

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL**

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago, Gina Vidal Marcilio Pompeu, Leonardo Albuquerque Marques – Florianópolis: CONPEDI,2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-561-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Decisões judiciais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a obra coletiva “Direito, economia e desenvolvimento sustentável I”, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho homônimo, durante o XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, em São Luís/MA, sobre o tema “Direito, democracia e instituições do sistema de justiça”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, originalidade de abordagem e sensibilidade, em reflexões sobre relevantes questões da interface entre o direito e a economia, tendo em vista o objetivo do desenvolvimento sustentável, no contexto globalizado.

Não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento, em busca de um equilíbrio entre os interesses individuais e as demandas sociais e ambientais, na linha da solidariedade social e da dignidade humana, envolvendo as figuras do Estado, do mercado e toda a sociedade civil, o que demanda uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na construção cultural do conceito de eficiência, no fenômeno do crowdfunding, na soberania econômica pelo prisma da América Latina, na adequação do método de análise econômica do direito, na investigação empírica do comportamento do contribuinte da contribuição de melhoria, nos modelos de política antitruste, nas políticas públicas para a saúde no Brasil, nos impactos do fechamento de mina, na posição do Brasil no agrupamento BRICS, no desenvolvimento e livre iniciativa, no papel do escambo para o desenvolvimento do direito econômico, na dosagem dos tributos, na primeira infância e desenvolvimento sustentável, na planejamento estatal para a proteção ambiental, nas associações de benefícios mútuos, nos sistemas de registros imobiliários e na governança participativa.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre o desenvolvimento sustentável e a importância de uma interpretação equilibrada para a defesa de uma sociedade justa e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Prof. Dr. Leonardo Albuquerque Marques - UNICEUMA

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - Unimar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: VERIFICAÇÃO DE ADEQUAÇÃO DO MÉTODO

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: VERIFICATION OF THE APPROPRIATENESS OF THE METHOD

Ramá Lucas Andrade

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo verificar a adequação da ferramenta da Análise Econômica do Direito, proposta pela Escola de Chicago, para a aplicação do direito. Esta pesquisa foi realizada através de um estudo bibliográfico, de forma descritiva e qualitativa. Ao final verificou-se que o termo “Análise Econômica” é inadequado, pois reduz a perspectiva econômica aos pressupostos microeconômicos. É inadequado também o uso do termo “Análise Econômica do Direito”, pois o reducionismo metodológico implica uma diminuição do ferramental jurídico para uma análise e aplicação da justiça pelo operador do direito.

Palavras-chave: Análise econômico do direito, Escola de chicago, Justiça, Direito, Economia

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims to verify the appropriateness of the tool of the Economic Analysis of Law, proposed by the Chicago School, for the application of the law. This research was carried out through a bibliographical study, in a descriptive and qualitative way. In the end it was verified that the term "Economic Analysis" is inadequate, because it reduces the economic perspective to the microeconomic assumptions. It is also inappropriate to use the term "Economic Analysis of Law", because methodological reductionism implies a reduction of legal tools for an analysis and application of justice by the operator of the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of law, Chicago school, Justice, Right, Economy

1. Introdução

O Direito é uma disciplina das ciências sociais e possui uma ligação com outras diversas disciplinas como a antropologia, a sociologia, a filosofia e a economia. A relação com a economia está diretamente ligada ao estudo do comportamento humano. Das ações humanas que se relacionam, por um lado, com a Economia que direciona os seus estudos para a alocação eficiente dos insumos, ou seja, produção e distribuição dos bens e serviços, e por outro, com o Direito que está preocupado com a alocação dos bens jurídicos, de forma eficiente e do tratamento equitativo desses bens.

Os primeiros trabalhos que relacionam Direito e Economia surgem a partir da década de 1960, como mostra Polinsky,

O campo de estudos pode ter começado com Bentham (1789), quem sistematicamente examinou como os atores se comportariam em face de incentivos jurídicos (especialmente sanções penais) e avaliou resultados com respeito a mensurações claramente determinadas de bem-estar social (utilitarismo). Seu trabalho foi deixado essencialmente sem continuidade até quatro importantes contribuições: Coase (1960) em externalidades e responsabilidade civil, Becker (1968) em crimes e cumprimento da lei, Calabresi (1970) em responsabilidade civil extracontratual, e Posner (1972) na análise econômica do direito em geral. (POLINSKY, 2005, p. 03).

A partir da segunda metade do século passado, desenvolveu-se, inicialmente e com mais força nos Estados Unidos da América, uma nova corrente na teoria jurídica que combina as ciências econômicas e jurídicas, tendo como objetivo o estudo interdisciplinar do direito. A referida corrente denomina-se Análise Econômica do Direito (AED), ou “*Law and economics*”. Richard Posner, Professor da Faculdade de Direito de Chicago e um dos maiores expoentes da Análise Econômica do Direito, em sua obra “*Some Uses and Abuses of Economics in Law*”, define a Análise Econômica do Direito como um movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria microeconômica neoclássica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto.

Para Ivo T. Gico Jr. a Análise Econômica do Direito é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os ferramentais teóricos e empíricos econômicos e para expandir a compreensão e o alcance do direito, buscando o desenvolvimento, aplicação e avaliação das normas jurídicas, principalmente em relação às suas conseqüências. (GICO, 2011).

A relação entre Direito e Economia também pode ser estabelecida entre seus princípios. Para Polinsk enquanto na ciência econômica se aplica o princípio da eficiência, na ciência jurídica este conceito está associado à equidade. (ARAÚJO, 2015).

Apesar de os princípios eficiência e equidade, provocarem inicialmente um aparente conflito, Vilfredo Pareto aplica sua teoria equilibrando a relação entre produção e alocação dos recursos que podem ser utilizados nas diversas esferas das sociedades.

O critério de Pareto é mais utilizado para julgar se a alocação do recurso é ou não o mais eficiente, que poderá servir para estabelecer um ponto de ótimo para a sociedade nas negociações entre governo e mercado, assim como para aplicação da tutela dos bens jurídicos.

Além do conceito de eficiência em Pareto, a Análise Econômica do Direito utiliza outros conceitos como: escolha racional que se dá momento do confronto entre os desejos ilimitados e os recursos escassos; falhas de mercado que são situações em que a solução de concorrência perfeita¹ não promove a maximização do bem-estar, provocando externalidades negativas, concentração do poder econômico e assimetria informacional; custos de transação são aqueles suportados pelos agentes econômicos relacionados à procura, à aquisição e ao manuseio da informação, vinculados ao processo negociatório, desde sua origem até a sua concretização definitiva, passando pelas atividades concernentes ao acompanhamento sistemático do cumprimento das cláusulas contratuais pela outra parte; teoria dos jogos baseia-se na premissa de que os processos de tomada de decisão por indivíduos, que reconhecem sua interação mútua, são do tipo “penso que você pensa o que eu penso sobre você mesmo”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

Apesar de suas diversas aplicações, faz-se necessário um aprofundamento sobre como tais instrumentos podem ser apropriados pelo mundo jurídico. Dentre muitos questionamentos esta pesquisa busca conhecer: se o termo “Análise Econômica do Direito”, adotado pela Escola de Chicago, é apropriado para a discussão sobre justiça?

Este estudo tem como objetivo verificar a adequação da ferramenta da Análise Econômica do Direito, proposta pela Escola de Chicago, quando se busca a justiça e ainda analisar a utilização do termo numa proposição econômica e aplicação para o direito. É feito um estudo sobre a relação entre o Direito e a Economia, e como se estabelece a construção teórica sobre a eficiência.

¹ Por concorrência perfeita é uma situação onde Produtos são os mesmos; existem vários compradores e vendedores, de modo que nenhum deles influencia o preço de mercado; e compradores e vendedores são tomadores de preços. Para maiores detalhes ver MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia** - Tradução da 6ª Edição Norte-americana – Cengage Learning, 2014.

Esta pesquisa, do ponto de vista da abordagem do problema, foi tratada de forma qualitativa, pois considera que existe uma relação entre o mundo e o sujeito traduzida em representações não numéricas. Em relação aos objetivos foi utilizada a pesquisa descritiva, já que buscou descrever as características de um fenômeno. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos foi realizada através de um estudo bibliográfico, já que procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos. (CERVO; BERVIAN, 2002).

2. Uso inadequado do termo

Ao se referir à “Análise Econômica”, deve-se ficar claro que a Escola de Chicago apropriou-se de forma insidiosa do termo, com o objetivo de confundir uma área das ciências sociais com um método científico que possa ser apropriado por outras ciências, para obtenção de resultados propostos.

A Ciência Econômica é, portanto, muito maior que a proposição semântica, morfológica e epistemológica que a Escola de Chicago quer imprimir à expressão “Análise Econômica”.

A obra de Richard Posner *Economic Analysis of Law (1973)* representou um importante passo para a difusão da Análise Econômica do Direito, serviu como um manual que consolidou as teorias e serviu de guia para os estudantes de Chicago.

Segundo Heinen (2016) Posner irá se utiliza da economia para construir uma teoria explicativa (descritiva) dos institutos jurídicos, considera que tais institutos podem ser explicados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais. Também propõe uma teoria normativa, em que avalia como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes. Para realizar essa análise, Posner adota a visão da microeconomia neoclássica.

Para a compreensão desses pressupostos faz-se necessário um estudo da Ciência Econômica e suas subdivisões. A Ciência Econômica é uma área do conhecimento humano que busca examinar as ações sociais que estão relacionadas à obtenção e ao uso das condições materiais do bem-estar.

(...) a economia é o estudo das condições materiais da vida em sociedade e dos motivos que levam os homens a ações que têm conseqüências econômicas. São seus objetos o estudo da **pobreza**, enquanto estudo das causas da degradação de uma grande parte da humanidade; das condições, motivações e razões da **riqueza**, das ações individuais e sociais ligadas à obtenção do **bem-estar**. (MARSHALL, 1961 apud ROSSETTI, 2003, p. 45).

De acordo com tal perspectiva, pode-se delimitar o campo específico do conhecimento econômico em três abordagens:

- a) Neoclássica: que está focalizada na condução do homem em relação à sua riqueza e bem-estar; busca descobrir como as virtudes humanas e concorrência conduzem à satisfação individual;
- b) Socialista: as necessidades humanas são determinadas pelo está cultural da sociedade; estuda as leis sociais que regulam a produção e distribuição da riqueza;
- c) Sistematização de Robbins: meios escassos, fins alternativos, escolha e alocação dos recursos são os elementos do campo da economia.

Há uma dificuldade, portanto, de aplicação uníssona de uma das abordagens, em virtude do objeto de estudo ser a realidade social. O confronto entre os interesses individuais, coletivos, institucionais e ideológicos estão criando constantemente situações, fatos e interesses que não podem ser interpretados apenas por uma abordagem ou sistematização teórica.

Isto também pode ser verificado no método de apreensão e sistematização da realidade, utilizado pela economia, que utiliza os métodos indutivo e dedutivo para sua elaboração. Segundo Rossetti (2003):

- Método indutivo: que são abstrações resultantes de levantamentos e informações quantitativas; uma construção de modelos validados por testes estatísticos;
- Método dedutivo: abstrações teóricas envolvendo situações e comportamentos não mensuráveis a partir de levantamentos da realidade concreta; é um esforço de teorização substitutiva da validação experimental.

O conjunto sistematizado dessas observações é o que descreve a economia. São generalizações e suposições teóricas, através de modelos simplificadores da realidade, que

devem ser testadas levando-se em conta o tempo e o espaço, ou seja, tais construções da realidade devem sempre ser confrontadas com os fatos sociais.

Deve-se observar que os fundamentos teóricos e os pressupostos ideológicos são instrumentos essenciais para a compreensão dos significados e de apresentação da economia como ciência. Assim pode-se observar que entre seus diversos compartimentos e subdivisões, a mesma pode ser apreendida por economia positiva e normativa. A economia positiva trata a realidade como ela é, a normativa como ela deve ser. (ROSSETTI, 2003).

Para facilitar a compreensão entre positivo e normativo, pode-se seguir a seguinte proposição:

1. O aumento das taxas básicas de juros provoca redução do consumo;
2. A redução no consumo das famílias reduz a arrecadação do governo;
3. Logo, como é desejável que o superávit do governo, ou seja, que arrecade mais do que gaste, é necessário que baixe a taxa de juros para que aumente o consumo das famílias.

As afirmações um e dois são factuais, positivas. A afirmação três é de caráter normativo. Não há entre elas relações lógicas ou formais. As duas primeiras não são condições determinantes para que ocorra a terceira. Esta pode ser melhor justificada por outras razões, como a redução dos gastos do governo.

Outra forma de compreender é através de análise de diagramas, como mostra a Figura 1.

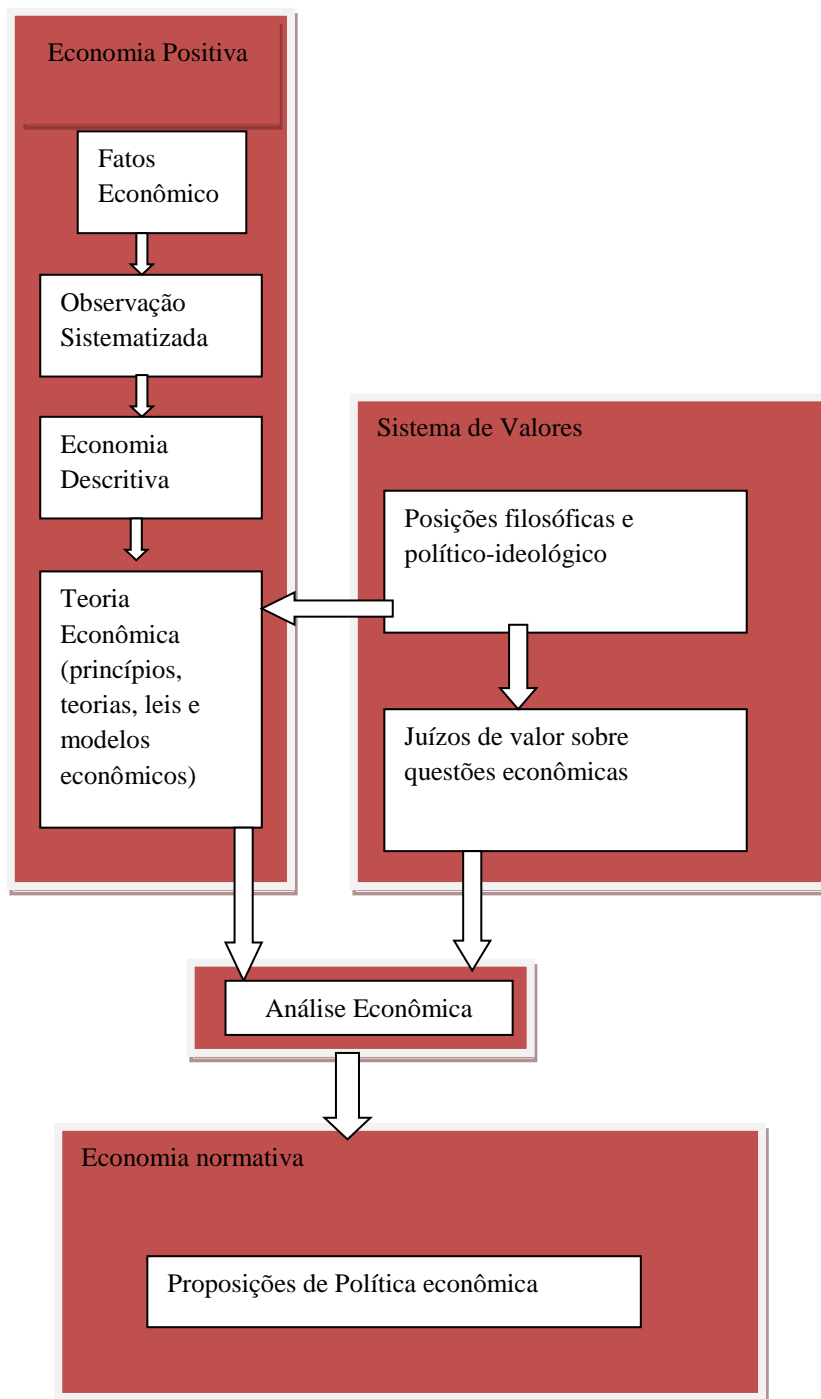
Assim, a economia descritiva, observa e descreve os fatos econômicos, ao mesmo tempo há uma influência dos aspectos filosóficos e político-ideológicos para a formatação das teorias e modelos econômicos. A realidade social é analisada a partir desses pressupostos econômicos, mas sempre influenciados por juízos de valor. O resultado de tais análises são as políticas econômicas.

Além da divisão da economia em positiva e normativa, a divisão da teoria econômica apresenta diversas subdivisões. Entre elas está a divisão entre microeconomia e macroeconomia. Segundo Rossetti (2003, p. 68-9):

Microeconomia: também chamada de teoria dos preços, baseada no modelo liberal-individualista, tem como pressuposto teórico o equilíbrio geral, sob a situação do ótimo econômico. Os produtores maximizam seus lucros, os consumidores sua satisfação; os recursos escassos são aplicados da forma mais eficaz possível, maximizando principalmente os retornos privados.

Macroeconomia: comportamento da economia em seu conjunto. A unidade de referência é o todo, não suas partes individualizadas. Os indicadores básicos para comparações internacionais do desempenho totalizado das economias nacionais, como os níveis de produto e de renda per capita, os padrões de produtividade e os de competitividade.

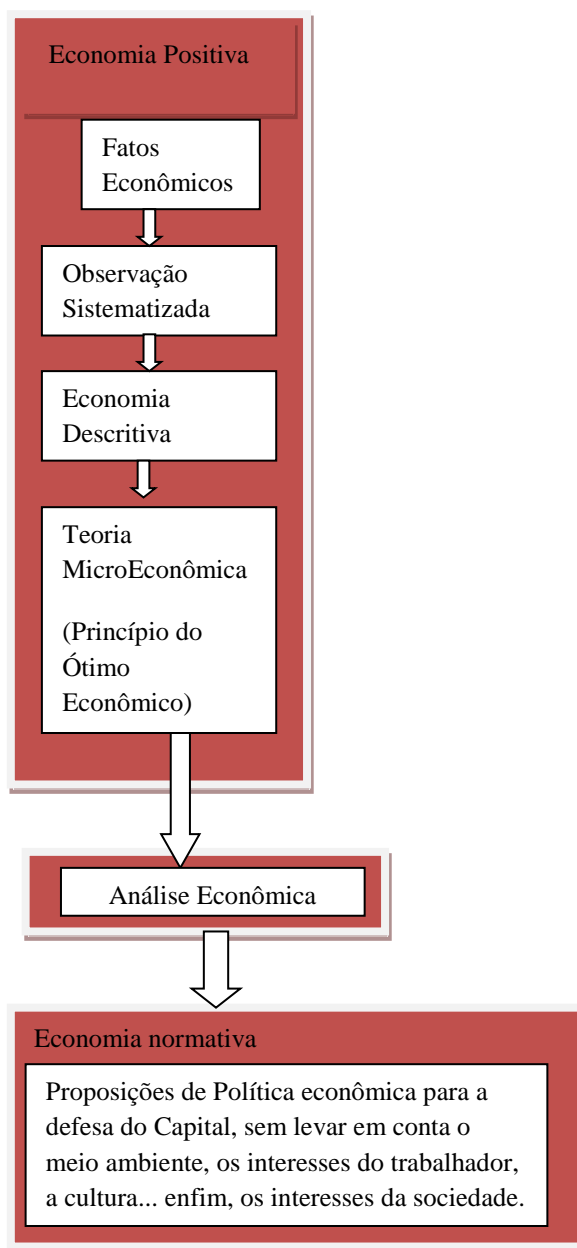
Figura 1 – Aspectos: positivo e normativo da economia



Fonte: Adaptado de Rossetti (2003)

O que se percebe é que o estudo microeconômico é apenas uma subdivisão do estudo da Economia. A sua utilização é apropriada para a defesa do pensamento neoclássico em sua forma neoliberal, ou seja, a visão atomizada do indivíduo que busca a máxima satisfação. O discurso dessa corrente de pensamento é a defesa do bem-comum, através da interface entre custos e benefícios privados, contudo, é uma promessa que só tem favorecido um lado, o capital.

Figura 2 – Proposta de Análise Econômica pela Escola de Chicago



Fonte: elaborado pelo autor

Dessa forma, se pudéssemos desenhar a proposta da Escola de Chicago, no que se refere ao termo “Análise Econômica”, o seu contorno seria como o demonstrado na Figura 2 acima.

Assim, “Análise Econômica”, proposta pela Escola de Chicago não leva em conta os diversos aspectos de uma análise da economia que, entre outras divisões, podem ser: economia positiva e economia normativa, microeconomia e macroeconomia, economia aplicada ao poder público, economia internacional, economia do trabalho, crescimento e desenvolvimento econômicos etc. Dessa forma, o que é proposto pela Escola de Chicago é inadequado, e deveria ser chamada “Análise Microeconômica”.

Esta observação também pode ser feita quando se analisa a expressão “Análise Econômica do Direito”, e sua possível aplicação às decisões jurídicas.

3. Fundamentos e críticas

Os primeiros estudos voltados para a análise do Direito em conjunto com a Economia foram realizados nos Estados Unidos, justificados pela necessidade de se observar mais profundamente as instituições e organizações nacionais.

O movimento Direito e Economia surgiu na América do Norte e atinge de forma crescente todo o mundo. A correlação entre o Direito e a Economia tornou-se notória nos Estados Unidos e a disciplina passou a incluir a grade curricular do curso de Direito das mais destacadas Universidades. (COOTER, 2010, p. 38).

A obra do advogado norte-americano Ronald Coase, um dos mais influentes economistas contemporâneos, é tida como o marco inicial da interação entre Direito e Economia. Sua obra desenvolve-se em razão da crítica à análise econômica sob a ótica ortodoxa, enfatizando que as instituições legais influenciam fortemente o comportamento dos agentes econômicos, ideia antagônica à neoclássica tradicional.

Ao analisar os impactos econômicos positivos e negativos em relação à produção e ao consumo, Coase trabalha com a possibilidade dos prejuízos que um indivíduo pode causar a outro e em como conter essa ação prejudicial (atribuir responsabilidade) através da relação custo/benefício. “Um dos grandes méritos das obras de Coase foi tentar interpretar a realidade humana não exclusivamente numa perspectiva econômica”. (AGUIAR, 2017, p. 1).

Através do chamado Teorema de Coase, o autor se utiliza do exemplo de uma fábrica que polui um rio e levanta o questionamento: o bem produzido pela fábrica traz benefício à sociedade, ainda que sua produção polua o rio? Esse questionamento se assenta no fato de que a empresa (ainda que cause danos ambientais) gera empregos e impostos; portanto, a sua extinção também acarretaria danos econômicos à sociedade em questão.

Com base no referido teorema, é realizada uma análise de quais medidas a serem adotadas para inibir a existência de danos e custos que causem prejuízos à economia sem que a atividade seja cessada. E, aqui, insurge-se a necessidade de comunicação entre o Direito e a Economia, pois àquele cabe definir os parâmetros em que a atividade econômica será desenvolvida, assim como se dará a reparação dos possíveis danos causados à sociedade.

Assim, a lei pode conceder o direito de poluir e permitir o dano causado, todavia, impondo condições como a instalação de filtros para atenuar os efeitos da poluição. Observa-se desse modo uma conexão entre o Direito com os fundamentos da Economia dos custos de transação. (SOEIRO, 2017, p. 1).

Os estudos envolvendo as duas matérias ganharam propulsão em todo o mundo, ocasionando um movimento centrífugo de valoração da correlação entre as matérias. Hoje em dia, são muitas as universidades ao redor do mundo que se dedicam ao estudo da relação entre as duas disciplinas. Esse cenário demonstra que os centros de estudos se curvaram ao fato de que os objetos das mencionadas matérias são complementares e que, por isso, precisam ser estudadas de forma sistemática para que alcancem seus objetivos enquanto ramos do conhecimento promotores do bem-estar social.

Muito embora a relação entre Direito e Economia tenha tido seu estudo sistematizado apenas a partir do século XVIII, com Adam Smith, a ligação entre as duas disciplinas remonta às primeiras vivências do homem em sociedade, uma vez que, ainda que de forma muito rudimentar e sem o sentimento de benefício à coletividade, o homem sempre possuiu a necessidade instintiva de armazenar, organizar e distribuir os recursos de que dispunha, de forma a manter a ordem e a paz do grupo em que se encontrava inserida, a fim de assegurar a própria sobrevivência.

Por outro lado, Análise Econômica do Direito se fundamenta na proposta de segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Têm como base o funcionamento adequado dos mercados, trazendo para AED os postulados de maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas. Tais postulados podem ser elencados, segundo Monteiro (2009, p. 5):

a) Em face da escassez de recursos devido às necessidades humanas, a alocação mais eficiente gerará o incremento do bem-estar e do fluxo de relações econômicas;

b) Ótimo Paretiano (ou eficiência da Pareto; ou eficiência alocativa): alocação mais eficiente dos recursos, afirma que: (i) uma sociedade não se encontra em uma situação ótima se não houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outra; (ii) uma escolha eficiente é aquela tomada quando não há outra alternativa que seria preferível por todos os envolvidos, levando em conta seus objetivos e preferências individuais; (iii) uma alocação ineficiente ocorre quando existe alguma alternativa que todos os outros preferem ou que seria aceita por pelo menos um deles, quanto que para os demais seria indiferente;

c) A forma mais eficiente de alocação seria determinada pelo livre mercado, e não pela intervenção estatal;

d) Esse funcionamento do livre mercado pressupõe o maior grau possível de concorrência entre os agentes que nele atuam;

e) A formulação/interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciados por considerações desestabilizadores e não-uniformes, como a busca do ideal de justiça, sob pena do comprometimento da segurança e da previsibilidade;

f) O escopo (determinável e uniforme) do Direito é a busca da eficiência alocativa, atrelada sempre ao bem-estar do consumidor. Consequentemente, o grau de eficiência alocativa é diretamente proporcional ao bom fluxo de relações econômicas;

g) É legítimo que o foco do ordenamento jurídico repouse na eficiência alocativa, porque resultante consideração global das preferências individuais.

Assim o pensamento econômico vai instrumentalizar o operador do direito para com as decisões jurídicas tenham como resultado a uma racionalidade econômica. Há, portanto, um reducionismo metodológico para os pressupostos microeconômico.

A Análise Econômica do Direito, da Escola de Chicago, traz uma proposta de redução do método de interpretação dos valores jurídicos através de relações de custo-benefício.

De acordo com tal Escola, o emprego desse instrumental econômico, será pautado em critérios de eficiência, e tem como finalidade “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências”. (GICO JR., 2014, p. 1).

Proposições Microeconômicas utilizadas como ferramenta teórica e prática para uma interpretação do direito, a partir de seus resultados.

Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios.

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento serem os capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável (GICO JR., 2014, p. 27-28).

Tal reducionismo metodológico pode ser apropriado para situações que necessitem de cálculos matemáticos e relações que envolvam interesses individuais. Assim pode-se aplicar no momento dos cálculos trabalhistas, o que envolve propriedade privada, momento de criação, rearranjo ou distribuição de capital ou de lucros. Mas não parece adequado quando se fala de justiça, distribuição de renda, equidade, igualdade de direitos, questões ambientais, respeito aos povos e ao meio ambiente.

Uma crítica bastante contundente é feita por Hans Küng (2000), em *Una ética mundial para la economía y la política*, aonde destaca a primazia da ética em face da política e da economia.

Segundo Alvarez (2006), Küng formula as diretrizes de uma ética global, a partir de princípios resultantes dos movimentos emancipadores desde a década de 60, os quais não permitem que se trate aos seres humanos como se fosse mercadoria, ressaltando que sua dignidade, seus direitos e deveres devem determinar de um novo consenso social. Neste sentido, a proposta é de uma economia ecológico-social de mercado com fundamento ético. Por outro lado a política deveria ser não só mercantilmente justa e adequada, mas também levar em consideração os interesses das pessoas afetadas, de modo que os mecanismos de mercado se regessem por valores e critérios políticos e éticos.

Primeiramente questiona o imperialismo econômico que submeta a complexidade

das dimensões da sociedade à racionalidade econômica, razão porque a economia requer um acompanhamento político que se ocupe de subordinar os resultados econômicos a objetivos humanos e sociais, questionando o estereótipo do *homo economicus*, egoísta e individualista, ressaltando que nem toda troca é um intercâmbio mercantil guiado por fins econômicos, mas, em muitos casos pode ser uma expressão de um intercâmbio social e de uma ética da reciprocidade.

Afirma ainda que a economia de mercado deva estar a serviço do homem, ou seja, deve estar a serviço das necessidades do homem. Diz que o princípio da racionalidade econômica tem sua justificação, mas não pode assumir-se como valor absoluto de forma a evitar que o subsistema da economia se eleve de fato à categoria de um sistema total que domestique os demais subsistemas e desvirtue seus valores.

Dessa forma, os imperativos e os cálculos da racionalidade econômica de forma alguma podem atropelar as exigências fundamentais da razão ética baseado no pressuposto de que na economia mundial globalizada não deve imperar um darwinismo social em que sobrevive o mais forte, não podendo sacrificar-se à dignidade humana em nome da liberdade econômica.

Alvarez (2006) destaca o posicionamento de Pacheco (1994) ao ver que AED converte a teoria econômica no único conhecimento relevante no estudo do direito. Assim, ao assumir seus dogmas fundamentais, como o paradigma do *homo economicus*, o sistema de mercado como o modelo de decisão ótima, e a eficiência econômica como único valor social, a economia converte-se em princípio de explicação e justificação última de toda decisão, razão porque esta mediação normativa da economia reduz a análise da questão jurídica a critérios exclusivamente econômicos. O resultado disso é que o sistema jurídico é transformado em um instrumento que produz e reproduz uma racionalidade material de tipo econômico, que possuem a mesma lógica de mercado, qual seja, a maximização da riqueza.

Neste mesmo sentido Vazquez (2000, apud Alvarez, 2006) faz críticas à interdisciplinaridade que implica na aplicação dos conceitos econômicos aos assuntos legais e sua apropriação do aparato conceitual e metodológico. O autor vai dizer ser indevida a ampliação do instrumental da AED às atividades alheias ao mercado, já que os seguidores de autores, como Kelsen, Bobbio e Hart, que construíram suas teorias sobre o

conceito de validade das normas e distinção entre ser e dever ser, além de outros que se inspiraram em Rawls ou Habermas, como é o caso de Dworkin, Alexy e Carlos Nino, que sustentam a tese de que existe uma conexão conceitual e necessária entre o direito e a moral, não aceitam ser possível oferecer uma fundamentação racional e objetiva da justiça.

Pelo exposto acima fica evidente que a “Análise Econômica do Direito”, proposta pela Escola de Chicago, é, portanto, inadequada como ferramenta para criação e interpretação das normas jurídicas na sua totalidade.

4. Conclusão

Ao desprezar todos os aspectos da ciência econômica e sua multiplicidade de mecanismos para uma análise feita pela economia como instrumental para outras ciências, a “Análise Econômica”, proposta pela Escola de Chicago tem como objetivo único de construir um pensamento teórico falso e ao mesmo tempo defender uma corrente de pensamento que busca favorecer apenas um lado, o capital internacional.

A Análise Econômica do Direito, proposta pela Escola de Chicago, está centrada na eficiência e suas conseqüências mensuráveis, como a maximização de riqueza e a relação entre custos e benefícios. Está associada à noção da escolha racional e a busca pela métrica das relações e dos resultados. O comportamento da sociedade é pautado no fim último da otimização das interações e de um conjunto de pressupostos de um pensamento racional, acerca de vantagens e desvantagens, não leva em conta, portanto, aspectos subjetivos, como as questões culturais, os valores morais e psicológicos, a incomensurabilidade econômica das questões ambientais e principalmente os diversos aspectos da justiça. Portanto, inadequada como ferramenta para análises e decisões jurídicas.

5. Referências Bibliográficas

AGUIAR, Bernardo A. T. de. **A análise econômica do direito: aspectos gerais**. Rio Grande, 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27>. Acesso em 17/05/2017.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - p 49 a 68 – Rio de Janeiro, jul/dez 2006. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso: 10/03/2017.

ARAÚJO, José Vicente Luís Prieto. **Análise Econômica do Direito - a Relação entre Direito e Economia**. Congresso Anual da AMDE, [S.I.], 2016. Disponível em: http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VI_AMDE/paper/view/53/41 . Acesso em: maio de 2015. p. 05.

BATISTA, Macario. Lida na Assembleia mensagem que propõe redução do ICMS. Novembro de 2010. **Jusbrasil**, [Online], [S.I.], 2016. Disponível em: <http://macariobatista.blogspot.com.br/2010/11/lida-na-assembleia-mensagem-que-propoe.html>. Acesso. 15/06/2015.

BRASIL, Decreto-Lei Nº 7.841 de 08 de agosto de 1945. **Código de Águas Minerais**. Presidência da República. Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 1º.

_____, Decreto-Lei Nº 7.841 de 08 de agosto de 1945. **Código de Águas Minerais**. Presidência da República. Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Art. 19, VII.

_____. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos**. 5. ed. Brasília: ESAF, 2014.

_____. Secretaria da Receita Federal. **Bebidas**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislação/LegisAssunto/Bebidas.htm>. Acesso em: Maio de 2015.

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. **A Eficiência como Fundamento da Decisão Judicial em Direito Empresarial**. Dissertação (Mestrado *Stricto Sensu* em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima - MG, 2011. p. 17.

CEARÁ, **Instrução Normativa Nº 18/2009**. Estabelece procedimento relativo ao recolhimento do ICMS referente às operações com água mineral envasada em embalagem de 20 litros.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1977.

FERREIRA, Adriano. Métodos e tipos de interpretação. 2011. Disponível em: <http://introducaoaoDireito.info/wp/?p=615>. Acesso em: 05/08/2016.

FORGIONI, Paula A. **Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

GICO Jr., Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é Análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18.

_____, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.

HEINEN, Luana Renostro A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. **Publicadireito**, [Online], [S.I], 2017. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: 23/01/2017.

KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MAFRA., Francisco. O Direito e a Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870. Acesso em ago 2016.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise Econômica Do Direito: Uma Visão Didática**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo. 2009.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da análise econômica do direito**. Trabalho publicado nos anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho – una reconstrucción teórica*. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

PESSOA, Maria Auxiliadora P. P. **Estado fiscal e tributário: perspectivas educativas**. Dissertação apresentada à Universidade Estadual do Ceará, 2007.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Cambridge, MA, EUA: Center for Law, Economics, and Business, nov. 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/abstract_id=859406 >. Acesso em: 06/05/2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOEIRO, Susan E. I. **A relação entre o direito e a economia**. Revista **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12533&revista_caderno=27>. acesso em 17/05/2017.