Lei 8884/94.

Pelo exposto, é esta apenas uma das várias faces da inserção do princípio da eficiência econômica em regime distinto do *common law*. De modo algum, pretende-se afirmar ser essa a única aplicação do princípio no sistema jurídico brasileiro, mesmo porque são estas as manifestações doutrinárias que se conhece, no momento, do princípio em questão. Assim, confirma-se a necessidade de melhor compreender o princípio da eficiência econômica a fim de que possa vir a ser utilizado, de forma ostensiva, na interpretação e no processo decisório brasileiro.

CONCLUSÃO

Em princípio, é importante destacar que a concepção posneriana do princípio da eficiência econômica opera uma profunda mudança na estrutura hermética do Direito, principalmente de *civil law*. A lógica do mercado e a maximização da riqueza, enquanto critérios norteadores da decisão judicial, levantam uma nova forma de pensar e interpretar o Direito. Trata-se, nada mais, nada menos do que uma visão econômica do Direito. Nesse mesmo evoluir, enquadra-se a teoria de Calabresi que adiciona o elemento da distribuição da riqueza ao critério da eficiência econômica. Ambas as teorias econômicas em destaque cuidam de levar maior objetividade e segurança ao processo judicial. Dúvidas não há de que a análise econômica do direito representa renovação teórica e nova visão tecnocrática do sistema jurídico.

Entretanto, cautela é de exigir-se na aplicação desse princípio da eficiência econômica, tal qual aventado principalmente pelo professor Richard Posner, visto que, mesmo ao defender a eficiência econômica, enquanto critério objetivo, o professor de Chicago teme pelos abusos do econômico no Direito, bem como pelo conhecimento superficial da análise econômica do Direito que podem juntos conduzir a danos irreparáveis e muito mais nefastos que o subjetivismo e a incerteza comuns no sistema decisório anterior.

Além disso, ressaltam-se as críticas à eficiência econômica, porque servem para compreender e complementar a teoria econômica do Direito. É forçoso convir que outros valores de justiça não podem ser abandonados por completo. Mister se faz conjugar a eficiência com princípio de justiça social, respeito pela pessoa humana, de igualdade e de equidade, dado que o próprio professor Posner não pretende abrir mão de valores ético-morais no campo jurídico.

A maximização da riqueza nada mais é do que um desses valores, a despeito de mais objetivo, a ser utilizado na tomada de decisões por parte de juízes no caso concreto, orientando-os na escolha objetiva pela mais acertada solução legal. Por isso, reitera o professor de Chicago que os outros valores de justiça e equidade conduzem as decisões judiciais por caminhos infensos a subjetivismos e incertezas.

Vislumbra-se, desse modo, a polêmica de escolher-se entre maximização de riqueza e equidade ou igualdade, como defendem Rawls e Dworkin. Para tais críticos, a melhor solução não está na eficiência econômica, como princípio retor do processo judicial.

Enfim, não se deve combater o princípio da eficiência econômica, porque este é critério, ainda que não seja valor, a ser considerado quando da escolhas entre os mais variados métodos de interpretação do Direito. Serve,

pois, como instrumento de interpretação, de utilidade inegável, contribuindo para maior objetividade no julgamento e na criação da lei.

Apesar disso, não cabe entender todo o sistema jurídico em função de maximização de riquezas, porque reducionista tal visão. Todavia, negar à maximização de riquezas ou eficiência econômica importante papel na interpretação seria refutar o melhor direito e, até mesmo, um valor de justiça, já que pode vir, em uma situação, a representar a decisão mais justa e equânime e outro não poderia ser o julgamento.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **Del realismo al construtivismo jurídico**. 1^a. ed. Barcelona : Ariel Derecho, 1988.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 1^a.ed. São Paulo : Abril Cultural, coleção Os Pensadores, 1974.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**, *The journal of Law and Economics*, Chicago, vol. III, pp. 1-44, outubro 1960.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 1^a. ed. *Great Britain, Oxford : Alden press*, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 1^a. ed. *Great Britain : Fontana press*, 1991.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. 1^a. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ltda., 1994.

FARJAT, Gérard. **Droit économique**. 2^a. ed. Paris : PUF, 1982.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei Antitruste**. 1^a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

FRANCESCHINI, J. I. Gonzaga & PEREIRA, Edgar Antônio. **As eficiências econômicas sob o prisma jurídico**. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 23, pp.25-37, abr./jun. 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1^a. ed. Porto Alegre : SergioAntonio Fabris, 1991.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho: una reconstruccion teorica.** Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1994.

MICHELMAN, Frank. **Comment on uses and abuses of economic in law.** *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p. 307-315 , winter 1979.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica.** 2^a.ed. Coimbra : Coimbra editora, 1979.

POSNER, Richard. **Economic analisis of law.** 4^a. ed. Boston : *Little, Brown and Company*, 1992.

_____. **Some uses and abuse in economics.** *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p. 281 a 307, winter 1979.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito.** Rio de Janeiro : Zahar editores, 1965.

RAWLS, John. **Justice et democratie.** 1^a. ed. Paris : *éditions du Seuil*, tradução de Catherine Audard. 1993.

VILLEY, Michel. **Philosophie du droit.** 4^{ème} ed. Paris : Dalloz, 1986.