

A TEORIA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DO LAW AND ECONOMICS NA CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO

Aline Aparecida Santos Costa Peghini¹

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug²

A economia é uma virtude distributiva e consiste não em poupar, mas em escolher.
Edmund Burke

Resumo: Presente artigo tem como objetivo examinar a importância das Teorias do Direito para construção do pós-positivismo, bem como a contribuição da Escola da Law and Economics para a Teoria do Direito. Para tanto, foi verificada a evolução das teorias do Direito, iniciou pelo jusnaturalismo e findou com a pós-modernidade, para somente após realizar a verificação da contribuição da Law and Economics para a Teoria do Direito. Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo.

¹ Mestranda em Direito, pela Universidade Nove de Julho - Uninove. Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo/ES (2018). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, pela Escola Paulista de Direito - EPD (2012). Graduada em Direito, pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2006). Advogada. Vinculada a Universidade Nove de Julho – Uninove.

² Possui doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). É advogada e atualmente é professora da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio e arbitra da FECOMERCIO arbitral e do Conselho Superior de Estudos Avançados da FIESP - CONSEA. Titular da Cadeira n. 77 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Vinculada a Universidade Nove de Julho – Uninove.

Palavras-Chave: Teorias do Direito; Pós-positivismo; Law and Economics

THE THEORY OF LAW: AN ANALYSIS OF THE INFLUENCE OF LAW AND ECONOMICS ON THE CONSTITUTION OF POST-POSITIVISM

Abstract: This article aims to examine the importance of the Theories of Law for the construction of post-positivism, as well as the contribution of the School of Law and Economics to the Theory of Law. For that, the evolution of theories of Law was verified, initiated by jusnaturalism and ended with postmodernity, only after performing the verification of the contribution of Law and Economics to the Theory of Law. In order to achieve the intended objectives, we used hypothetical-deductive methods.

Keywords: Theories of Law; Post-positivism; Law and Economics

Sumário: Introdução, 2. Teoria do direito, 3. Jusnaturalismo, 4. Escola da exegese, 5. Historicismo, 6. Realismo jurídico, 7. Positivismo (sociológico e normativo), 8. Culturalismo jurídico, 9. Pós-positivismo, 10. Law and Economics, Considerações finais, Referências.

1. INTRODUÇÃO



inicialmente, visa apresentar uma visão à luz da evolução da complexa vida em sociedade que surge na valoração dos fatos sociais e, inclusive, na evolução tecnológica. Sendo assim, traz um estudo, ainda que tão somente cronológico sobre a evolução da Teoria do Direito qual examina a transição entre o

jusnaturalismo à pós-modernidade até o encontro do Law and Economics. Neste ponto configura a questão principal do presente artigo: a Law and Economics pode contribuir para a ciência do Direito? Existe viabilidade em sopesar as prováveis consequências econômicas e os valores normativos?

Assim, serão objeto do presente artigo as seguintes transições evolutórias da ciência do direito: sob o ponto de vista Jusnaturalista, da escola da Exegese, do Realismo, do Positivismo, do Culturalismo Jurídico, Pós-positivismo e por fim apresentar a contribuição do Law and Economics junto à teoria do Direito.

Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo.

2. TEORIA DO DIREITO

A Teoria do Direito deve ser compreendida a partir da diversidade conceitual atribuída à palavra Direito, como Ciência; para tanto, verificará a importância dos referenciais teóricos advindos desde a Grécia Clássica para a concepção da construção do objeto - direito³. Dessa monta, passa a expor as mais influentes⁴: (i) jusnaturalismo; (ii) escola da exegese; (iii) historicismo; (iv) realismo jurídico; (v) positivismo (sociológico e normativo); (vi) culturalismo jurídico e (vii) pos-positivismo.

3. JUSNATURALISMO

O *jusnaturalismo* traduz o direito a partir de uma ordem inerente à própria natureza humana, há o “direito natural”

³ De forma sintetizada, traça um corte metodológico qual não pretende esgotar a matéria, mas sim, trazer a lume o contexto histórico imperioso ao artigo.

⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

anterior ao conjunto de leis pelo Estado, ou seja, se postas em paralelo em ordem de valores, a ordem natural sobrepõe a lei positivada. Nesse sentido, discorre Norberto Bobbio⁵: “(...) o jusnaturalismo declara não que existe apenas o direito natural, mas que existe também o positivo, embora em posição de inferioridade em relação àquele”.

Destarte, a sociedade detém o conjunto de valores, como os valores são naturais, estes, os guiam nas relações intersubjetivas⁶. Em relação à mencionada ordem natural, ou direito natural, destaca sua evolução filosófica a partir de três etapas do Jusnaturalismo: a clássica, representada por Sócrates, Platão e Aristóteles, nesta, o jusnaturalismo está encabeçada pela existência de uma lei natural, qual depreende de “uma ordem intrínseca na natureza para os movimentos dos corpos, para transformação da matéria, existe uma ordem jurídica para o convívio em sociedade: o direito”⁷.

A segunda trata do jusnaturalismo medieval, representado por Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. A “ordem natural” deixa de ser o modo próprio das coisas para ser a vontade divina, há um encontro entre o direito e aquilo que se tem como “justiça divina”, ou seja, a justiça divina subordina em escala inferior, a lei positiva⁸.

Por fim, a terceira trata do jusnaturalismo moderno,

⁵ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016. p. 156.

⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 67. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 68. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 68. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

encabeçado por Thomas Hobbes e John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, neste, há um grande distanciamento do jusnaturalismo visto, pois, se desprende da ordem natural e divina, e, sendo assim, o direito passa a ser visto como uma ordem racional, ou seja, o que a razão humana entende como justo⁹, para Norberto Bobbio¹⁰ depreende ser este momento a chamada “falência do estado de natureza”, ademais acrescenta:

“o estado civil, ou aquele no qual as regras de conduta do homem em sociedade derivam não de serem conforme razão, mas garantidas pelo poder soberano, representa o único estado possível para a vida social do homem, sua salvação dos inconvenientes do estado de natureza, o refúgio seguro e estável, ainda que estreito, da liberdade sem freios do estado natural”.

Destarte, verifica-se que o direito sob o ponto de vista jusnaturalista trata de uma ordem de princípios soberanos calçados na própria natureza humana, nesse sentido, ultrapassou gerações consagrando a ordem natural, a ordem divina e, por fim, a ordem racional. Assim, o “direito” traduz a justiça social, com base na ordem natural, qual o Estado positiva suas leis por meio de normas basilares já existentes.

4. ESCOLA DA EXEGESE

Finalizada com brevidade a teoria do direito jusnaturalista, passa a expor acerca da importante influência atribuída à *Escola da Exegese*, ao direito. A Escola da Exegese¹¹ surgiu na

⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 68. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016. p. 200-201.

¹¹ A Escola da Exegese assenta-se sobre os seguintes fundamentos: 1º) a riqueza da legislação, a partir da promulgação dos códigos, torna praticamente impossível a existência de lacunas; 2º) na hipótese de lacuna, deve o intérprete se valer dos recursos fornecidos pela analogia; 3º) a interpretação tem como objetivo investigar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), tendo em vista ser este o autor da lei, conforme: LIMA, Iara Menezes. *Escola da exegese*. Revista Brasileira de estudos políticos. 9

França, no início do século XIX, após a Revolução Francesa de 1789, logo após o advento do Código Civil de Napoleão, em 1804, como pressuposto filosófico, norteia a Escola da Exegese o iluminismo kantiano, crença iluminista da apreensão do mundo pela racionalidade humana¹².

Sua formação decorreu sob o “espírito” dos códigos, advento qual se esquematizou com limpidez e concisão uma nova fórmula quanto o papel do intérprete do direito codificado¹³. O embasamento da Escola da Exegese está na lei escrita, positivada, trata da expressão que o “direito” se encontra codificado, no sentido restritivo e legalista, por si mesmo se basta¹⁴. Nesse sentido¹⁵:

“(…) a codificação possibilitou um recurso circular na concepção do direito. Se, pois, o pressuposto filosófico do iluminismo jusracionalista articulava a necessidade de que o direito fosse justo a partir da criação humana da razão e, politicamente, o contratualismo ensinou que a *volonte générale* era a portadora

vol., Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 111. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹² MEDEIROS, Arthur Silva de ; BACHA E SILVA, Diogo. *Jurisprudência constitucional defensiva do supremo Tribunal Federal e a nova escola da exegese*. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. *Hermenêutica Jurídica*. XXIV Congresso Nacional Do Conpedi - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p.79. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/mxxdexv2/L7tMk1k9X0k09uy9.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹³ LIMA, Iara Menezes. *Escola da exegese*. Revista Brasileira de estudos políticos. 9 vol., Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 107-108. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 69. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁵ MEDEIROS, Arthur Silva de ; BACHA E SILVA, Diogo. *Jurisprudência constitucional defensiva do supremo Tribunal Federal e a nova escola da exegese*. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. *Hermenêutica Jurídica*. XXIV Congresso Nacional Do Conpedi - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 80. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/mxxdexv2/L7tMk1k9X0k09uy9.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

de uma moral reta, universal e justa, então somente a obra do legislador poderia oferecer uma resposta, justa, segura e universal através da lei”.

O declínio da Escola, teve como marco a obra de François Geny¹⁶ (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899), qual discorreu sob o argumento de que a disparidade das relações humanas e sua complexidade essencial está além da competência criativa dos legisladores. Em outras palavras, a lei escrita e codificada não vislumbra todas as respostas aos crescentes problemas sociais, além dos crescentes pensamentos abertos da hermenêutica jurídica, além do próprio reconhecimento da distinção entre lei e direito¹⁷. A relevância do estudo da Escola da Exegese traduz em reduzir a atuação do intérprete e, em especial, a do julgador, a uma mera função mecânica lógica dedutiva¹⁸.

¹⁶ “(...) Expressando a sua força de vontade através de leis constitucionais, que ainda participam de forma irremediável de todas as fraquezas do direito positivo, no entanto, consagram os preceitos básicos da justiça e os poderes que a lei natural reconhece indivíduos. Não obstante, ele percebe que a lei escrita, pode virar-se contra "o que é dado" manifestando através de duas obras-primas da filosofia grega: Antígona de Sófocles e Críton de Platão, arquétipos do conflito entre a lei natural e positivo, respectivamente lei. No entanto, isso é direito positivo que se pode aliviar a imperfeição dos órgãos estatais(...)”. *Geny, François* (2008, apud, *ELENA ARJONA, Sáez, 2010*). *ELENA ARJONA, Sáez. Geny, François, Liberdade na lei. Entre a certeza ea incerteza (seleção e tradução para o castelhano Jose Maria Beneitez Bernuz, Granada, Comares Editorial, 2008), 125 pp.* Estudos Jurídicos revista histórica XXXII. Valparaíso, Chile, 2010. p. 567-569. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552010000100041. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁷ MEDEIROS, Arthur Silva de ; BACHA E SILVA, Diogo. *Jurisprudência constitucional defensiva do supremo Tribunal Federal e a nova escola da exegese*. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. *Hermenêutica Jurídica*. XXIV Congresso Nacional Do Conpedi - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 82. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/mxxdexv2/L7tMk1k9X0k09uy9.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁸ Geny, François (1899, apud LIMA, Iara Menezes 2008) LIMA, Iara Menezes. *Escola da exegese*. Revista Brasileira de estudos políticos. 9 vol., Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2008. p. 107 e 120. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>. Acesso em: 19 dez. 2017.

5. HISTORICISMO

Ao epilogar acerca da Escola da Exegese, sobrevém tratar acerca do *Historicismo*, como teoria do direito. A Escola Histórica do Direito surgiu na Alemanha, na primeira metade do século XIX, foi inaugurado o pensamento metodológico superador do Jusnaturalismo, e, ao empirismo exegético, solidificada no pensamento de Wilhelm von Savigny¹⁹. Esta corrente concebe ao “direito” como produto da história social, que se motiva nos costumes de um povo e não na racionalização do legislador²⁰; a normatividade jurídica estava fundada nas instituições culturais do povo, assim, incumbia ao jurista identificar a instituições culturais com uma objetividade normativo-jurídica²¹, ou seja, para o historicismo jurídico o conceito de “direito” está conectado à revolução histórica da sociedade, advento pelo qual as normas jurídicas aplicadas não são apenas as leis codificadas, mas o uso e o costume de um povo nela inserta²².

6. REALISMO JURÍDICO

¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. Arcos: [S.l/s.d]. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 69. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²¹ FREITAS, Elias Canal. *Metodologia da Ciência do Direito: Entre Crença e Ilusão no Método Jurídico Silogístico da Decisão Judicial*. In: LEMOS JUNIOR, Eloy P. *Et. Al. Teorias da Decisão e Realismo Jurídico*. XXIV Encontro Nacional do Conpedi - UFS Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/k4yol24r/H4N3rDIKKU7KM5Ak.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017. p. 243 - 244.

²² CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 69. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

Em continuidade, passa a tratar acerca da *Escola do Realismo Jurídico*, verificado na primeira metade do século XX, esta, atribuiu uma abordagem social ao “direito”, com fulcro na efetividade, decorreu especialmente na Escandinávia (qual se preocupava com a questão hermenêutica, parte da experiência concreta da sociedade, para a implementação de princípios gerais) e, nos Estados Unidos da América (no sistema da *common law*, onde os juízes possuem um importante papel no plano da produção normativa, trata de num conjunto de decisões tomadas pelos tribunais em relação a casos concretos). Trata de uma vertente do sociologismo jurídico (positivismo sociológico), com um enfoque social ao “direito”, também voltado à sua efetividade²³, ou seja, o realismo jurídico tem o liame de conduzir uma humanização à lei, por meio do magistrado, que deixa de impô-la de forma automática.

7. POSITIVISMO (SOCIOLÓGICO E NORMATIVO)

Quanto ao *Positivismo*, em relação à Teoria do Direito pode afirmar que houve uma sofisticada alteração no transcorrer do século XX, duas disposições epistemológicas²⁴ surgiram como ponto comum, o afastamento do “direito natural” e o reconhecimento do “direito positivo” como válido e eficaz em determinada sociedade, mas que muito se distanciava na delimitação do conceito de “direito”.

Norberto Bobbio²⁵ retrata o positivismo jurídico como

²³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 70. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 71. Disponível em: <http://livros01.livros-gratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução: CLASEN, Jaime A.. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.p. 132.

caracterizado “pela distinção clara entre direito real e direito ideal, ou usando expressões equivalentes, entre o direito como é e o direito como deve ser, e pela convicção de que o direito qual deve ocupar-se o jurista é primeiro, e não o segundo”.

São as Escolas²⁶: (i) do positivismo sociológico, ou sociologismo que discorre sobre a sistematização dos conhecimentos das relações sociais, como papel das inquirições científicas nos ramos do saber; e (ii) do positivismo jurídico, este, se baliza pelo experimento de fundamentação autônoma da Ciência do Direito, sugerida na Teoria Pura de Hans Kelsen²⁷, que foi um verdadeiro divisor de águas²⁸, haja vistas sua substância madura concreta acerca dos argumentos apresentada, além de ser o nascedouro da grande sistematização científica do arcabouço jurídico e de fato o mais sublime advento de conceber um estatuto científico à chamada Ciência do Direito, a inquietação central em tratar o direito como ciência jurídica em sentido estrito²⁹.

²⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁷ BEDIN, Gilmar Antonio; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *A (crise da) lei na pós-modernidade*. CORREIA, Alana Carlech; MARTINS DE LIMA, Eduardo. *Teorias do Direito*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/Z22U32y13j4FnGtX.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁸ Miguel Reale afirma que se perguntassem para Hans Kelsen o que é Direito, ele responderia: "Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma". REALE, Miguel. *Linha evolutiva da Teoria tridimensional do Direito*. in: *Revista da Faculdade de Direito*. v. 88. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 303. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67224>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²⁹ “Isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto”. BEDIN, Gilmar Antonio; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *A (crise da) lei na pós-modernidade*. In: CORREIA, Alana Carlech; MARTINS DE LIMA, Eduardo. *Teorias do Direito*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/Z22U32y13j4FnGtX.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

Dessa maneira, tem-se na lei codificada, uma função de sistematizar a previsibilidade material e o controle do exercício do poder da atividade jurisdicional do Estado (com fulcro em Hans Kelsen, “o problema do jurista resume-se em saber como as normas jurídicas se articulam entre si, qual seu fundamento de validade e qual critério a ser adotado para definir-lhes unidade sistêmica³⁰”), há uma hierarquia na competência decisória, porém, haja vistas a inviabilidade de previsão para todas as relações intersubjetivas, a lei concede norte para atuação do aplicador do direito, um conteúdo material, mas não o único qual tratava a Escola da Exegese³¹.

8. CULTURALISMO JURÍDICO

Em reação ao Positivismo, no Brasil, surgiu o *Culturalismo Jurídico*, a Escola do Recife qual cominou entre realidade e valor um elemento conectivo: a cultura, ou seja, um complexo de realidades valiosas (referidas a valores)³². Para Tobias de Barreto³³:

³⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p.73. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³¹ ALMEIDA NELVAM, André. *Lei, Segurança Jurídica e Positivismo Jurídico*. In: MELO FREITAS, Lorena De. Et. Al. *Teorias do direito e realismo jurídico*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - FMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 42. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/fHvHt8s6B0WY08D6.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³² CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³³ BARRETO, Tobias (apud, GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici ; THEODORO, Thiago Henrique de Oliveira, 2015), GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici ; THEODORO, Thiago Henrique de Oliveira. *A formação histórica do culturalismo jurídico e sua importância para o Direito Brasileiro*. In: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. Et. Al. *História Do Direito*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p.282. Disponível em:

“E preciso bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. *Serpes nisi comederit non fit draco*, a serpente que não devora a serpente não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força...”

Miguel Reale aperfeiçoou o culturalismo com a sua estrutura tridimensional dialética entre: fato, valor e norma³⁴, para o autor: “Há uma relação dialética convergente entre os três fatores, de maneira que as o fato aparece como a tese, a valoração humana a antítese e a norma a síntese, superando assim o modelo estático normativo ainda vigente em nosso ordenamento jurídico”³⁵.

Nesse sentido, ao contrário de Hans Kelsen que define direito como norma, Miguel Reale define³⁶:

"não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, eu devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor", Desse modo, pela primeira vez, e m meu livro Fundamentos do Direito eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque o Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/gv4u3hv2/252kwx1y7aQtYt17.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60-64.

³⁵ GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici ; THEODORO, Thiago Henrique de Oliveira. *A formação histórica do culturalismo jurídico e sua importância para o Direito Brasileiro*. In: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. Et. Al. *História Do Direito*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 289. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/gv4u3hv2/252kwx1y7aQtYt17.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³⁶ REALE, Miguel. *Linha evolutiva da Teoria tridimensional do Direito*. Revista da Faculdade de Direito. v. 88. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 303-304. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67224>. Acesso em: 19 dez. 2017.

principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo o tempo é norma, é fato e é valor. E, pela primeira vez, na introdução do livro *Teoria do Direito e do Estado*, disse aquilo que generosamente um dos maiores 304 discípulos de Kelsen, Josef Kunz, qualificou de "fórmula realéana": "o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores".

Nessa senda, pode-se depreender que o fenômeno jurídico advém de manifestações de um povo em sociedade, assim, a teoria tridimensional do Direito admite uma dimensão fática ontológica (decorre de um fato social); axiológica valorativa (decorrente de uma teoria de justiça, dentro de ordem jurídica estabelecida) e, por fim, a terceira dimensão, normativa (trata da manifestação epistemológica do ser jurídico, consubstanciado na formação social e no ordenamento jurídico), referido fenômeno, representa uma superação admissível do normativismo jurídico vigente³⁷. Portanto, em relação ao culturalismo com a sua estrutura tridimensional, tem-se que com as variações do ângulo de quem vê o Direito, este sempre será fato, valor e norma.

9. PÓS-POSITIVISMO

Em continuidade, passa a tecer acerca do *Pós-positivismo*, neste, verifica a congruência entre as tendências normativistas e culturalistas e a crítica à dogmática jurídica tradicional (positivismo), à objetividade do direito e à neutralidade do

³⁷ GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici ; THEODORO, Thiago Henrique de Oliveira. *A formação histórica do culturalismo jurídico e sua importância para o Direito Brasileiro*. In: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. Et. Al. *História Do Direito*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 292-293. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/gv4u3hv2/252kwx1y7aQtYt17.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

intérprete³⁸. Luis Roberto Barroso, constitucionalista moderno³⁹, difundiu a elevação dos valores, dos princípios e a imprescindibilidade dos direitos fundamentais⁴⁰:

“O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro”.

Pode ser afirmado acerca do pós-positivismo⁴¹:

“Este novo arranjo normativo reflete a sociedade pós-moderna, que exige respostas rápidas do Estado. Assim, a capacidade de agilidade e adaptabilidade são valorizadas na norma jurídica, que pouco se coaduna com a rigidez normativa trazida pela lei formal. Desse modo, pode-se concluir pela crise da lei formal,

³⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³⁹ “Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latinoamericano, centrados no alargamento da Jurisdição Constitucional – sob a primazia do Poder Judiciário e no fortalecimento do Poder Constituinte e na ampliação dos atores constitucionais – sob a primazia da soberania popular, respectivamente”. BEZERRA DE SOUZA, Rafael; BOLONHA, Carlos. *Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional*. In: *Direito Estado e Sociedade*. 43. Jul/dez Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. Rio de Janeiro: 2013. p. 163. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. v.4, n.15. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2001. p. 36. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁴¹ CORREIA, Alana Carlech; MARTINS DE LIMA, Eduardo. In: *A (crise da) lei na pós-modernidade*. BEDIN, Gilmar Antonio; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Teorias do Direito*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 24. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/Z22U32y13j4FnGtX.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

transmutando a ideia de legalidade para a de juridicidade, na qual se tem um ordenamento jurídico capaz de atender a vontade do povo, por meio de fontes normativas muito além da lei”.

Em síntese a lei, se entabula como fonte do Direito no Estado Pós-Moderno, mas, é sopesada com a Carta Magna, princípios entabulados como supremacia dos direitos humanos e com a norma emanada dos órgãos técnicos do Poder Executivo, a fim de elevar o princípio da juridicidade, tendo o ordenamento jurídico, como fonte do Direito⁴².

Porém não é só, não obstante todos esses importantes movimentos para Teoria do Direito não pode ser deixada de lado a Escola do Law and Economics que será estudada no próximo tópico.

10. LAW AND ECONOMICS

Não obstante ser verificadas muitas formas de busca de soluções por meios de ferramentas jurídicas tendo em vista uma possível insuficiência desses recursos, a interdisciplinaridade pode ser um caminho de solução.

Nessa toada, são várias as formas de interdisciplinaridade⁴³, uma delas é a integração das disciplinas direito e economia com origem da escola Law & Economics no século XX nos Estados Unidos da América.

A origem norte americana era inegável, pois diferentemente da influência no Brasil dos ensinamentos de Kelsen – que adota um distanciamento do direito das demais ciências - a

⁴² CORREIA, Alana Carlech; MARTINS DE LIMA, Eduardo. In: *A (crise da) lei na pós-modernidade*. BEDIN, Gilmar Antonio; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Teorias do Direito*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/Z22U32y13j4FnGtX.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁴³ Lembro que há outras escolas como o diálogo entre o direito e a sociologia estudar por LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ciudad de Mexico: Herlder. 2009.

grande influência da teoria do direito veio por meio dos ensinamentos de Oliver Wendell Holmes Junior que entende ser impossível a ausência do diálogo entre o direito e a economia⁴⁴.

O marco teórico comum utilizado para parte da doutrina é o utilitarismo do pensamento do inglês Jeremy Bentham que é atualizada por Richard Posner substitui os termos de maximização das satisfações individuais tido como utilitarismo clássico, pelo conceito de maximização da riqueza baseado no eficientismo econômico como critério ou elemento balizador do direito, tal doutrina é denominada de Escola de Chicago que de fato é a mais influente por ser o berço do Law and Economics⁴⁵.

Porém não é só, há uma segunda corrente de suma importância que nega o formalismo jurídico segundo o qual o direito decorre de conceitos lógicos e formais, mas sim do resultado prático do próprio direito e suas respectivas transformações. Referido marco teórico foi defendido por Oliver Wendell Holmes Junior influenciando em especial os demais estudantes de Columbia e Yale⁴⁶.

Em sequência, deve ser anotado que são desdobramentos alguns elementos epistemológicos da Law and Economics que necessitam ser desmistificados para a melhor compreensão deste movimento. Dentre eles a distinção entre “direito e economia positivo” e “direito e economia normativo”.

Referida distinção é fundamental, pois estamos diante de duas aplicações distintas. Na primeira aplicação – positiva – se preocupa com as repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos, ou seja, quais efeitos uma regra jurídica pode ter na sociedade. Como exemplo pode ser citada a questão da criação de

⁴⁴ SALAMA, Bruno M. Direito e Economia. In: RODRIGUEZ, José R. *Fragments Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁵ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil*. 10 n. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/7095>. Acesso em: 21 dez. 2017.

⁴⁶ SALAMA, Bruno M. Direito e Economia. In: RODRIGUEZ, José R. *Fragments Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

um novo tributo. Por vez a segunda aplicação - normativa – é que mais preocupa os estudiosos do direito, pois noções de eficiência econômica se comunicam com o conceito de justiça.

Nesse sentido pondera Zanatta⁴⁷:

Outra vertente de base epistemológica completamente distinta da positiva é a dimensão normativa da Law & Economics, pautada numa visão deontológica e eficientista do direito. Sem dúvidas, esta é a corrente mais polêmica do movimento direito e economia, pois investiga até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça.

Tanto é assim que com base na doutrina de Richard Posner a aplicação do direito deve ter como fundamento a maximização da riqueza, ou seja, para a aplicação do direito que uma decisão judicial compensasse a perda dos prejudicados. Assim, para que uma decisão fosse adequada bastaria a recomposição econômica baseada na análise custo-benefício. Entretanto, tal concepção de justiça de Posner foi altamente criticada pela doutrina, pois se afasta da promoção de valores morais ou ideias de justiça⁴⁸.

Tendo em vista as severas críticas lançadas, Posner abandonou seu posicionamento inicial adotando uma posição mais pragmática segundo a qual a eficiência seria apenas um elemento subsidiário para o critério de decisão, bem como o juiz ao aplicar o direito ao caso concreto deve sopesar as prováveis consequências econômicas sem deixar de lado os valores democráticos e a Constituição⁴⁹.

⁴⁷ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil*. 10 n. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/7095>. Acesso em: 21 dez. 2017.

⁴⁸ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil*. 10 n. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/7095>. Acesso em: 21 dez. 2017.

⁴⁹ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil*. 10 n. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/7095>. Acesso em: 21 dez. 2017.

No Brasil, a aplicação da teoria tem sido aplicada em determinados casos pontuais pelas instâncias inferiores⁵⁰, bem como por sua vez, nos tribunais superiores não há entendimento consolidado ou firmado tendo em vista que a matéria somente foi citada de forma indireta⁵¹.

Desta forma, fica a cargo da doutrina seu estudo e não obstante fortes críticas quanto a aplicabilidade do instituto no Brasil empunhas por Paula Forgioni e Julio Marcelino Junior⁵², Luciano Timm, um dos grandes defensores da aplicação do Law and Economics adota a teoria segundo a qual detém uma

⁵⁰ EMENTA: RECURSO INOMINADO. DANO MORAL ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO EM R\$ 4.000,00 SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 46 DA LEI 9099/95. 1. Satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos, conheço o recurso. 2. A situação que ensejou a reparação por danos morais é incontroversa. 3. No que tange ao valor indenizatório, considerando os postulados da Análise Econômica do Direito ou Direito e Economia (Law and Economics) que apontam a necessidade de ser o descumprimento das normas especialmente custoso ao indivíduo que o cumprimento das normas, além da capacidade econômica das partes e na necessidade de que o custo de descumprimento das normas tenha razoável impacto a permitir a adoção de outros comportamentos consentâneos com as normas pelo fornecedor, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade consolidados nos precedentes desta Turma Recursal, critérios estes quem levam em consideração tanto a capacidade econômica das partes, como o grau de culpa, além de os esclarecimentos prestados à Delegacia de Polícia serem decorrência da , decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer do recurso, e no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do voto (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0018364-55.2013.8.16.0030/0 - Foz do Iguaçu- Rel.: Gustavo Tinaco de Almeida - - J. 21.10.2014) (TJ-PR - RI: 001836455201381600300 PR 0018364-55.2013.8.16.0030/0 (Acórdão), Relator: Gustavo Tinaco de Almeida, Data de Julgamento: 21/10/2014, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 23/10/2014)

⁵¹ Nesse sentido por ser citado no Supremo Tribunal Federal (STF - Rcl: 11243, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-191 DIVULG 04-10-2011 PUBLIC 05-10-2011), bem como no Superior Tribunal de Justiça (REsp. 355392/RJ, rel. Min. Castro Filho, j.26.03.02)

⁵² FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto N. M.; LIMA, Martonio M. B. (orgs). *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. e MARCELLINO JUNIOR, Julio C. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des) encontros entre Economia e Direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

formação social espontânea, gerando assim uma forte fonte de riquezas, mas que necessita de intervenções estatais pontuais como na promoção do desenvolvimento econômico e a proteção da livre iniciativa. Todavia referido autor se afasta da ideia protecionista da intervenção do Estado nas relações contratuais em eventual hipossuficiência, pois o mercado compensará tais impositões com aplicação de maiores encargos prejudicando a coletividade⁵³.

Não obstante os posicionamentos doutrinários, deve ser registrado que a eficiência ou a aplicação econômica deverá ser apenas um elemento subsidiário para o critério de decisão, bem como o juiz ao aplicar o direito ao caso concreto deve sopesar as prováveis consequências econômicas sem deixar de lado os valores democráticos e a Constituição conforme já enfrentado em outrora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da complexa vida em sociedade, com a valoração dos fatos sociais, com a evolução tecnológica, o ordenamento jurídico sofreu inúmeras alterações, todas preciosas para que hodiernamente caminhe frente a uma valoração dos anseios sociais; advento qual concorre com a perda do monopólio da força do Estado, todavia, este, acha-se calcado no tempo em que suas decisões proferidas atentem às necessidades atuais, sem estar engessado na rigidez atribuída em períodos anteriores. Verifica na evolução da Teoria do Direito a transição do jusnaturalismo à pós-modernidade, o respeito à lei e a sociedade.

Assim, verificou as seguintes transições evolutórias da ciência do direito: sob o ponto de vista Jusnaturalista, os princípios norteadores estavam calcados na própria natureza humana, nesse sentido, ultrapassou gerações consagrando a ordem

⁵³ TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*, 2ª ed. Luciano Benetti Timm (organizador e coordenador). São Paulo: Atlas, 2014

natural, a ordem divina e, por fim, a ordem racional. Assim, o “direito” traduzia a justiça social, com base na ordem natural, qual o Estado positivo atribuiu suas leis por meio de normas basilares já existentes.

Outrossim, a escola da Exegese reduziu a atuação do julgador à uma mera função mecânica lógica dedutiva; no Historicismismo Jurídico verificou que o conceito de “direito” estava conectado à revolução histórica da sociedade, advento pelo qual as normas jurídicas aplicadas não decorriam apenas as leis codificadas, mas o uso e o costume de um povo nela inserta.

Quanto ao Realismo jurídico observou que este conduziu na humanização à lei, por meio do magistrado que a deixou de impor de forma automática; já no Positivismo, tem-se uma hierarquia na competência decisória, porém, haja vistas a inviabilidade de previsão para todas as relações intersubjetivas, a lei concede norte para atuação do aplicador do direito, um conteúdo material, mas não o único qual tratava a Escola da Exegese.

Quanto ao Culturalismo Jurídico, com a sua estrutura tri-dimensional, tem-se que com as variações do ângulo de quem vê o Direito, este sempre será fato, valor e norma; e, por fim, para o Pós-positivismo, a lei, se entabula como fonte do Direito no Estado Pós-Moderno, mas, é sopesada com a Carta Magna princípios entabulados como supremacia dos direitos humanos e com a norma emanada dos órgãos técnicos do Poder Executivo, a fim de elevar o princípio da juridicidade, tendo o ordenamento jurídico, como fonte do Direito.

Deve ser notado que, não obstante ser verificadas muitas formas de busca de soluções por meios de ferramentas jurídicas tendo em vista uma possível insuficiência desses recursos, a interdisciplinaridade pode ser um caminho de solução.

Assim, não obstante as outras formas de interdisciplinaridade, uma delas é a integração das disciplinas direito e economia com origem da escola Law and Economics.

Não obstante existirem várias correntes, a mais expoente

é a Escola de Chicago contendo como elemento teórico o utilitarismo do pensamento do inglês Jeremy Bentham, bem como os ensinamentos de Richard Posner tendo como fundamento o critério ou elemento balizador do direito a economia.

Em sequência, uma de suas aplicações, em especial, a tida como normativa é que mais preocupa os estudiosos do direito, pois noções de eficiência econômica se comunicam com o conceito de justiça, pois em um primeiro momento poderia ocorrer o afastamento da promoção de valores morais ou ideias de justiça.

Tendo em vista as severas críticas lançadas uma das melhores aplicações que pode ser observada seria a contribuição do Law and Economics como um elemento subsidiário para o critério de decisão, segundo o qual, o juiz ao aplicar o direito ao caso concreto deve sopesar as prováveis consequências econômicas sem deixar de lado os valores democráticos e a Constituição.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA NELVAM, André. *Lei, Segurança Jurídica e Positivismo Jurídico*. In: MELO FREITAS, Lorena De. Et. Al. *Teorias do direito e realismo jurídico*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - FMG/FUMEC/DOM Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 42. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/fHvHt8s6B0WY08D6.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. v.4, n.15, Rio

- de Janeiro: Revista da EMERJ, 2001. p. 36. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 26 dez. 2017.
- BEZERRA DE SOUZA, Rafael; BOLONHA, Carlos. *Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional*. In: *Direito Estado e Sociedade*. 43. Jul/dez Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistas-des/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução: CLASEN, Jaime A.. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. Trabalho de conclusão de curso (Tese) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp098895.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- CORREIA, Alana Carlech; MARTINS DE LIMA, Eduardo. In: *A (crise da) lei na pós-modernidade*. BEDIN, Gilmar Antonio; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Teorias do Direito*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/Z22U32y13j4FnGtX.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. Arcos: [S.l/s.d]. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savi-gny>. Acesso em: 26 dez. 2017.

- ELENA ARJONA, Sáez. Geny, François, *Liberdade na lei. Entre a certeza ea incerteza (seleção e tradução para o castelhano Jose Maria Beneitez Bernuz, Granada, Comares Editorial, 2008), 125 pp. Estudos Jurídicos revista histórica*. XXXII. Valparaíso, Chile, 2010. p. 567-569. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552010000100041. Acesso em: 26 dez. 2017.
- FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto N. M.; LIMA, Martonio M. B. (orgs). *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FREITAS, Elias Canal. *Metodologia da Ciência do Direito: Entre Crença e Ilusão no Método Jurídico Silogístico da Decisão Judicial*. In: LEMOS JUNIOR, Eloy P. Et. Al. *Teorias da Decisão e Realismo Jurídico*. XXIV Encontro Nacional do Conpedi - UFS Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/k4yo124r/H4N3rDIKKU7KM5Ak.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici; THEODORO, Thiago Henrique de Oliveira. *A formação histórica do culturalismo jurídico e sua importância para o Direito Brasileiro*. In: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. Et. Al. *História Do Direito*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/gv4u3hv2/252kwx1y7aQtYt17.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- LIMA, Iara Menezes. *Escola da exegese*. Revista Brasileira de estudos políticos. 9 vol. Universidade Federal de Minas

- Gerais: Belo Horizonte. 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep-article/view/55/53>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ciudad de Mexico: Herlder. 2009.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio C. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre Economia e Direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.
- MEDEIROS, Arthur Silva de ; BACHA E SILVA, Diogo. *Jurisprudência constitucional defensiva do supremo Tribunal Federal e a nova escola da exegese*. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. *Hermenêutica Jurídica*. XXIV Congresso Nacional Do Conpedi - UFMG/FU-MEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/mxxdexv2/L7tMk1k9X0k09uy9.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____, Miguel. *Linha evolutiva da Teoria tridimensional do Direito*. in: *Revista da Faculdade de Direito*. v. 88. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67224>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- SALAMA, Bruno M. *Direito e Economia*. In: RODRIGUEZ, José R. *Fragmentos Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*, 2ª ed. Luciano Benetti Timm (organizador e coordenador). São Paulo: Atlas, 2014
- _____, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*, 2ª ed. São Paulo:

Atlas, 2015.

_____, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil*. 10 n. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/7095>. Acesso em: 21 dez. 2017.