

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL II**

**FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

**MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE**

**ROMEU FARIA THOMÉ DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização  
CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Marco Antônio César Villatore, Romeu Faria  
Thomé da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-113-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3.  
Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom  
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II**

---

### **Apresentação**

A Coordenação do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates realizados no âmbito do XXIV Congresso do CONPEDI, cujo tema foi Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O evento, realizado na capital das Minas Gerais, desenvolveu suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: a Faculdade de Direito da UFMG; a Universidade FUMEC; e a Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, no período de 11 a 14 de novembro de 2015.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, vinte e seis artigos foram aprovados e selecionados para compor o presente livro do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito do Consumidor, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados para as relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos. Os debates envolvendo tópicos de Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, já tradicionais nos Congressos do CONPEDI, também foram significativos neste encontro realizado em Belo Horizonte.

Convém, entretanto, registrar uma nota de destaque ao incremento substancial das discussões relativas às normas de proteção ambiental e ao princípio do desenvolvimento sustentável nos últimos eventos do CONPEDI, em especial no grupo de trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II do XXIV Congresso. Esse aprofundamento se deve à crescente preocupação do ser humano com a manutenção do equilíbrio ambiental, refletida em inúmeros Programas de Pós Graduação espalhados pelo Brasil que se propõem à análise do tema, como o Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, uma das instituições anfitriãs do evento. A estreita relação instaurada entre as normas de Direito Econômico e as de Direito

Ambiental, em busca de fomentar não apenas o crescimento, mas o desenvolvimento econômico em harmonia com o bem-estar social e a preservação ambiental, demonstra a absoluta adequação desse grupo de trabalho, que incentiva a pesquisa interdisciplinar, aproximando o Direito, a Economia e o Desenvolvimento Sustentável.

A catástrofe envolvendo as barragens de rejeitos da mineradora Samarco, no município mineiro de Mariana, acontecida às vésperas do XXIV Congresso, com gravíssimas repercussões socioambientais, foi abordada pelos coordenadores e pesquisadores do grupo no início dos trabalhos, que prestaram homenagem às vítimas, além de reforçar a convicção de que o desenvolvimento se encontra inexoravelmente atrelado à proteção do meio ambiente.

As normas jurídicas, já utilizadas como instrumentos vocacionados ao crescimento econômico, devem ser compreendidas, a partir da constitucionalização da proteção do meio ambiente, como instrumentos de viabilização do desenvolvimento econômico sustentável.

A construção do conhecimento, paulatinamente, estrutura-se pelo esforço de docentes, doutorandos e mestrados, que desenvolvem a pesquisa jurídica de maneira independente e comprometida. Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos apresentam análise interdisciplinar de temas contemporâneos e, desse modo, ofertam efetiva contribuição para a evolução e consolidação de diversos institutos jurídicos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática. Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros agradecimentos aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos agora publicados, na expectativa de que o elo Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável se fortifique na corrente do CONPEDI. Convidamos, por fim, a todos, para uma profícua leitura.

Belo Horizonte, 15 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva DOM HELDER

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore PUCPR/UNINTER/UFSC

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

# ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND ITS CONTEXT.

**Tatiana de Fátima Machado Dunshee de Abranches**

## **Resumo**

O Direito visa regular o comportamento humano através da indução de condutas por meio da previsão de sanções. A Economia estuda a tomada de decisões em um mundo de recursos escassos e desejos infundáveis. Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito (AED) visa compreender e prever as implicações fáticas da aplicação das normas do ordenamento jurídico através da utilização de uma abordagem econômica, ou seja, pretende conferir segurança e previsibilidade às relações jurídicas por meio da agregação dos conceitos de equilíbrio e eficiência. O foco é avaliar as normas principalmente através do viés de suas consequências, isto é, expandir a análise das questões jurídicas para além da sua realidade abstrata. Entretanto, apesar da base teórica desse campo do conhecimento humano ser bastante conhecido, a sua aplicação no dia-a-dia dos tribunais brasileiros ainda é algo bastante incipiente. O presente artigo visa, portanto, levantar algumas questões com o fim de demonstrar que essa interdisciplinariedade deve ser encarada como algo natural e necessário em nosso atual contexto de um mundo cada vez mais globalizado; a despeito de pretender fazê-lo muito mais através de indagações do que de respostas. A metodologia da pesquisa é descritiva quanto aos fins a que se propõe, pois busca apresentar os pressupostos da AED e sua aplicação prática. No entanto, com relação aos meios, é eminentemente bibliográfica, haja vista ter sido feito um mapeamento do tema em livros, artigos, revistas e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Análise econômica do direito, Direito e economia, Aplicação prática, Contextualização

## **Abstract/Resumen/Résumé**

The law is intended to regulate human behavior by inducing ducts by means of prediction penalties. Economics studies the decision-making in a world of scarce resources and endless desires. In this context, the Economic Analysis of Law (AED) aims to understand and predict the factual implications of the application of law standards through the use of an economic approach, ie is intended to provide certainty and predictability to the legal relations through the aggregation of concepts balance and efficiency. The focus is to evaluate the standards mainly through the bias of its consequences, that is, expand the analysis of the legal issues beyond its abstract reality. However, despite the theoretical basis of the field of human knowledge be widely known, its application in day-to-day Brazilian courts is still something fairly crude. This article therefore aims to raise some questions in order to demonstrate that interdisciplinarity should be seen as something natural and necessary in our present context of an increasingly globalized world; in spite of wanting to do it more through questions than

answers. The research methodology is descriptive of purposes for which it therefore proposes seeks to present the assumptions of AED and its practical application. However, with respect to the media, it is eminently literature, considering it was made a subject of mapping in books, articles, magazines and jurisprudence.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Economic analysis of law, Law and economics, Practical application, Background

## INTRODUÇÃO

O Direito visa regular o comportamento humano e em razão disso possui uma metodologia essencialmente hermenêutica, que traz em si grande conteúdo moral, porquanto busca ser justa. A Economia, por sua vez, é a ciência que estuda a tomada de decisões, individual ou coletiva, sob a premissa de que vivemos em um mundo de recursos escassos e desejos humanos infundáveis, seja no âmbito do mercado ou fora dele. Assim sendo, a abordagem econômica envolve sempre uma escolha e se caracteriza por um método de investigação racional e objetivo. A análise jurídica, por seu turno, não pode fugir da consideração dos direitos fundamentais, tendo, assim, um fundamento mais social e subjetivo.

No entanto, o Direito, ao induzir a opção por determinada conduta, não conduz à uma análise das consequências da adoção dessa posição, ou da aplicação de uma ou outra determinada regra. E é justamente isso que pretendem os adeptos da Análise Econômica do Direito (AED), teoria que surgiu principalmente após as obras de Ronald Coase<sup>1</sup> e Richard Posner<sup>2</sup>. A ideia central é a de que o jurista deve empregar uma abordagem mais pragmática, através da adoção da interdisciplinariedade com a ciência econômica, com o fim de promover os interesses da sociedade de uma forma mais equilibrada e eficiente.

Nesse sentido, em nosso estudo procuraremos discutir a aplicação que vem sendo dada pela jurisdição brasileira à AED, com o fim de estabelecer a importância e relevância do tema dentro da perspectiva do mundo contemporâneo. Tal questão se mostra relevante, pois a viabilização de meios mais dinâmicos na busca pela justiça e que também tragam em si melhorias no alcance de soluções com maior eficiência econômica, capazes de acarretar um impacto positivo maior para sociedade, apresentam-se de grande importância em um mundo cada vez mais interligado. Para tal fim, a pesquisa será descritiva, pois busca descrever os pressupostos da AED e sua aplicação prática, através da análise eminentemente bibliográfica em livros, revistas, artigos, teses e pesquisa jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, n. 3, p. 1-44, 1960. Traduzido para o português em: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>2</sup> POSNER, Richard. *The Economics of justice*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.



Dessa forma, faremos inicialmente uma análise das bases teóricas da Análise Econômica do Direito (AED); quais são seus fundamentos; linhas de pensamento; qual deve ser a relação custo-benefício do fenômeno jurídico; quais os critérios de aferição da eficiência econômica e, por fim, passaremos para a contextualização da aplicação da AED.

## **BASES TEÓRICAS DA AED**

Uma sequência histórica resumida do estudo do Direito no Brasil partiria do jusnaturalismo (o Direito tem natureza dúplice, pois decorre tanto da opinião dos homens como da própria natureza, sendo que o Direito natural se sobrepõe ao dos homens) para o juspositivismo (nega a existência de um Direito natural e o compreende como um fato social que deve ser estudado sob um ponto de vista científico); e como reação ao positivismo, vem em seguida o neoconstitucionalismo (que visa à ocorrência da interdisciplinariedade entre o Direito e as demais ciências, com o fim de aproximá-lo da realidade social e lhe atribuir uma conotação valorativa).

O entendimento dos juspositivistas sobre a necessidade de se atribuir ao Direito uma metodologia independente explica a dificuldade existente até os dias de hoje em se estabelecer um diálogo entre o Direito e as demais ciências, o que exclui dos juristas instrumentos robustos para a adequada avaliação das consequências de suas decisões.

No contexto do neoconstitucionalismo, apesar da importância dada aos valores, não havia preocupação com as consequências de uma lei ou decisão judicial, pois o foco era possibilitar a sua flexibilização, caso fosse necessário para a compatibilização com determinado princípio. A necessidade de uma teoria que permita a análise mais acurada sobre as consequências de uma norma ou decisão, dentro do contexto social em que ela será proferida, surge e traz em seu bojo a importância de se analisar o comportamento humano. Assim, a AED começa a ser considerada no Brasil como uma metodologia que visa contribuir para uma tomada de decisões jurídicas mais racionais.

Para analisar as consequências de uma determinada regra a AED sugere que a investigação seja dividida em duas partes, sendo a primeira relativa à AED positiva, que visa a estabelecer “o que é”, ou seja, qual a racionalidade e os resultados prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela norma; e a segunda, a AED negativa, que objetiva perquirir “o que deve ser”, isto é, pretende auxiliar na escolha da alternativa mais eficiente e como as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e

do bem-estar. Entretanto, ainda que se faça uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer se uma medida é justa ou injusta, certa ou errada, pois tais conceitos são subjetivos e o que importa para os juristas é evitar o desperdício, por não existir nada mais injusto. Nesse contexto, a ineficiência é sempre injusta.

Portanto, se a premissa é a de que os recursos são escassos, que escolhas devem ser realizadas e que existem custos inerentes a cada uma delas, os custos e benefícios de cada alternativa devem ser ponderados. E daí surge a análise econômica do fenômeno jurídico, cuja premissa é a de que na existência de mais de uma opção de atuação, deve-se considerar aquela mais eficiente do ponto de vista econômico, que melhor atende aos interesses em jogo com o menor custo possível.

Cabe ressaltar que o conceito de eficiência econômica, em sua origem, é baseado na definição de Vilfredo Pareto<sup>3</sup>, para quem uma situação deve ser considerada eficiente sempre que ao se melhorar a situação de alguém não ocorra uma piora na situação de outro. Assim sendo, uma escolha eficiente é aquela tomada quando não há alternativa preferível por todos os envolvidos; e uma alocação será considerada ineficiente quando existir alguma alternativa que todos os outros preferem ou que seria aceita por pelo menos um deles.

Entretanto, o critério de eficiência apresentado por Pareto sofreu sofisticções ao longo do tempo e Alfred Marshall<sup>4</sup> foi um dos precursores da mudança, ao defender que a eficiência não pretende supor o que é bom ou ruim, certo ou errado, mas apenas constituir-se em um critério com menor grau de subjetividade. Esse conceito também constituiu a base do critério de eficiência de Kaldor-Hicks<sup>5</sup>, segundo o qual uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganhem mais do que perdem aqueles que pioram de situação. Assim, aqueles que melhoram sua situação podem teoricamente compensar aqueles que ficam piores, podendo levar a uma situação de eficiência alocativa no sentido de Pareto.

Nesse contexto, os adeptos da AED preconizam que a melhor forma de alocação eficiente dos recursos se dá quando não há intervenção do Estado e o mercado funciona de forma livre, com o maior grau de concorrência possível entre os agentes. Considerando que o mercado se compõe de decisões que buscam maximizar interesses individuais, ele resulta

---

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. *Princípio da Eficiência*. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.27-37. ISBN 978-85-7700-468-3.

<sup>4</sup> DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.39-47. ISBN 978-85-7700-468-3.

dessas preferências e, portanto, o foco do ordenamento jurídico deve repousar na eficiência alocativa, que resulta da consideração das preferências individuais.

O Ótimo Paretiano apresenta claras desvantagens quando se pensa em políticas públicas, pois nessa hipótese é impossível ou utópico proceder a qualquer mudança sem que alguém fique em uma situação pior. Assim sendo, a aplicação das normas não pode ser influenciada por considerações abstratas como a busca do ideal de justiça, sob pena de comprometer-se a segurança e a previsibilidade. O escopo do direito deve ser, portanto, a busca da eficiência alocativa e dentro dessa perspectiva o acesso coletivo aos bens abre espaço para a prevalência do regime da propriedade privada, ao perceber-se que a limitação do direito de acesso de alguns em prol do uso mais eficiente dos recursos passa a representar ganhos sob o escopo do interesse coletivo.

Tal ideia ganhou força após o trabalho de Garrett Hardin<sup>5</sup>, intitulado de a Tragédia dos Comuns. Ao questionar a importância que estava sendo dada à intervenção estatal e ao uso coletivo dos bens, ele ilustra sua crítica com um pasto de ovelhas que era de uso coletivo e, por serem os desejos infundáveis, cada vez mais esse pasto foi ficando repleto de ovelhas quando as pessoas conseguiam adquirir mais animais. Portanto, o pasto que antes era suficiente para alimentar a todos, deixou de sê-lo e ocasionou a morte de dezenas de animais. Logo, restou demonstrado que o uso coletivo dos bens é inviável, em razão dos infinitos desejos humanos e da escassez dos recursos, o que elevou a importância do regime da propriedade privada, que segundo Garret “pode não ser o melhor sistema sobre o ponto de vista da justiça distributiva, mas melhor a injustiça que a ruína”.

Até 1960, a AED era aplicada apenas no Direito da Concorrência. Entretanto, o termo “Law and Economics”, após os artigos de Ronald Coase<sup>6</sup> e Guido Calabresi, alicerçou o seu domínio nas áreas de propriedade, contratos, responsabilidade civil, criminal, processual, família e constitucional. A disciplina ganhou rigor metodológico, sobretudo, por meio dos trabalhos desenvolvidos nas universidades americanas, sobretudo em Chicago, Yale e Berkeley, cujos expoentes como Richard Posner, Henry Manne, Garry Becker, dentre outros, contribuíram para o desenvolvimento da disciplina.

Na seara dos contratos, por exemplo, a teoria econômica ignorou por muito tempo seus efeitos microeconômicos. Somente após o trabalho denominado Teorema de Coase passou-se à compreensão de que as transações humanas comerciais não são reguladas exclusivamente pelo sistema de preços, mas também sofrem a influência dos contratos. As

---

<sup>5</sup> TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>6</sup> SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

regras jurídicas que disciplinam o contrato podem facilitar as transações no mercado e beneficiar a criação de riqueza, razão pela qual passou a ser visto como instrumento essencial para o bom funcionamento da economia.

Dessa forma, surge a importância de um sistema judiciário que proteja contratos e garanta os direitos de propriedade por meio de normas que vinculem a justiça e o desenvolvimento econômico. A Nova Economia Institucional, inaugurada por Ronald Coase, foi a abordagem que aproximou os conceitos de mercado e sociedade empresária de suas dimensões jurídicas, pois ao tratar tal sociedade como uma estrutura de governança e um nexo de contratos, abriu a oportunidade de sistematizar a relação entre Direito e Economia com base na Teoria das Organizações.

No entanto, Oliver Williamson foi quem inseriu na teoria da Nova Economia Institucional que as escolhas e a racionalidade do comportamento humano são influenciadas pelas instituições, cujo critério orientador de políticas legislativas é o emprego da eficiência alocativa.

Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético, sem custos de transação, os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a alcançar a sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que no mundo real os custos de transação são positivos e, portanto, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos. Os custos de transação correspondem não só aos custos de contabilidade, mas também aos vinculados ao processo de negociação e acompanhamento do cumprimento de cláusulas contratuais.

O impacto de tal teoria no mundo do Direito é claro, porquanto o Teorema de Coase afirma que, existindo direitos de propriedade bem definidos e podendo as partes negociar, a solução eficiente será alcançada a despeito dos comandos legais. Assim, é imanente à noção da AED a desregulamentação da economia, entendida esta como a não intervenção do Estado nas relações de mercado. O Direito é tido, portanto, como instrumental. A finalidade é a busca pela maximização da riqueza e, por isso, a noção de justiça é substituída pela de eficiência econômica, que, entretanto, não possui um único sentido dentro do movimento da AED. Tal maximização como fundamento ético para o Direito é uma tese de Richard Posner, cuja ideia central é a de que o Direito deve atuar como um sistema de incentivos, indutor de condutas, com o fim de promover a potencialização da riqueza como um critério que venha a distinguir regras justas de injustas.

Nesse contexto, a intervenção do Estado só deve existir quando ocorrerem falhas de mercado, como externalidades negativas, concentração do poder econômico, bens públicos, assimetria de informações ou ineficiência das instituições. A tese de Posner, entretanto, após causar grande polêmica, foi revista pelo próprio autor, que publicou vasta obra atribuindo um papel mais discreto à maximização da riqueza e defendendo o pragmatismo jurídico, que descarta tanto a noção de que a eficiência seria um critério suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, como a que deve se sobrepor aos demais valores da sociedade. O Direito passa a ser compreendido como um instrumento para a consecução de fins sociais e suas interpretações não podem ser desconectadas das suas consequências no mundo dos fatos, sob pena de comprometer os interesses da sociedade como um todo.

## CONTEXTUALIZAÇÃO

A Análise Econômica do Direito vem sendo bastante debatida no ordenamento jurídico brasileiro, mas, a despeito disso, a sua aplicação não tem sido vista nas decisões judiciais como um fundamento explícito, apenas de forma implícita. Contudo, há uma decisão do Ministro Luiz Felipe Salomão que utiliza essa doutrina de forma expressa no julgamento de um Recurso Especial<sup>7</sup>. Tratava-se da discussão se as disposições da Lei n.

---

<sup>7</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes.

O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido. (REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015)

10.931/2004, sobretudo as do artigo 50, deveriam ser aplicadas a todos os contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional.

O art. 50 da Lei n. 10.931/2004 determina que o autor, nas ações que envolvam empréstimo, financiamento ou alienação de imóveis, deve quantificar o valor incontroverso e converter as obrigações contratuais que pretende alterar, sob pena de inépcia da inicial. O juízo de primeiro grau entendeu não ser aplicável tais requisitos aos contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação, por não haver disposição expressa nesse sentido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também se manifestou pela não incidência dos dispositivos da Lei n. 10.931/2004.

Entretanto, o fundamento do voto do Min. Luiz Felipe Salomão foi o de que a referida lei tinha como objetivo conferir maior segurança e credibilidade aos adquirentes de imóveis e seus financiadores e, dessa forma, contribuir com a retomada do crescimento da economia, pois ao atribuir maiores garantias aos credores o mercado imobiliário se tornaria mais próspero.

Nesse contexto, a Lei 10.931/2004 foi vista como uma manifestação da AED, ao aproximar as normas jurídicas da realidade econômica, verificar o contexto em que foi elaborada, com o fim de promover o desenvolvimento social. O Min. Luiz Felipe cita o autor Luciano Benetti Timm, que afirma que “a análise econômica da ‘função social do contrato’ permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos”<sup>8</sup>. Assim sendo, a satisfação dos contratos de financiamento de imóvel constitui requisito para que o sistema evolua e garanta o benefício à toda coletividade interessada. O Direito é utilizado, portanto, para diminuir os custos de transação, pois se um agente econômico não tiver garantias de que a outra parte cumprirá com suas obrigações, o contrato não terá a mesma importância para ele.

O Min. Luiz Felipe Salomão concluiu que o art. 50 da Lei 10.931/2004 inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé, ao exigir a apresentação de pedido objetivo, que aponte claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. Isso porque o objetivo da norma é garantir que, se a execução do contrato se tornar

---

<sup>8</sup> TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006, apud Min. Luiz Felipe Salomão, REsp 1163283/RS.

controvertida, a discussão será eficiente, porque somente o ponto conflitante será analisado e não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

No caso concreto relatado acima a utilização da AED se deu de forma expressa; entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) também já considerou argumentos econômicos em seus julgamentos, sem, contudo, mencionar de forma explícita que fazia uso dessa teoria. Isso se deu, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário 407.688-8<sup>9</sup>, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso, onde se discutia a possibilidade de penhora de bem de família do fiador e se isso não ofenderia o direito à moradia assegurado pela Constituição da República (CR).

Ocorre que, a Lei 8.009/1990 determinou que o imóvel residencial da entidade familiar (bem de família) seja impenhorável. No entanto, a Lei de Locação (Lei 8.245/1991) acrescentou o inciso VII à Lei 8.009/1990, para ressaltar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Assim sendo, o imóvel residencial daquele que assumiu o encargo de fiador tornou-se passível de penhora. Em um primeiro momento, o STF entendeu que essa ressalva seria inconstitucional, por violar o disposto no art. 6º da CR, que reconhece o direito à moradia como um direito fundamental. Entretanto, posteriormente, o posicionamento foi alterado e entendeu-se possível a penhora do único imóvel do fiador em contrato de aluguel.

O argumento central apresentado no voto do Min. Cezar Peluso foi de índole econômica, pois partiu do pressuposto de que não aceitar a penhora do bem de família do fiador tornará o contrato de aluguel menos atrativo para os proprietários de imóveis. Logo, o contrato se tornará mais caro, o que irá impedir ou dificultar o acesso à moradia para pessoas menos abastadas. Portanto, o entendimento foi o de que, ao invés de prejudicar o direito à habitação, a norma que autoriza a penhora do bem de família do fiador, na verdade, possibilita que mais pessoas tenham acesso à moradia por um preço menor. A conclusão do voto foi o de que o direito social à moradia difere do direito de ser proprietário ou do direito à propriedade imobiliária.

---

<sup>9</sup> EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

Cabe ressaltar, contudo, que a utilização de argumentos econômicos não blinda a decisão de críticas, pois a ótica econômica de análise das consequências poderia ter sido adotada e outra conclusão poderia ter sido encontrada. Isso porque, a partir do momento que uma pessoa sabe que, ao assumir o encargo de fiador, poderá perder o seu bem de família, menos pessoas aceitarão ser fiadores, o que resultará na redução da concretização do direito à moradia, através da imposição de maiores óbices à realização de contratos de locação residencial. Logo, os proprietários terão que aceitar alugar seu bem mesmo sem a assinatura de um fiador e, assim, terão menos garantias de que o contrato será cumprido. Com menos garantias, os custos da locação aumentarão e o preço do aluguel também.

O mesmo pensamento pode ser aplicado na análise da alteração promovida pela Lei 12.112/09 à Lei de Locações, com a inserção do inciso IX ao parágrafo primeiro do art. 59, que permite o deferimento da liminar para desocupação do imóvel, no prazo de quinze dias, em caso de não pagamento de aluguel ou acessório e desde que o contrato não tenha qualquer tipo de garantia. Isso porque a celebração de garantias envolve custos de transação e, até o advento dessa lei, quando inadimplido o contrato, o locador precisava enfrentar um longo processo de despejo. Com a inclusão desse dispositivo, torna-se mais interessante ao locador abrir mão das garantias e ter direito a uma desocupação mais célere, pois isso viabilizará também uma nova locação, além do fato de que diminuirá os custos de transação e o valor dos alugueres, incrementando, portanto, a dinâmica de oferta de imóveis.

Outro exemplo de análise da repercussão econômica do fenômeno jurídico, que poderia ter tido um desfecho diferente se tivesse sido aplicada, pode ser verificada nos casos de contratos de leasing que tinham como parâmetro o dólar, fato este que se deu nos idos de 1990. Tal contrato teve grande aceitação na época, em razão dos baixos custos que apresentava, decorrentes da desvalorização da moeda americana. Ocorre que, com a posterior alta do dólar, o cumprimento de tais contratos se tornou muito difícil, o que gerou inúmeros pedidos de revisão contratual perante o Poder Judiciário.

A solução dada ao caso foi salomônica, pois foi determinado pelos juízes que as partes repartissem os prejuízos da contratação com base na moeda americana. O resultado disso foi um grande abandono da utilização do contrato de leasing pelo mercado, em virtude do aumento de seus custos, já que as instituições financeiras se viram diante de um risco concreto de arcar com o inadimplemento da obrigação contratada decorrente das oscilações do câmbio.

Cabe ressaltar que, se as consequências daquele entendimento jurisprudencial tivessem sido consideradas e os inadimplentes tivessem sido forçados a cumprirem o contrato mesmo diante da alta do dólar, a mensagem enviada ao mercado teria sido outra e o



consumidor, com isso, continuaria a dispor dessa modalidade contratual de grande utilidade na sociedade.

Alguns princípios aplicáveis aos contratos podem ajudar a corrigir falhas de mercado e trazem em si a lógica econômica subjacente de fazer com que as partes confiem no comportamento dos demais contratantes e façam investimentos de acordo com isso. O princípio da boa-fé, entendido como um dever de atuar de forma transparente na relação contratual, pode ajudar a corrigir, por exemplo, falhas de mercado como a assimetria de informação. Por outro lado, o princípio da função social do contrato, ao considerar os efeitos perante terceiros e buscar a redução dos custos de transação, possibilita o aumento das trocas no mercado. Portanto, uma intervenção judicial que venha a ser feita em um contrato deve considerar não somente as partes contratantes, como também aqueles que venham a sofrer com os benefícios ou perdas indiretas, resultantes da modificação do que foi inicialmente contratado. A diminuição da oferta dos contratos de leasing, conforme exemplo narrado acima, demonstra uma situação socialmente ineficiente resultante de uma intervenção em um contrato.

Logo, a função social do contrato indicaria a utilidade da menor intervenção possível nos contratos individuais e sua necessidade ficaria restrita nas hipóteses em que fosse preciso superar erros e ineficiências decorrentes de alguma falha de mercado. Assim, o Direito atuaria como um método de garantia da execução dos contratos. Entretanto, não se pode deixar de atentar para o risco dos agentes econômicos deixarem de atuar no mercado quando o custo gerado pela intervenção judicial não puder ser compensado.

A consideração das repercussões econômicas da aplicação e formação das normas jurídicas é um tema tão contemporâneo que já tem sido aplicado inclusive na formulação de medidas do governo para ultrapassar a crise que assola o ambiente político, econômico e social brasileiro. Dentre as medidas anticrise apresentadas recentemente pelo Senado Federal ao governo, com o fim de melhorar o ambiente de negócios estão a blindagem das legislações de contratos contra mudanças repentinas, que afetam a segurança jurídica desses pactos.

Além disso, há a previsão de aperfeiçoamento do marco jurídico e do modelo de financiamento da saúde, através da avaliação da proibição de liminares judiciais que determinem o tratamento com procedimentos experimentais onerosos ou não homologados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). As questões relacionadas aos custos dos direitos e à escassez de recursos ficam bastante claras nas análises dos pedidos de fornecimento de medicamentos não contemplados nos protocolos oficiais de tratamento e fornecimento gratuito.

A questão do fornecimento de medicamentos é bastante polêmica, principalmente se colocarmos frente a frente o direito à saúde e a existência ou disponibilidade de recursos financeiros por parte dos entes federados. Em um primeiro momento, considerando que o Direito possui em sua essência a garantia dos direitos fundamentais, os juízes e tribunais vêm determinando a oferta do medicamento solicitado judicialmente pela parte por quaisquer dos entes federativos e independentemente da lista do governo, sob a premissa de garantia do direito à vida e à saúde.

Ocorre que, após inúmeras argumentações econômicas dos órgãos de defesa daqueles entes, no sentido da impossibilidade de arcar com o custo de tais remédios, geralmente de grande valor, surgiu a tese que se denomina de “reserva do possível”, que nada mais é do que se levar em consideração a razoabilidade da pretensão individual deduzida em face do Poder Público em confronto com a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações que lhe competem. Dessa forma, a concretização dos direitos fundamentais que impliquem em gastos financeiros só podem ser efetivados no processo judicial quando houver provisão orçamentária, dentro da razoabilidade e proporcionalidade das finanças públicas.

Cabe atentar para o fato de que as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos, independentemente da viabilidade do tratamento ou da inserção do mesmo nas listas oficiais do governo, ignoram por completo as conseqüências distributivas e de alocação de recursos. Assim, decidem impor a vitória de uns em detrimento da perda de inúmeros outros. Entretanto, se os recursos são escassos, não há como tratar de direitos como se fossem absolutos, isolando-os da realidade que os cerca.

Nesse contexto, a decisão do pedido de suspensão de tutela antecipada (STA nº 91) pela Presidente do STF à época, Min. Ellen Gracie, trouxe de forma inédita a análise da repercussão econômica para o julgamento dos pedidos que envolvem o fornecimento de medicamento, de forma a não ignorar que a garantia do direito à saúde necessita de recursos financeiros para ser concretizada. Em sua decisão a Ministra considerou necessária a suspensão da execução da liminar para evitar grave lesão à ordem pública e ao sistema público de saúde, pelas razões adiante transcritas:

Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso

universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...)" e outros medicamentos necessários para o tratamento "(...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...)" a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, "(...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...)" execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, "(...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente (STA 91, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167)

A despeito de se poder discutir a noção de justiça aplicada à decisão, fato é que em um mundo de demandas cada vez maiores, não se pode deixar de atentar para a questão dos custos dos direitos. Além disso, o fornecimento de medicamentos insere-se no contexto de políticas públicas e o Poder Judiciário, ao condenar os entes federados, aumenta os gastos totais dos serviços e impacta as políticas públicas de saúde. Isso porque, ao alocar recursos, as decisões judiciais interferem na economia, gerando externalidades negativas e, em determinados casos, ao atuar em prol de um benefício individual, pode vir a prejudicar a coletividade.

À luz dos postulados da AED, condenar o Estado a custear um medicamento experimental, importado, de alto valor e não fornecido pelo SUS, gera um impacto no orçamento público e inviabiliza a aplicação do recurso para suprir carências básicas no âmbito da saúde. Ademais, as perdas decorrentes de tais decisões judiciais acabam por ser internalizadas, causando o aumento do custo do produto para os consumidores. Logo, o Judiciário, quando julgar demandas que importem em alocação de recursos, deverá considerar que sua decisão poderá gerar reflexos na concretização de outros direitos e com isso acarretar um mal maior.

A repercussão econômica dos fatos jurídicos também foi considerada em casos como os da análise da constitucionalidade de leis estaduais que concedem isenção de passagem aos estudantes de escolas públicas ou na compra de medicamentos para idosos, onde efetivamente

houve a apreciação de quem suportaria os custos e os benefícios de tais normas. A AED se vê presente também em inúmeros outros casos jurídicos. No Direito de Família, ao influenciar o planejamento sucessório; no Direito Empresarial, onde a finalidade econômica é posta como elemento essencial do exercício da atividade empresária. Nos julgamentos envolvendo benefício previdenciário por morte as repercussões econômicas da decisão também são trazidas no bojo das decisões, ao se considerar que o cumprimento das políticas públicas previdenciárias não podem se dissociar da necessária dotação orçamentária exigida na Constituição da República, sob pena de implosão do sistema previdenciário como um todo.

No caso da recuperação judicial, prevista na Lei 11.101/2005, verifica-se expressamente o intuito principal de preservar a atividade econômica exercida pela sociedade empresária, ao buscar minimizar o impacto da inadimplência nos custos de produção dos agentes econômicos. Cabe ressaltar que as ações e execuções contra o devedor serão suspensas após o deferimento do processamento da recuperação judicial por até 180 (cento e oitenta) dias, com o fim de garantir tranquilidade e meios da sociedade empresária se reerguer financeiramente. A falência, nesse contexto, é tida como uma externalidade negativa e um custo de transação adicional imposto ao credor.

Ocorre que, o benefício legal de suspensão das ações e execuções não é estendido a eventuais fiadores do devedor, não havendo que se falar em tratamento isonômico entre devedor principal e fiador. Assim sendo, aplicando-se a argumentação econômica que prevaleceu no julgamento do caso que permitiu a penhora do bem de família do fiador, sob a justificativa de que se assim não fosse feito o custo de tais contratos se elevaria e, dessa maneira, o direito à moradia assegurado constitucionalmente seria afetado, não se deveria mesmo cogitar de suspender as ações em face dos fiadores, pois isso também aumentaria os custos de transação, entendimento preconizado no art. 49, §1º, da Lei 11.101/2005.

A repercussão econômica é uma preocupação inerente à Lei 11.101/2005, pois seu objetivo expresso é impedir a quebra e permitir a recuperação da sociedade empresária, o que resulta também na manutenção de postos de trabalho, na oferta de crédito e contribui, portanto, para a manutenção da eficiência do sistema como um todo.

Dessa forma, a interseção entre Direito e Economia pode e deve acontecer, mas não só entre essas disciplinas, como também entre todas as demais, sempre com o foco na melhoria do bem-estar social. Contudo, cabe ressaltar que não se trata de apresentar uma fórmula ou equação de simples aplicação para todos os casos. Por outro lado, não cabe ignorar o quesito da eficiência nas diversas possibilidades de aplicação da norma jurídica.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto acima, conclui-se que enquanto a análise econômica tem um fundamento racional e objetivo, a análise jurídica é social e subjetiva, visto que não pode se dissociar da consideração dos direitos fundamentais. Portanto, a AED tem seu enfoque nas consequências da aplicação de determinada norma jurídica, enquanto o Direito tem seu foco em princípios e valores. Uma das premissas da AED é a de que as regras jurídicas podem ser avaliadas segundo a eficiência decorrente de sua aplicação na promoção do bem-estar social.

O estudo do Direito e Economia visa, assim, expandir a análise dos problemas jurídicos para além da aplicação simples e abstrata da norma, com o fim de resultar em uma decisão com menores oscilações subjetivas possíveis. Ocorre que, a adesão à teoria da AED não significa dar prevalência ao conteúdo econômico em detrimento da ética, da moral ou de qualquer outro valor, pois não se trata de defender sua aplicação como uma metodologia independente do Direito, mas sim sustentar a ideia de complementariedade.

É certo que o argumento daqueles que são contrários à utilização da AED se fundamenta na sua incompatibilidade com nosso ordenamento jurídico, no que concerne aos direitos fundamentais. No entanto, uma premissa básica que não se pode deixar de adotar é que a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica podem ser resguardadas em conjunto com a preservação de uma análise principiológica e valorativa. Em alguns casos, porém, tal simbiose pode não ser possível, mas sempre que o for, sua aplicação na realidade brasileira não pode ser descartada.

Isso porque o enfoque interdisciplinar associado à valorização de decisões racionais, que buscam a eficiência econômica como critério de justiça, contribuem para a segurança das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que trazem benefícios para um maior número de pessoas, sendo certo, porém, que a justa medida da correta integração da relação custo e benefício nas decisões judiciais é tarefa bastante complexa, que só nos leva à certeza de que a interpretação e aplicação do Direito continuará sendo uma arte e não uma ciência exata.

A noção de que não existe fórmula mágica deve ser efetiva, o que, contudo, não deve afastar a conveniência de se repensar o papel do Poder Judiciário, no sentido de que possa apontar novos caminhos para pesquisa jurídica no Brasil, país que ainda se encontra em desenvolvimento e, portanto, não pode prescindir do emprego eficiente de seus recursos e da transparência no trato das instituições, bem como auxiliar na melhoria dos processos legislativos e interpretativos.

Por fim, sem a pretensão de encerrar o assunto, a conjugação da eficiência econômica com a promoção dos valores constitucionais, de modo que não ofusque a tutela pela dignidade do indivíduo nos levam à conclusão de que as consequências da aplicação das normas ou decisões judiciais no mundo real não podem formar um conjunto apartado da teoria jurídica. A análise jurídica e econômica dos fatos e atos jurídicos se mostra indispensável em um modelo de mercado que tem como pilares a livre iniciativa, livre concorrência e o direito à propriedade privada.

Portanto, a AED tem um vasto campo para se desenvolver, pois se os recursos são escassos e os desejos humanos são infinitos, o Direito não pode ignorar sua função de resolver os problemas da forma mais eficiente possível. Paula Forgioni<sup>10</sup>, ao tratar do tema, sintetiza bem o tratamento que deve ser dado à conjugação entre Direito e Economia, ao assim dispor:

Em conclusão, o operador do direito, ao se deparar com a AED e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranóia, nem pela mistificação: a relação entre o método juseconômico deve ser de complementariedade e não de substituição ou oposição.

Na ausência da correta compreensão da AED, de duas, uma: ou será desprezado instrumental apto a dar consecução aos princípios de nosso ordenamento, ou – o que é pior – a AED será tomada como remédio apto a solucionar todos os males, reduzindo o papel do Direito à simples reafirmação e legitimação dos determinismos econômicos. Será dada, assim, razão à advertência de Cairu: “Os mesmos cordiais se podem converter em venenos, pela precipitação da receita, ou intemperança de que os toma”.

Assim sendo, há que se rejeitar a ideia de que a AED se limita à discussão do papel da eficiência na aplicação e interpretação das normas jurídicas, pois a própria Constituição Federal reconhece em diversos dispositivos a importância de se considerar a eficiência no trato das questões públicas, além de reconhecer a importância de se promover o desenvolvimento econômico e social atrelado ao bem-estar social. A previsibilidade e a segurança jurídica que se espera, portanto, das decisões judiciais é aquela que concilie a análise principiológica e valorativa com os preceitos da AED.

---

<sup>10</sup> FORGIONI, Paula A. *Análise econômica do direito a AED: paranóia ou mistificação?* Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, 139, julho/setembro de 2005.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, p. 49 a 68, jul/dez, 2006.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics, n. 3, p. 1-44, 1960. Traduzido para o português em: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. DROUIN, Jean-Claude. *Os grandes economistas*. Tradução de Denise Bottmann. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.

COMPARATO, Fabio Konder. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais on line. Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, v. 1, p. 73, jun. 2011.

FERES, Marcos Vinício Chen. *O monopólio, a perspectiva da análise econômica do direito*. Revista do IBRAC, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 8, p. 67-94, jan. 2001.

FORGIONNI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação?* Revista de Direito Mercantil, 139, julho/setembro de 2005.

GAROUPA, Nuno. *A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 37, p. 81, jul. 2007.

JUNIOR, Raimundo Frutuoso de Oliveira. *Aplicações da análise econômica do direito*. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza, Ceará. Anais.

MONTEIRO, Renato Leite. *Análise econômica do direito: uma visão didática*. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo Saddi. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Paulo Mota. *Sobre a alegada “superação” do direito pela análise econômica*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Organizadores). *Direito e economia em dois mundos : doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

POSNER, Richard. *The Economics of justice*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/). Acesso em 17 de agosto de 2015.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e economia*. Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, v. 144, outubro/dezembro de 2006.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. *A análise econômica do direito na axiologia constitucional*. Revista do BNDES, v. 42, p. 181-222, dezembro de 2014. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>. Acesso em 08 de junho de 2015.

TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.  
\_\_\_\_\_. *Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica*. Revista dos Tribunais, v. 876, p. 11-43, 2008.

ZYBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1163283/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 12 ago. 2015.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, Dje 06/10/2006, Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=193&dataPublicacaoDj=06/10/2006&incidente=2174853&codCapitulo=5&numMateria=32&codMateria=1>.  
Acesso em 08 de junho de 2015.