

DOUGLAS LEONARDO COSTA MAIA

**PARADIGMAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, PARA O
ESTUDO DA INTERVENÇÃO ESTATAL, POR DIREÇÃO, SOBRE A
ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA**

MARÍLIA

2007

DOUGLAS LEONARDO COSTA MAIA

**PARADIGMAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, PARA O
ESTUDO DA INTERVENÇÃO ESTATAL, POR DIREÇÃO, SOBRE A
ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília, como exigência
parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
sob orientação da Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli.

MARÍLIA

2007

Autor: Douglas Leonardo Costa Maia

Título: Paradigmas da Análise Econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação da Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof.(a) Dr.(a)
Orientador (a)

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

À minha irmã Bárbara, que é exemplo de
esforço pessoal e inteligência.
A meus pais, João e Neuza, que muitas vezes,
ao abdicarem de seus sonhos, me possibilitaram sonhar.
Ao André, o melhor filho que uma pessoa poderia ter.
E à minha esposa Veruska - com todo o
amor que houver nesta vida -, que mesmo não familiarizada
com termos, expressões e conteúdos deste trabalho,
é, certamente, quem melhor o compreenderá.

Agradeço a Profa. Marlene Kempfer Bassoli,
pela paciência e generosidade com que me orientou.

“Que outros se orgulhem dos livros que escreveram,
eu me orgulho daqueles que li”.

Jorge Luiz Borges

PARADIGMAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, PARA O ESTUDO DA INTERVENÇÃO ESTATAL, POR DIREÇÃO, SOBRE A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA.

Resumo:

Assente é na doutrina a noção de que o Direito Econômico reúne as normas jurídicas que regulam as relações econômicas a partir da intervenção do Estado sobre a Economia. A efetividade desta atribuição estatal, voltada a proporcionar bem-estar aos indivíduos, é questionada. As respostas a este desafio apostam para várias causas. Uma das possíveis leituras deste problema é a partir da Análise Econômica do Direito. Os paradigmas desta opção interpretativa repousam na racionalidade econômica que indica entre seus valores a busca pela eficiência em seu amplo sentido. Sob aspecto da Hermenêutica vários são os caminhos para a interpretação, sendo assim, este estudo investiga a intervenção do Estado nas relações econômicas considerando a figura do *homo economicus*, ou seja, do indivíduo cujas ações sempre racionais derivam exclusivamente de seus interesses econômicos dentro da sociedade. Este homem tem suas condutas pautadas em incentivos que venham a aflorar seus interesses pessoais. Para tanto foram considerados os pressupostos filosóficos de Jeremy Bentham (Utilitarismo); sociológicos de Max Weber (Teoria do Comportamento Econômico); e econômicos de Adam Smith (Liberalismo). Destacou-se, ainda, o conceito de Análise Econômica do Direito, sua evolução história, suas funções (normativa e positiva), suas perspectivas. As críticas contra a função normativa da Análise Econômica do Direito têm como núcleo a tábua de valores hedônicos desta racionalidade, que coloca no primeiro plano a eficiência e não necessariamente a justiça, valor este que, por unanimidade dos estudiosos do Direito, é o mais importante para o ordenamento jurídico. Finalmente traçou-se um paralelo entre a Análise Econômica do Direito e a Intervenção do Estado sobre a Economia, por meio de Direção, considerando-se o ciclo econômico da produção, circulação, repartição e consumo, a fim de se demonstrar que a Análise Econômica do Direito pode, por meio de sua racionalidade, contribuir para a efetividade da intervenção estatal, uma vez que os destinatários destas normas se movem por interesses de eficiência econômica.

Palavras Chaves: Análise Econômica do Direito, Intervenção do Estado na Ordem Econômica, Direito.

PARADIGMAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, PARA O ESTUDO DA INTERVENÇÃO ESTATAL, POR DIREÇÃO, SOBRE A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA.

Abstract:

It seats is in the doctrine the notion of that the Economic law congregates the rules of law that regulate the economic relations from the intervention of the State on the Economy. The effectiveness of this state attribution, come back to provide well-being to the individuals, is questioned. The answers to this challenge bet for some causes. One of the possible readings of this problem is from the Economic Analysis of the Right. The paradigms of this interpretativa option rest in the economic rationality that it indicates enters its values the search for the felt efficiency in its ample one. Under aspect of the Hermeneutics several are the ways for the interpretation, being thus, this study investigate the intervention of the State in the economic relations considering the figure of the *homo economicus*, that is, of the individual whose always rational actions derive exclusively from its economic interests inside of the society. This man has its behaviors based in incentives that come to arise its personal interests. For the philosophical estimated ones of Jeremy Bentham had been in such a way considered (Utilitarian); sociological of Max Weber (Theory of the Economic Behavior); e economic of Adam Smith (Liberalism). It was distinguished, still, the concept of Economic Analysis of the Right, its evolution history, its functions (normative and positive), its perspectives. The critical ones against the normative function of the Economic Analysis of the Right have as nucleus the board of pleased values of this rationality, that not necessarily places in the first plan the efficiency and justice, value this that, for unanimity of the scholars of the Right, is most important for the legal system. Finally a parallel was traced enters the Economic Analysis of the Right and the Intervention of the State on the Economy, by means of Direction, considering itself the economic cycle of the production, circulation, distribution and consumption, in order to demonstrate itself that the Economic Analysis of the Right can, by means of its rationality, to contribute for the effectiveness of the state intervention, a time that the addressees of these norms if move for interests of economic efficiency.

Words Keys: Law and Economic, Intervention of the State in the Economic Order, Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1 ENFOQUE DOGMÁTICO E ZETÉTICO PARA A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO	03
1.1 DOGMÁTICA.....	05
1.1.1 Teoria da Norma.....	05
1.1.2 Teoria da Interpretação.....	08
1.1.3 Teoria da Decisão.....	13
1.2 ZETÉTICA JURÍDICA.....	14
2 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS, SOCIOLÓGICOS E ECONÔMICOS DO RACIONALISMO ECONÔMICO.....	18
2.1 PRECEDENTE FILOSÓFICO: UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM.....	20
2.2 PRECEDENTE SOCIOLÓGICO: AÇÃO RACIONAL ORIENTADA PELO FIM SEGUNDO MAX WEBER.....	23
2.3 PRECEDENTE ECONÔMICO: LIBERALISMO DE ADAM SMITH.....	26
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	30
3.1. CONCEITO DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	31
3.2. HISTÓRICO.....	37
3.2.1. Gary Becker.....	37
3.2.2. Ronald Coase.....	41
3.2.3. Guido Calabresi.....	45
3.2.4. Richard Posner.....	47
3.3. METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	50
3.3.1. Raciocínio Generalizante.....	51
3.3.2. Raciocínio Analítico.....	52
3.4. CONCEPÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	53
3.4.1. Análise Positiva.....	54

3.4.2. Análise Normativa.....	56
3.5. PERSPECTIVAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.	58
3.5.1. Neo-Institucional.....	58
3.5.2. Eleição Pública.....	61
3.5.3. Estudo Crítico do Direito.....	64
3.6. CRÍTICAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	67
4. INTERVENÇÃO, POR DIREÇÃO, DO ESTADO SOBRE A ECONOMIA.....	70
4.1. INTERVENÇÃO SOBRE A ECONOMIA.....	70
4.2. INTERVENÇÃO POR DIREÇÃO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	73
4.2.1 Norma Distorciva.....	73
4.2.2. Normas Corretivas.....	75
4.2.3. Normas Fundantes.....	78
4.3. ANÁLISE ECONÔMICA DAS NORMAS QUE REGULAM A ORDEM ECONÔMICA.....	79
4.3.1. Produção.....	80
4.3.1.1. Recursos Naturais ou matéria-prima.....	80
4.3.1.2. Trabalho.....	82
4.3.1.3. Capital.....	83
4.3.1.4. Organização.....	87
4.3.2. Circulação.....	88
4.3.2.1. Livre Concorrência.....	89
4.3.2.2. Transações e Pagamentos.....	90
4.3.3. Repartição.....	92
4.3.3.1. Política Salarial.....	93
4.3.3.1. Legitimação dos lucros.....	94
4.3.4 Consumo.....	95
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	100

INTRODUÇÃO

A ciência do mundo pós-moderno, alicerçada no paradigma da complexidade, começa a pautar-se pelo princípio de que não se pode compreender qualquer das partes desta ciência, sem que se tenha alguma compreensão de como funciona o seu todo. Para esta nova Ciência o todo não é apenas a soma das partes.

Acumulam-se os sinais deste paradigma científico, que, outrossim, aponta para um revigoramento do conhecimento, superando o arcaico modelo da ciência do mundo moderno, que lastreava-se na fragmentação da ciência e simplificação da realidade.

Os cientistas especializaram-se de tal modo que os resultados de suas investigações apresentam particularidades de interesses apenas a pequeníssimas comunidades e que deles podem valer-se.

A combater esta fragmentação do conhecimento, passaram a surgir investigações de caráter interdisciplinar. O presente trabalho também busca esta interdisciplinariedade, fundindo, em uma só pesquisa, conhecimentos da Ciência do Direito e da Ciência Econômica.

A hermenêutica jurídica não mais desconsidera as teorias econômicas, quando o objeto jurídico a investigar envolve as relações econômicas. Não pode o jurista, contentar-se com a análise interpretativa de uma norma jurídica de conteúdo econômico, sem acurar para o fato de que esta norma tem um destinatário: o agir do *homo economicus*.

Buscou-se, com esta investigação, fazer uma aproximação, desta teoria econômica que fala do racionalismo econômico, com a Ciência Jurídica para avaliar a influencia desta racionalidade na construção de normas jurídicas.

Este trabalho é estruturado de forma a que o leitor possa, inicialmente, ter conhecimento, de como o fenômeno jurídico é apreendido pela Ciência do Direito. Para tanto, se explicitará como são seus enfoques dogmáticos e zetéticos.

Também se fará um estudo a respeito da teoria econômica fundada no racionalismo econômico, ocasião em que se buscará revelar seus precedentes filosóficos, sociológicos e econômicos, com o fim de elencar os paradigmas da Análise Econômica do Direito.

Tais investigações são muito prestigiadas nos EUA e Europa, e pouco tratadas no Brasil. Talvez se possa creditar a um preconceito que os juristas nacionais ainda tenham diante dos desafios da interdisciplinaridade.

A partir das lições obtidas com a Análise Econômica do Direito, tratar-se-á destes, que podem ser empregados no estudo da intervenção, por direção, do Estado na Ordem Econômica, para propiciar maior efetividade a esta atribuição estatal.

Se fará a Análise Econômica das disposições legais que guardam pertinência com o ciclo econômico: produção, circulação, repartição e consumo, buscando. Neste processo analítico se buscará identificar as conseqüências, para este ciclo, que decorrem dos regramentos a que ele se sujeito, e se estes regramentos estimulam ou desestimulam-no.

1. ENFOQUE DOGMÁTICO E ZETÉTICO PARA A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO

Em 27 de março de 2006, o Superior Tribunal de Justiça¹ decidiu questão referente a não obrigação de um pai reparar a dor moral de um filho, em razão de “abandono moral”.

Ao ser reconhecida a impossibilidade de se responder por danos morais, dois argumentos foram fundamentais: i) no caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, sendo esta a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, tendo, a mesma, evidente caráter punitivo e dissuasório, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, o que, por si só, já impossibilitaria a responsabilidade civil decorrente do abandono moral; ii) após a condenação no dever de indenizar por abandono moral, o pai, via de regra, não teria mais ambiente para reconstruir o relacionamento ou ao contrário, se veria definitivamente afastado do filho pela barreira erguida durante o processo conflituoso.

O segundo destes fundamentos tem como ponto de partida uma evidência (frágil ou plena, mas que é admitida como verificável ou comprovável e por isso é, ao menos momentaneamente, questionável), de que o dever de indenizar pelo dano moral afastaria pai e filho. O primeiro dos raciocínios, ao contrário, parte de uma premissa estabelecida como inquestionável: a Lei já prevê que a sanção pelo abandono moral é a perda do poder familiar, por isso não se pode falar, também, no dever de indenizar.

No primeiro dos enfoques, o Magistrado, age como um intérprete e aplicador da lei, já no segundo não há simples interpretação e aplicação da lei, mas sim a averiguação de qual consequência social provável caso se admitisse a responsabilização civil do pai que abandona o filho.

¹ Recurso Especial nº 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, STJ/DJU de 27/03/06, p. 299.

A partir da análise desta decisão judicial revelam-se os enfoques feitos à construção de um raciocínio jurídico, e que a luz dos ensinamentos de Theodor Viehweg², são denominados de Zetético (zetein, questiona) e Dogmático (dokein, não questiona).

No Brasil, um dos primeiros juristas a tratar deste assunto foi Tercio Sampaio Ferraz Jr, destacando que:

embora entre a Zetética e a Dogmática não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque ou em outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva alguma das opiniões. O Zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões Zetéticas tem uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões Dogmáticas tem uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captadas se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque Zetético visa a saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação³.

Este autor elucidava suscitando a problemática que envolve Deus, tanto na Filosofia, quanto Teologia. A primeira, num enfoque zetético, pode pôr em dúvida a sua existência, pode questionar até mesmo as premissas da investigação, perguntando-se inclusive se a questão sobre Deus tem algum sentido. Nestes termos, o seu questionamento é infinito, pois até admite uma questão sobre a própria questão. A segunda, num enfoque dogmático, parte da existência de Deus como uma premissa inatacável. E se for uma teologia cristã, parte da Bíblia como uma fonte que não pode ser desprezada. Seu questionamento é, pois, finito. Assim, enquanto a Filosofia se revela como um saber especulativo, sem compromissos imediatos com a ação, o mesmo não acontece com a Teologia, que tem de estar voltada para a orientação da ação nos problemas humanos em relação a Deus⁴.

² VIEHWEG, Theodor. Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung. In: *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: Gesammelte Kleine Schriften*. Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 97-106. Há uma versão em espanhol em VIEHWEG, Theodor. Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 71-85, e versão brasileira para *Topik und Jurisprudenz* de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

³ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo, Editora Atlas, 1994, p. 41.

⁴ Op. Cit., p. 41.

Normalmente, e em evidente equívoco, se identifica aquele primeiro argumento, o dogmático, como se fosse jurídico, enquanto que o segundo, o zetético, por ser mais sociológico, como se estranho à Ciência do Direito, ou argumento extrajurídico.

Os dois enfoques que se faz à questão para saber se um pai deve ser responsabilizado civilmente por conta de abandono moral de um filho, são jurídicos. Distinguindo-se porque um tem mais carga dogmática, enquanto o outro, mais carga zetética.

1.1. DOGMÁTICA

A função primordial da Dogmática Jurídica “é a determinação e a descrição das normas jurídicas que integram certa ordem jurídica”⁵. Neste nível tem-se a ciência jurídica cuja preocupação precípua gira em torno de três questões, a saber: O que é uma norma? Como se interpreta essa norma? Qual o método para a criação da norma geral e abstrata, ou individual e concreta? Questões essas respondidas, respectivamente, pela Teoria da Norma, pela Teoria da Interpretação e pela Teoria da Decisão.

1.1.1. Teoria da Norma

A Teoria da Norma é assunto tratado por vários autores, sendo que um dos primeiros a realizar um estudo profundo a respeito da norma foi Hans Kelsen. Reconhece que “com o termo ‘norma’ se quer significar algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”⁶.

Esta norma tem estrutura lógica composta de uma hipótese (antecedente) e um conseqüente, essa ligação é feita mediante dois elementos: 1) dados determinados

⁵ DIAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y Análisis Económico**. México: Edição conjunta do Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 176.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. B Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 5.

pressupostos (norma secundária); 2) deve efetuar-se um ato de coerção, sempre na forma estabelecida pela ordem jurídica (norma primária). Se A não cumpre a prestação, deve ser-lhe aplicada uma sanção. Ou, simplificada: quando A é, deve ser B⁷.

Carlos Cossio, um dos estudiosos sobre a Teoria da Norma também se vale da estruturação lógica e do mesmo arquétipo kelseniano. Contudo apresenta uma formulação mais ampla. A norma jurídica completa, para este autor, tem dois membros, aos quais propôs chama-los de endonorma (conceituação da prestação) e perinorma (conceituação da sanção).

Usualmente se tem a sanção, que é inerente a todas as normas, como uma punição. Ocorre, no entanto, que nem sempre uma sanção tem este perfil, havendo aquelas, conceituadas por Miguel Reale, como sanções premiaias, que oferecem um benefício ao destinatário.

Esclarece este autor que:

[...] atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidatórias, mas sim através de processos que possam influir no sentido da adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens⁸.

Dentre os juristas brasileiros, André Franco Montoro, apresenta esta mesma crítica, e faz questão de consignar que a descrição de uma norma jurídica deve incluir todos os seus efeitos, isto é, não apenas a sanção ou castigo decorrente do não cumprimento da obrigação, como também as conseqüências jurídicas positivas decorrentes da obrigação⁹.

Ainda, a respeito deste assunto, vale explicitar o critério formal de classificação das normas, criado por Norberto Bobbio¹⁰.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. B Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 119-120.

⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 75-6.

⁹ MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**, 2ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 199.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda, 2001. p. 180.

Para Bobbio, levando-se em consideração o fato de que são imprescindíveis a uma norma o sujeito, a quem ela se dirige, e o objeto da prescrição, a ação prescrita, as proposições teriam quatro classes:

- a) prescrições com destinatário universal: as normas não são dirigidas a uma pessoa concreta, mas a uma classe de pessoas;
- b) prescrições com destinatário singular: as normas são dirigidas a uma pessoa concreta;
- c) prescrição com ação universal: a ação prescrita se repete no tempo e vale para todos aqueles comportamentos que se enquadrem na ação-tipo;
- d) prescrição com ação singular: uma vez cumprida a prescrição ela perde a eficácia.

Mais adiante este autor denomina como gerais as normas que são universais em relação ao destinatário, e abstratas aquelas que são universais em relação à ação. Enquanto que seriam normas individuais, as que têm destinatário individual, e concreta a de ação singular.

Normas Gerais e Abstratas são, portanto, as normas introduzidas por leis, princípios, regulamentos. Enquanto que normas Individuais e Concretas são normas contidas em decisões judiciais, lançamentos tributários, e autos de infração.

1.1.2. Teoria da Interpretação

Toda norma jurídica é construída a partir de um texto vertido em linguagem. O que, por si só, exige sua interpretação, mecanismo através do qual se mostrará seu sentido verdadeiro.

Este ato de interpretar, que se situa no plano dogmático, é aquele “pelo qual o sujeito, enquanto desentranha o sentido da norma jurídica, com vistas à sua aplicação potencial ou natural, participa do fenômeno jurídico”¹¹.

Frise-se que deste conceito se extrai a relevante idéia segundo a qual, pelo ato de interpretação, se participa do fenômeno jurídico.

Decorre do caráter participativo e criativo, ínsito à interpretação jurídica, a ilação de que esta atividade não tem contorno exclusivamente cognitivo: interpretar não é mero ato de conhecimento; mas sim volitivo, na medida em que interpretar é ato de vontade, inclusive porque:

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva¹².

A fim de se impedir abusos neste ato volitivo, e até certo ponto discricionário¹³ pertinente à interpretação, evitando-se, por conseguinte, aplicação da polêmica lição do Juiz Oswald Baudot: “A lei se interpreta. Ela dirá o que quiserdes que ela diga”¹⁴. A Ciência do Direito desenvolveu métodos, ou em outras palavras, limites, e espécies, ao processo interpretativo, os quais fazem parte daquilo que compõe, juntamente com métodos de integração e aplicação do Direito, a Hermenêutica Jurídica.

A interpretação é uma só, não se fraciona¹⁵, contudo ao exercício do processo interpretativo encontram-se limites.

O primeiro destes limites é o gramatical, inclusive porque a interpretação, segundo Karl Larenz, é, pois, a compreensão do sentido literal possível das palavras da

¹¹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Lei**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 57.

¹² Op. Cit, p. 394.

¹³ CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de La Constitución Y Ordenamiento Jurídico**. Madri: Editora Tecno S/A, 1997, p. 91.

¹⁴ Idéia proferida em discurso a juizes recém empossados na França de 1810.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p 106.

norma, pelo que uma “interpretação que não se situe já no âmbito do sentido literal possível já não é interpretação, mas modificação do sentido”¹⁶.

Este limite, com que se depara o intérprete, portanto, é a própria literalidade do texto, não podendo seguir em uma exegese minimamente científica, se, para concluir uma interpretação tal qual entende correta, transformar o sentido do texto objeto da interpretação.

Contudo, tal limitação exegética, não pode conduzir ao efeito nocivo de o intérprete contentar-se com a expressão gramatical do texto normativo.

Há, também o método interpretativo lógico, que aponta limites à exegese, os quais encontram-se nos princípios científico da Lógica, enunciados por Luiz Fernando Coelho¹⁷:

- i) Princípio da Identidade: uma coisa é idêntica a si mesma e não ao seu contrário;
- ii) Princípio da contrariedade: o contrário do que é verdadeiro é falso; a mesma coisa não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser;
- iii) princípio do terceiro excluído: entre duas proposições contraditórias, não há outra opção entre a verdadeira e a falsa;
- iv) princípio da razão suficiente: nada ocorre sem que haja uma causa ou razão determinante, fundamentando os princípios da metodologia científica, a saber:
 - iv.1) princípio da causalidade: toda mudança pressupõe uma causa;
 - iv.2) princípio do determinismo natural: sob idênticas circunstâncias, as mesmas causas produzem os mesmos efeitos;

¹⁶ ALMEIDA JR, Fernando Osório. **Interpretação Conforme a Constituição e Direito Tributário**. São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 39.

¹⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Lei**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 76-7.

iv.3) princípio da finalidade: toda atividade se dirige a um fim.

Apesar de os fatos da vida, que são os regulados pelo Direito, serem absolutamente complexos e nem sempre lógicos, para a interpretação jurídica é um imperativo o estabelecimento de limites lógicos. Se os fatos da vida não se regulam pela lógica, como se disse acima, a regulação destes atos não pode renegá-la, inclusive porque ao se aceitar interpretações ilógicas, seguramente se conduzirão, a conclusões também ilógicas, em evidente prejuízo aos destinatários da norma.

A par destes dois métodos, existe, ainda, o processo interpretativo histórico, pelo qual o exegeta se foca na *occasio legis*, isto é, na razão história da norma, reconstituindo seu conteúdo original, via pesquisa de documentos pertinentes à elaboração da lei, tentando descobrir a intenção real do legislador (*mens legislatoris*).

Este processo, no entanto, desconsidera o fato de que ao exegeta o que realmente tem relevância é a intenção da lei (*mens legis*), inclusive porque nem todos os fatos que motivaram a criação da lei são importantes, haja vista que “os fatos e situações podem estar sobremodo distantes do presente, razão pela qual perdem sua consistência e importância”¹⁸.

Não se pode, ademais, desconsiderar, dentre os métodos interpretativos, o teleológico. Para a compreensão deste método é relevante ter-se conhecimento que toda norma apresenta um desses três modais deônticos: permitido, proibido e obrigatório. Na interpretação teleológica o intérprete visa, por meio de sua ação interpretativa, verificar se este modal previsto na norma foi alcançado, isto é, se se pode concluir, pelo raciocínio interpretativo, que esteja refletindo, a norma já interpretada, uma regra de permissão, de proibição ou de obrigatoriedade, conforme o caso.

¹⁸ MELO, José Eduardo Soares de. **Interpretação e Integração da Legislação Tributária**. In: Curso de Direito Tributário. Vol. I, 5ª ed, São Paulo: Editora Cejup, 1997, p. 165.

Carlos Maximiliano é enfático ao dizer que é denominado de “teleológico o processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito”¹⁹.

Do conceito apresentado por este jurista, advêm uma faceta relevantíssima deste método interpretativo, qual seja o de que, por meio dele dá-se a “direção da interpretação”, ou seja o interprete parte das “conseqüências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema”²⁰. Este processo, em razão desta situação, propicia uma maior participação do intérprete na caracterização do sentido da norma.

Por fim há o método interpretativo sistemático. A divisão do Direito em ramos é feita para fins exclusivamente didáticos, inclusive porque não existe um legislador para o Direito Civil, ou um legislador para o Direito Penal.

Decorre da unicidade do Direito, o fato de que a interpretação não pode desconsiderar as relações de subordinação e coordenação que governam a coexistência das normas²¹, não pode se ter, por exemplo, um conceito de “propriedade”, quando se analisa matéria de Direito Civil, e outro conceito de “propriedade”, quando se perquire tema de Direito Tributário.

Interessante exemplo de interpretação sistemática é aquela revelada à análise do previsto no Art. 150, § 7º da Constituição Federal. Expliquemo-la de modo absolutamente sintético: a interpretação sistemática exige que a Lei, que regule a substituição tributária pra frente, seja uma Lei Complementar, e não Lei Ordinária, visto que este dispositivo constitucional esta inserido em seção pertinente à “Limitação Constitucional ao Poder de Tributar”, a qual, por sua vez, somente pode ser regulada por Lei Complementar, nos termos do Art. 146, II da Constituição Federal.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p.153.

²⁰ Op. cit, p 293.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, Editora Saraiva, São Paulo, 1985, p. 56.

A par destes métodos interpretativos, não se pode descurar para o fato de que, quanto a seu resultado ou resultado, a interpretação pode ser de três espécies²²: i) especificadora; ii) restritiva; iii) extensiva.

A interpretação especificadora não tem nada a ver com uma interpretação que especifica (descreve de modo preciso) o sentido da norma, ao contrário, o que esta interpretação faz é presumir que “o sentido da norma cabe na letra do seu enunciado”²³.

A denominação especificadora refere-se, então, não apenas ao resultado do processo exegético, mas também ao processo em si, à economia de pensamento do intérprete.

Esta espécie interpretativa é corolário do brocardo jurídico *in clasis cessat interpretatio* (Lei clara não carece de interpretação), o qual, atualmente já não é tido mais por cientificamente válido, tendo em vista o fato de que o descobrimento do conteúdo, sentido e alcance de uma norma, deve ser feito tanto àquelas defeituosas, quanto as isentas de defeito.

A interpretação independe da técnica redacional do criador da norma jurídica, esteja ele nas funções típicas de um juiz, um administrador, ou um legislador.

O intérprete, ao notar que o sentido da norma jurídica, não corresponde a latitude do previsto no texto, restringe-o. À utilização desta espécie de interpretação, se nota que o intérprete deve atentar para o fato de que o texto da norma diz mais do que deveria dizer.

A rigor da melhor técnica, como explica Amílcar Araújo Falcão, o que vale também à interpretação extensiva, não existe uma exegese que restrinja o sentido da norma, o que há é a interpretação que restabelece o sentido da norma atentando a seu espírito (*mens legis*), até mesmo porque toda e qualquer espécie de interpretação deve ter caráter

²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 18ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 197

²³ Op. Cit., p. 293.

exclusivamente declaratório²⁴. Ao estabelecimento do sentido correto da norma é plenamente lícito ao intérprete, que ele restrinja o alcance do texto normativo.

Há, também, casos em que a letra da lei diz menos que o seu sentido. Nesta hipótese o intérprete deve ampliar o sentido da norma a fim de alcançar a *mens legis*.

1.1.3. Teoria da Decisão

É tema concernente à dogmática, a matéria pertinente a qual norma se decidirá pela criação, qual norma terá o condão de absorver a insegurança jurídica ínsita à relação conflitiva, quanto as normas individuais e concretas, e qual a norma que externará os objetivos previstos em uma Constituição, e que dependem de regulamentação por meio de normas gerais e abstratas.

O jurista Recaséns Siches²⁵ sustenta que aquele que decide deve submeter-se à lógica do razoável, e explica as fases por que passa o aplicador da Lei (jugador ou administrador) para chegar à decisão: i) analisa os fatos; ii) avaliar a prova; iii) confrontar com a lei; iv) faz aportes de circunstâncias extraleais; v) pondera as conseqüências de sua decisão; vii) e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição.

A este processo de filtragem de fatos, avaliação de provas e confrontação dos fatos com a lei, nosso ordenamento jurídico, estabelece minucioso regramento por meio de normas de Processo Civil, Processo Penal e Processo trabalhista.

O aporte de circunstancias extraleais e a ponderação de conseqüências da decisão à criação das normas individuais e concretas, nosso ordenamento indica regras

²⁴ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 32.

²⁵ SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofia Del Derecho**. 4ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, S.A.: 1970, p. 218.

informando que a decisão deve “atender aos fins sociais que a lei se dirige e às exigências do bem comum”²⁶.

Por óbvio que a dogmática da decisão existe também às normas Gerais e Abstratas, porque, a construção silogística dedutiva, própria à sentença judicial e ao ato administrativo, em que “(a) a norma geral funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como ato decisório *stricto sensu*”²⁷, também aplicar-se-ia ao processo legislativo “no sentido de que o legislador, ao emanar leis, aplica a Constituição”²⁸.

A lei será sempre fruto de uma decisão a respeito de como se dá a aplicação da Constituição. Toda lei, sob pena de inconstitucionalidade, deve guardar plena relação de subordinação aos ditames constitucionais. Toda norma geral e abstrata válida é uma norma que encontra respaldo na Constituição.

A decisão sobre criação da norma geral de abstrata que, em última análise, é a própria decisão a respeito de como se dá o desdobramento da Constituição, respeita limites materiais e formais.

Materiais no sentido de que a norma geral e abstrata deve ser compatível com a Constituição, e formal, na medida em que esta norma também deve observar o processo legislativo próprio à sua criação.

1.2. ZETÉTICA JURÍDICA

À dogmática o conjunto normativo é objeto exclusivo do Direito, enquanto Ciência. A zetética, contudo, quebra esta relação monopólica que o Direito-Ciência, tem para com o Direito-Norma, e oferece, este, como objeto de estudos de outras ciências: filosofia,

²⁶ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

²⁷ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo, Editora Atlas, 1994, p. 315.

²⁸ Op. Cit, p. 315.

sociologia, economia e outras. Tais conhecimentos, por conta disso, passam a ser denominadas de Sociologia do Direito, Antropologia do Direito, Psicologia do Direito e Filosofia do Direito²⁹.

Em virtude da Zetética, o estudo do Direito quebra paradigmas, aliás, ultrapassa os dogmas, que caracterizam a dogmática.

Um exemplo pode trazer mais clareza às idéias aqui oferecidas: A Responsabilidade Civil do Estado, em seu estudo dogmático, parte da interpretação que se pode dar ao estabelecido no Art. 37, § 6º da Constituição Federal, e, desta interpretação, se sabe que o Brasil adotou a Teoria do Risco Presumido, a significar que o Estado é responsável objetivamente, sem a demonstração de culpa, pelos atos culposos ou não, que seus agentes praticarem. Por outro lado, um economista, em seu estudo zetético, poderia analisar este texto constitucional e concluir que o mesmo é absolutamente equivocado, já que em um país com gravíssimos problemas financeiros, que refletem em desfavor da comunidade, em especial da menos abastada, não se poderia adotar esta teoria, máxime porque a mesma somente teria razão de ser para países com capacidade de suportar esta carga de despesa.

O esboço dogmático, portanto, se contenta, em sua investigação, com aquilo que é dogma com o previsto na norma, enquanto que o zetético, enfrenta este dogma e o questiona, sendo, efetivamente jurídico, nos explica Tercio Sampaio Ferraz Jr, porque de suas conclusões “podemos tirar conseqüências para a solução normativa de conflitos”³⁰.

As conseqüências da norma, que quase nunca são estudadas pela dogmática, mas que seguramente são apontadas pela Zetética, influenciam tanto a criação da norma geral e abstrata, quanto da norma concreta e individual.

Pode-se lançar outro exemplo para ilustrar como se utilizaria do conhecimento zetético à criação de normas gerais e abstratas.

²⁹ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo, Editora Atlas, 1994. p. 44.

³⁰ Op. Cit., p. 46.

Por meio das premissas dogmáticas do Art. 155, da CF, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, chegou-se à conclusão de que era inconstitucional a incidência do ICMS sobre a importação de mercadorias. Todavia, zeteticamente, esta conclusão merece questionamento de ordem econômica-concorrencial, na medida em que a mesma, desconsiderou que a não incidência do ICMS sobre produtos importados, representaria menor capacidade competitiva das empresas nacionais, visto que estas teriam este custo de produção, e aquelas não.

A investigação zetética mostrou ao Poder Constituinte Derivado que novel norma constitucional geral e abstrata, deveria ser criada para que se garantisse o equilíbrio entre o produto nacional e o importado.

A zetética é classificada, inicialmente, em relação a seus limites, em empírica ou analítica. Esta divisão comporta subclassificação, que é feita levando-se em consideração a aplicação técnica dos seus resultados, advindo, disto, a possibilidade de tanto a zetética-empírica, quanto a zetética-analítica, serem, ainda, ou pura ou aplicada³¹.

Por meio da Zetética empírica tem-se aquela investigação científica que se pode demonstrar via experiência, sendo que aquela de aplicação “pura” busca uma investigação de característica especulativa, sem se preocupar se seus resultados deveriam ser ou não aplicados na realidade. A sociologia do direito, a antropologia jurídica, a psicologia jurídica, a economia política, fazem parte desta classe de estudo zetético.

Nesta seara se busca averiguar a efetividade social do direito, ou seja, como se comportam, os destinatários do direito, em face de determinado regramento, se, conforme explica Pontes de Miranda, a norma, além de incidir, o que é infalível, é aplicada pelos seus destinatários³².

A Zetética empírica aplicada, por sua vez, se difere da pura, em virtude de que os resultados da investigação, são aplicados, fazendo parte desta espécie de conhecimento

³¹ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo, Editora Atlas, 1994, p. 44.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, tomo I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 35.

jurídico a criminologia, a psicologia forense, a penalologia, a medicina legal, a política legislativa.

Quanto à Zetética analítica pura, a investigação ultrapassa os limites da experiência, para se situar no nível da teoria do conhecimento, da lógica ou da própria metafísica, sendo que seus resultados não são elaborados para uma aplicação prática, sendo exemplos desta espécie a filosofia do direito e a metodologia jurídica.

Por fim, cabe sublinhar que com a Zetética analítica aplicada, o resultado do processo de conhecimento não empírico tem aplicação técnica voltada à realidade, tal qual ocorre com a Teoria Geral do Direito.

Neste Capítulo se buscou uma aproximação da Ciência do Direito, e de como ela, usualmente é estudada, se trazendo de modo absolutamente sintético o que é a dogmática e a zetética jurídica.

À Análise Econômica do Direito, estes enfoques são importantes, contudo, ela acrescenta, aos mesmos, um outro ingrediente próprio à Ciência Econômica, que é o racionalismo econômico.

Este racionalismo econômico, que será estudado no próximo capítulo, mediante suas perspectivas filosóficas, sociológicas e econômicas, dá novas cores à compreensão do fenômeno jurídico.

2. PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS, SOCIOLÓGICOS E ECONÔMICOS DO RACIONALISMO ECONÔMICO.

A Estatística tem uma regra denominada de Lei dos Grandes Números, sendo que, por conta desta, em uma amostragem a diferença entre o valor real e o valor encontrado diminui à medida que aumenta o número de amostras. Em outras palavras, a frequência de determinados acontecimentos, observada em um grande número de casos análogos, tende a se estabilizar cada vez mais, à medida que aumenta o número de casos observados.

Em razão disto, a Ciência Econômica, estabelece seus postulados, ciente, que as regras por ela indicadas tratam-se de verdadeiras probabilidades que tendem a ocorrer.

Partindo-se desta premissa, a Economia, que pode ser conceituada como “a ciência social que estuda a administração dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos”³³, cria teorias econômicas.

Estas teorias visam explicar o comportamento humano, e apresentam-se como simples encadeamentos do raciocínio lógico. Sobre elas se pode esclarecer ainda que:

Baseados nos postulados da teoria existente, formulam-se as hipóteses a respeito de como qualquer realidade se comporta. Deduzem-se as implicações e os resultados decorrentes dessas hipóteses e confrontam-se com a evidência dos dados de observação coletados da realidade. Finalmente, desse confronto tiram-se as conclusões: ou a teoria explica satisfatoriamente o comportamento da realidade econômica ou deve-se formular uma teoria alternativa e mais adequada³⁴.

Dentre as teorias econômicas, a que de perto nos interessa é a do racionalismo econômico, que acabou, outrossim, criando a figura do *homo economicus*, ou seja, do indivíduo “cujas ações sempre racionais derivam exclusivamente de seus interesses econômicos dentro da sociedade”³⁵.

³³ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p 5.

³⁴ Op. Cit., p. 5.

³⁵ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 5.

É bem verdade que a premissa de que a busca do auto-interesse é uma atitude racional, poderia excluir, deste conceito um leque de ações orientadas por valores éticos, inclusive porque “considerar qualquer afastamento da maximização do auto-interesse uma prova de irracionalidade tem de implicar uma rejeição do papel da ética na real tomada de decisão”³⁶.

Entrementes, o suposto implícito no racionalismo econômico, e tradicionalmente adotado pelos economistas, é o de que o comportamento econômico real consiste efetivamente em atos orientados apenas pela busca do interesse pessoal. Assume-se, neste sentido, que o conceito de racionalidade como maximização do auto-interesse é uma boa descrição do que as pessoas efetivamente fazem, ao menos quando lidam com questões econômicas.

Abram-se parênteses para se mencionar que à psicologia, existem duas teorias distintas para a explicação de como se “dá” o comportamento. A Psicológica Comportamental, capitaneada por Burrhus Frederic Skinner defende que “as causas do comportamento são condições externas das quais o comportamento é função”³⁷, e a teoria psicanalítica, liderada por Sigmund Freud, para quem o comportamento é condicionado pelo inconsciente, ou seja, de “uma instância ou um sistema constituído por conteúdos recalçados que escampam às outras instâncias, o pré-consciente e o consciente”³⁸.

Dentre estas teorias a que melhormente informa o comportamento do homem econômico é a comportamental, justamente porque a psicanalítica, ao condicionar o comportamento ao inconsciente, e não à racionalidade, pode mostrar-se conflituosa com o agir deste *homo economicus*.

³⁶ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, São Paulo, 1999, p. 31.

³⁷ SKINER, Burrhus Frederic. **Ciência e Comportamento Humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolpho Azzi. São Paulo: Editora Martins Fontes., 1981, p; 45.

³⁸ ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997, p. 375.

Não se pode esquecer, ademais, que nova teoria busca minimizar o racionalismo do *homo economicus*, se trata da Teoria do Prospecto, com a qual o psicólogo Daniel Kahenman, em 2002, venceu o Prêmio Nobel de Economia.

Daniel Kahenman juntamente com Amos Tversky, economista morto em 1996, e por isso não premiado com o Nobel de Economia, buscam demonstrar que:

[...] na hora de correr um risco ou de evitá-lo, nossa decisão não é guiada apenas pela consideração de chances efetivas de sucesso ou fracasso, mas outros fatores menos ‘racionais’ (em particular, o medo de perder) tornam-se determinantes... quando se trata de ganhar, nossa aversão ao risco é muito maior do que quando se trata de perder. Em outras palavras, não é para ganhar, mas para não perder que estamos dispostos a mais sacrifício.³⁹

De toda sorte, o que vale é que o ser humano, a suas ações, orienta-se por critérios de custo benefício, revelando, em suas ações, um “comportamento que revela um padrão projetável”⁴⁰, podendo-se prever, que suas atitudes ele obedeceu a orientação acima mencionada. .

Este modo de conduta racionalmente econômica, de que se ocupa o *homo economicus*, tem precedentes filosóficos, econômicos e sociológicos, que embasam a Análise Econômica do Direito.

2.1. PRECEDENTE FILOSÓFICO: UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM

Jeremy Bentham foi um dos primeiros teóricos a estudar o Homem Econômico, o que se deu entre o período de 1786 a 1804, quando escreveu “Uma Introdução ao Princípio da Moral e da Legislação”.

³⁹ CALLIGARIS, Contador. **O fim do ano e o medo de perder**, Folha de São Paulo, 29.12.2005, p. E-8.

⁴⁰ HOLLIS, Martin; NELL, Edward J. **O Homem Econômico Racional: Uma Crítica da Economia Neoclássica**. Rio de Janeiro:, Editora Zahar, 1977, p. 83.

Segundo Bentham⁴¹, o homem é um ser econômico, independentemente de estar praticando atos de comércio ou não, eis que ele: i) deseja a felicidade tanto no êxito, quanto no fracasso; ii) considera, seus interesses, predominantes sobre os demais; iii) sua conduta social rege-se por parâmetro concernente a auto-preferência; iv) o homem tem consciência que outros homens também atuam baseados na auto-preferência.

É bem verdade que, nem todos os homens agem assim, contudo, e relembrando a Lei dos Grandes Números, não há como se negar que as descrições do agir humano, levantadas por este filósofo, são absolutamente condizentes com o mundo em que vivemos.

A pós-modernidade é fortemente influenciada pelas premissas apontadas por Bentham, tanto que, se não fosse assim, não seria necessária a instituição de mecanismos de controle social, limitadores da busca da satisfação pessoal, mecanismos esses que, não esqueçamos, são criados por aqueles que têm esse controle social, e os criam também para aumentar sua satisfação, até mesmo porque “os governos que elegemos, no fundo, são correias de transmissão das decisões e das necessidades do poder econômico”⁴².

Bentham, após apontar que a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois soberanos: “a dor” e “o prazer”, apresenta o que vem a ser o Utilitarismo.

Utilitarismo ou o Princípio da Utilidade “é aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo”⁴³.

O utilitarismo, portanto, explica a conduta humana de acordo com critérios de prazer/felicidade e dor/sofrimento. As pessoas atuam à maximização de sua felicidade/prazer, se afastando, sempre que possível de acontecimentos que lhe tragam dor/sofrimento.

⁴¹ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 40.

⁴² SARAMAGO, José. **Saramago Questiona Ilusão do Mundo Democrático**. <http://agenciartamaior.uol.com.br/agencia.asp?coluna=reportagens&id=2218>, acesso 23.02.2007.

⁴³ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984, p. 4.

Assim, uma ação estará em conformidade com o princípio da utilidade, quando a tendência que ela tem para aumentar a felicidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la.

Bentham, em seus estudos, oferece dois princípios que ele os denomina como contrários ao da utilidade, que são: o Princípio do Ascetismo e o Princípio da Simpatia e da Antipatia.

Quanto ao primeiro destes princípios este autor explica que:

O princípio do ascetismo foi ideado, ao que parece, por certo especuladores apressados que, tendo percebido __ ou imaginado __ que certos prazeres, quando colhidos ou desfrutados em certas circunstancias, trazem como consequência a longo prazo, dores maiores do que o prazer desfrutado, utilizaram este pretexto para impugnar tudo aquilo que se apresenta sob o nome de prazer. Depois de chegarem até este ponto, e esquecendo o ponto do qual haviam partido, tais espectadores avançaram mais, chegando ao ponto de considerar meritório enamorar-se da dor⁴⁴.

Este Princípio do Ascetismo, de larga utilização em doutrinas religiosas, que pregam que o sofrimento em vida conduzirá à felicidade após a morte, não é, necessariamente, como denominado por Bentham, um princípio contrário ao do Utilitarismo, mas sim apenas um modo de aplicação deste princípio, até mesmo porque o sofrimento atual é feito em favor de um prazer futuro.

Por sua vez o Princípio da Antipatia e da Simpatia, que deveriam exercer influência, segundo o próprio Bentham, sobre ações governamentais, é aquele princípio que “aprova ou desaprova certas ações, não na medida em que estas tendem a aumentar ou a diminuir a felicidade da parte interessada, mas simplesmente pelo fato de que alguém se sente disposto a aprová-la ou reprová-la”⁴⁵.

Pelo Princípio da “Antipatia ou da Simpatia”, que é uma ressalva ao princípio utilitarista, a conduta humana não é, ou ao menos deveria ser, orientada por critérios

⁴⁴ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984, p. 9.

⁴⁵ Op. cit., p. 9.

concernentes ao binômio prazer/dor, quando as decisões a serem tomadas não afetem diretamente a parte que a toma.

Finalmente cabe rememorar que Bentham aponta que quatro⁴⁶ são as fontes do prazer e da dor:

i) física: quando o prazer ou a dor ocorrem na vida presente, e no curso ordinário da natureza, independentemente da ação divina ou de outro ser humano;

ii) política: quando esta é causada de acordo com a vontade do Poder do governo existente no Estado;

iii) moral ou popular: quando a dor ou o prazer são denotados a pessoas que “por acaso” ocupam lugar de destaque na comunidade, segundo disposição espontânea de cada pessoa, e não de acordo com regras pré-estabelecidas;

iv) religiosa: a dor ou o prazer dependem da vontade divina, quer na presente vida, quer na vida futura.

Esse utilitarismo, por sua vez, orienta não apenas a conduta individual do homem, mas sim sua conduta social, conforme se verá na seqüência.

2.2. PRECEDENTE SOCIOLOGICO: AÇÃO RACIONAL ORIENTADA PELO FIM SEGUNDO MAX WEBER

Ao estudo do comportamento do *homo economicus*, é cogente que se considere o mesmo não exclusivamente como um sujeito isolado, mas sim como um grupo social, ou seja, “uma coleção de seres, na medida em que estão a imitar-se entre si ou em quem sem

⁴⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984, p. 13.

atualmente se imitarem, se parecem uns com os outros, sendo seus traços comuns cópias antigas de um mesmo modelo”⁴⁷.

O comportamento do grupo social, que se caracteriza justamente onde há ação recíproca entre os indivíduos, é o objeto de estudo da sociologia. Max Weber (1864-1920), de maneira assertiva, explica que considera-se como Sociologia “a ciência voltada para a compreensão e para a interpretação do comportamento social”⁴⁸, que por sua vez “é a ação referente ao comportamento de outrem e orientada na direção de sujeitos agentes”⁴⁹.

O comportamento do indivíduo, nos grupos sociais é resultante de fatores e forças que sobre ele se exercer⁵⁰. O Homem é um ser econômico em virtude de forças que influenciam sua ação, mais precisamente as forças apontadas pelos Utilitaristas, e que caracterizam este *homo economicus*. Recapitulando-as: i) desejo de felicidade; ii) predominância de seus interesses; iii) conduta social ordenada pela auto-preferência; iv) consciência que outros homens também atuam baseados na auto-preferência.

Este comportamento social, ou ação social, para Max Weber, pode ser de quatro espécies:

i) racional orientada pelo valor: “pela crença no valor intrínseco incondicional, de ordem ética, estética, religiosa ou qualquer outra qualquer, de um comportamento determinado que vale por si mesmo e independente do resultado”⁵¹;

ii) racional orientada pelo fim: “são motivadas por expectativas no comportamento tanto de objetos do mundo exterior, como de outros homens, e utilizando essas expectativas como condições ou meios para se alcançar o fim próprio, racionalmente sopesado e perseguido”⁵²;

⁴⁷ TARDE, Gabriel; BIRBNBAUM, Pierre; CHAZEL, François (coordenação). **O que é uma sociedade: Teoria Sociológica**. Tradução Gislea Stock de Souza e Hélio de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 18.

⁴⁸ CASTRO, Celso Pinheiro de. **Sociologia do Direito**. 2ª. Edição, São Paulo: Editora Atlas, 1985, p. 63.

⁴⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, Vol. 1, 3ª. edição, Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: Editora UNB, 1994, p. 63.

⁵⁰ Op. cit., p. 18.

⁵¹ Op. cit., p. 22.

⁵² WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, Vol. 1, 3ª. edição, Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: Editora UNB, 1994, p. 20.

iii) tradicional: o comportamento é originado em “costume inveterado”⁵³ (ex. a massa de todas as atividades familiares);

iv) afetiva: o comportamento é emocional, “decorrente de paixões e sentimentos atuais”⁵⁴. O comportamento ocorre como um esforço consciente para aliviar um sentimento.

A ação racional orientada pelo fim, embasa aquilo que Weber considera como a ação econômica, que é aquela que guarda sintonia com o racionalismo econômico: “uma ação deve chamar-se ‘economicamente orientada’ na medida em que seu sentido subjetivo esta orientado pelo desejo de obter certas utilidades”⁵⁵, utilidades estas que são entendidas como “probabilidade (reais ou supostas) concretas e particulares de aplicabilidade presente ou futura, consideradas como tais por um ou vários agentes econômicos”⁵⁶.

Weber, portanto, reconhece que o racionalismo é um fato não apenas econômico, mas sim sociológico, já que, por conta de seus estudos, se pode perceber que a conduta social orienta-se por este critério.

Ao se reconhecer a vertente sociológica do racionalismo, e mais do que isso, ao se reconhecer a própria ação econômica dos grupos sociais, é possível se concluir que esta conduta não é exclusiva dos agentes econômicos, entendido este termo em seu sentido estrito, ou seja, daqueles agentes que participam diretamente do ciclo econômico que engloba a produção, circulação, consumo e repartição, mas sim do grupo social que pauta sua ação por critérios utilitaristas.

Evidentemente não é exclusiva dos agentes econômicos acima mencionados a ação orientada pelo fim, ou senão a ação econômica, mas sim de todos membros que compõe sociedades utilitaristas.

⁵³ Op. cit., p. 22.

⁵⁴ Op. cit., p. 22.

⁵⁵ Op. Cit. p. 46.

⁵⁶ Op. Cit. p. 41.

A Análise Econômica do Direito se destina a estes grupos sociais, eis que estes “respondem” às normas balizadas nestes critérios utilitaristas.

2.3. PRECEDENTE ECONÔMICO: LIBERALISMO DE ADAM SMITH

O Precedente Econômico da Análise Econômica do Direito encontra-se em Adam Smith, que já em 1776, publicou sua mais relevante obra: “A Riqueza das Nações”.

Sua obra, considerada, juntamente com as de Karl Marx e John Maynard Keynes, uma das mais importantes da Ciência Econômica, já retratava o racionalismo do *homo economicus*.

Adam Smith estrutura sua doutrina sobre três pilares⁵⁷:

- i) O impulso psicológico primordial do homem, como ser econômico, é o afã de lucro;
- ii) Há a existência de uma ordem natural no universo, por meio da qual os empenhos individuais se conjugam para conseguir o bem comum;
- iii) O melhor programa é deixar que o processo econômico dê-se por sua conta.

Por certo se todos querem o lucro individual, conforme presume Adam Smith, é óbvio que isto implicará num problema social, residente em como uma sociedade evitaria que indivíduos movidos pelo próprio interesse, em busca de seus lucros, acabem atacando seus concidadãos?

Para Adam Smith, esta sociedade que tem motivações não-sociais, como a melhoria própria, pode ser socialmente funcional em virtude de mecanismo centrados no sistema concorrencial. Para este economista:

⁵⁷ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 24.

cada pessoa em busca de melhorar a si mesma, sem pensar nos demais, depara-se com uma legião de outras pessoas com motivações semelhantes. Como resultado cada agente do mercado, ao comprar e vender, é forçado a equiparar seus preços aos oferecidos pela concorrência⁵⁸.

Robert Helbroner e Lester Thurow lembram que para Smith, além desta função, o mercado concorrencial também teria outra relevantíssima, que é a condução “da produção dos bens que a sociedade quer, nas quantidades que ela quer, sem que ninguém jamais emita qualquer ordem a respeito”⁵⁹, visto que as pressões do mercado consumidor é que dirigem, como se existisse uma Mão Invisível, as atividades egoístas dos indivíduos, o que os levaria por caminhos socialmente responsáveis.

Em síntese, a idéia do laissez-faire, defendida por Smith, seria socialmente útil porque: i) a concorrência transformaria o comportamento de auto-interesse; ii) a Mão Invisível garantiria que a sociedade se mantivesse nos trilhos, posto que os detentores dos meios de produção apenas produziriam exclusivamente aqueles bens e serviços que a sociedade necessita.

Dá-se, todavia, que no Séc. XX, com estudo da Teoria dos Jogos, mais precisamente sobre o Dilema do Prisioneiro, se desmantelou a conclusão que defendia Adam Smith, mormente porque se sabe que a busca do melhor por parte de cada concorrente produz um resultado não ótimo do ponto de vista do conjunto dos concorrentes.

O dilema do prisioneiro é a situação em que dois comparsas, A e B, são pegos cometendo um crime. Levados à delegacia e colocados em celas separadas, o delegado lhes diz que a polícia possui evidência suficiente para mantê-los presos por um ano, mas não o bastante para uma condenação mais pesada. Porém, se um confessar e concordar em depor contra seu cúmplice, ficará livre por ter colaborado, e o outro irá para a cadeia por 3 anos. Já se ambos confessarem o crime, cada um sofrerá uma pena de dois anos.

⁵⁸ HEILBRONER, Robert e THUROW, Lester. **Entenda a Economia: Tudo o que você precisa saber sobre como funciona e para onde vai a economia**. Tradução Tomás Rosa Bueno. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2001, p. 31.

⁵⁹ Op. cit. p. 31.

As decisões são simultâneas e um não sabe nada sobre a decisão do outro. O dilema do prisioneiro mostra que, em cada decisão, o prisioneiro pode satisfazer o seu próprio interesse (trair) ou atender ao interesse do grupo (cooperar). Aqui estão as possibilidades organizadas em ordem:

	B coopera	B trai
A coopera	1 ano para A 1 ano para B	3 anos para A B fica livre
A trai	A fica livre 3 anos para B	2 anos para A 2 anos para B

Para qualquer um dos prisioneiros, o melhor resultado possível é trair e seu parceiro ficar calado. E até mesmo se seu parceiro trair, o prisioneiro ainda lucra por não cooperar também, já que ficando em silêncio pegará três anos de cadeia, enquanto que, confessando, só pegará dois. Em outras palavras, seja qual for a opção do parceiro, o prisioneiro se sai melhor traindo.

O único problema é que ambos chegarão a essa conclusão: “a escolha racional é trair. Essa lógica vai, desta forma, proporcionar a ambos dois anos de cadeia. Se os dois cooperassem, haveria um ganho maior para todos, mas a otimização dos resultados não é o que acontece”⁶⁰.

Todavia, o que vale frisar, é que Adam Smith, para desenvolver sua teoria, tem por ponto de partida o racionalismo econômico, que também é o ponto de partida da Análise Econômica do Direito.

Com estas breves noções a respeito do racionalismo econômico se pode aprofundar no estudo da Análise Econômica do Direito, o que será levado à cabo no próximo capítulo.

⁶⁰ (http://www.mat.puc-rio.br/~iniciant/3_jogos/dilema.htm, acesso em 04.09.2006)

As matérias tratadas neste Capítulo e no anterior são relevantes à Análise Econômica do Direito, visto que ela utiliza-se de ambos. Não se pode pretender uma investigação deste assunto sem se ter de modo claro um conhecimento, ainda que sucinto, sobre a Ciência do Direito e o Racionalismo Econômico.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Cada qual dos dois maiores teóricos do Direito do Séc. XX, Hart e Kelsen, apresentam posições a respeito dos motivos pelo qual as pessoas cumprem regras jurídicas, ou melhor, porque razão o direito ordena a conduta humana.

Kelsen⁶¹ credita esta ordenação da conduta humana, ao fato de o Direito ser uma “ordem coativa”, ou seja, as pessoas obedeceriam a norma por receio da sanção nela inserida, ou senão, no caso das sanções premias, para alcançar a consequência dela decorrente.

Hebert L. A. Hart, a seu turno, sustenta que “a maior parte das ordens é mais frequentemente obedecida do que desobedecida pela maior parte dos afetados, por um hábito geral de obediência”⁶².

O antagonismo destas posições exige que tomemos posição a respeito de qual delas teria pertinência à Análise Econômica do Direito. À evidência, aceitar que o homem tem um comportamento jurídico, tão somente por conta do hábito de obediência, conforme defendido por Hart, não reflete os pressupostos racionalistas tratados no capítulo anterior, o que, implica, por conseguinte, que à seqüência de nossa investigação, aquiesçamos a linha argumentativa sustentada por Kelsen.

O Homem teria este hábito de obediência apenas até o ponto em que a norma não destoasse de seu interesse próprio. A partir do momento que a norma passasse a conflitar com seu interesse, ele, o Homem, analisaria o “custo” de desobedecer esta norma, e apenas assim não agiria se o risco desta sanção não compensasse o eventual benefício oriundo de uma ação (ou omissão) não condizente com a norma.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. B. Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 186.

⁶² HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes, 2ª. Edição, Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 27.

Estabelecendo-se, portanto, a premissa de que o cumprimento de normas jurídicas é corolário de medida racional, prossegue-se neste trabalho indicado o conceito de Análise Econômica do Direito.

3.1. CONCEITO DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Após a exposição das visões dogmática e zetética da ciência do Direito, bem como do que vem a ser o racionalismo econômico, podemos aprofundar nossos estudos a fim de se indicar o que vem a ser a Análise Econômica do Direito, que, para alguns, é tida como o progresso “mais importante no campo do direito nos últimos 50 anos”⁶³.

Podemos suscitar uma primeira aproximação a respeito do que seja a Análise Econômica do Direito via Direito Econômico, posto que enquanto o Direito Econômico tem por objeto o regramento das ações econômicas pelo Direito, a Análise Econômica do Direito, ao revés, trata da compreensão das normas jurídicas utilizando-se de regras econômicas.

Em termos próximos a este Letácio Jansen sustenta que:

... assim como o Direito Econômico trata da intervenção do Estado no domínio econômico (versando, de um modo geral, sobre normas de organização), a Análise Econômica do Direito, voltada prioritariamente, para o exame das normas de conduta, dedicar-se-ia ao estudo da “intervenção” da Economia no Estado⁶⁴.

Guiomar T. Estrella Faria, em uma das pioneiras obras nacionais a respeito da Análise Econômica do Direito, após questionar se a Análise, para ela Interpretação, Econômica do Direito significaria “a tentativa de compreender o universo jurídico partindo de pressupostos econômicos, ou melhor, sob o enfoque, o ângulo de visão do econômica”⁶⁵,

⁶³ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 3.

⁶⁴ JANSEN, Letácio. **Introducao à Economia Jurídica**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.3-4.

⁶⁵ FARIA, Guiomar T. Estrella Faria. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1994, p. 13.

conclui que este movimento filosófico refere-se “a aplicação do raciocínio econômico à problemática jurídica”⁶⁶.

José Ramón Cossío Díaz, por sua vez explica que “a análise econômica do direito não constitui uma análise do tipo normativa, mas sim um método para analisar aquelas condutas humanas que se encontrem relacionadas, de algum modo, com o direito”⁶⁷.

Robert Cooter e Thomas Ulen, para explicar o que vem a ser a Análise Econômica do Direito, consignam que “Generalizando, podemos dizer que a economia oferece uma teoria do comportamento para prever como responderão os indivíduos ante as disposições legais”⁶⁸.

A Análise Econômica do Direito, que em inglês é conhecida por Law and Economics, e em espanhol Derecho y Economía ou Análisis Económico del Derecho, é, portanto, o movimento filosófico que visa analisar, com base no racionalismo econômico, o comportamento humano decorrente de uma norma jurídica (seja ela geral e abstrata, seja individual e concreta).

A Análise Económica do Direito procura dar resposta a duas perguntas⁶⁹: Como se vê afetado o comportamento dos indivíduos e das instituições pelas normas legais? e Em termos de medidas de bem-estar social definidas de forma rigorosa, quais são as melhores normas e como se podem comparar diferentes normas legais?

Um exemplo pode ilustrar o que vem a ser a Análise Econômica do Direito: O novo Código Civil Brasileiro, em seu Art.1336, § 1º, estabelece que no caso de inadimplemento da taxa de condomínio, se poderá cobrar tão somente uma multa de 2% (dois por cento) sobre o valor devido.

⁶⁶ Op. cit. p. 14.

⁶⁷ DIAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y Análisis Económico**. México: Edição conjunta do Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 228.

⁶⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p 14.

⁶⁹ GAROUPA, Nuno. **Faculdade de Direito Análise Económica do Direito**. site http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/NG_MA_430_aedfdhandout.html, acesso em 04 dez 2006.

A dogmática tradicional (via Teorias da Interpretação) ao analisar este texto de Lei buscará responder as seguintes questões: 1) O que é a taxa de condomínio? 2) O que é inadimplemento? 3) O que é multa? 4) Qual o valor máximo da multa? 5) Qual a consequência ao Condomínio que cobrar de seus condôminos inadimplentes uma multa superior a 2%?

Já a Análise Econômica do Direito estaria satisfeita em responder as seguintes questões: 1) Qual a intenção da Lei ao prever uma multa de 2% (dois por cento) em caso de inadimplemento de uma taxa de condomínio? 2) Esta taxa, neste percentual, induzirá a adimplência ou inadimplência da taxa de Condomínio? 3) Esta lei está sendo eficiente para o fim a que se destina?

A Análise Econômica do Direito responderia a estas questões da seguinte maneira:

1) A Lei, ao prever uma multa de 2% (dois por cento) pretende fortalecer a estrutura condominial, favorecendo o adimplemento de taxas por aqueles condôminos inadimplentes;

2) Esta taxa induzirá, no mínimo, a que as pessoas tenham menos cautelas quanto ao pagamento deste condomínio (entre o pagamento desta taxa e de outro débito cuja sanção é mais grave preferirão o pagamento deste último);

3) Esta Lei não é eficiente ao prever uma multa tão baixa porque o risco de inadimplência, senão esta mesma, vai ser tão grande que redundará no enfraquecimento da estrutura condominial, posto que quanto menos pessoas quitarem a “taxa” de condomínio, menores serão os benefícios que este poderá implementar (ou maior os valores devidos pelos condôminos bons pagadores, o que por certo, lhes induzirá ao abandono deste regime de propriedade).

A Análise Econômica do Direito, vê-se pelo exemplo *supra*, está preocupada não necessariamente com aquilo que pode ser “descrito”, em determinada regra, mas sim com aquilo que “acontecerá”, em razão desta regra.

Nem se imagine, pelo exemplo acima apontado, que à Análise Econômica do Direito, o Art.1336, § 1º do Código Civil que prevê uma multa de 2% (dois por cento) é ineficiente porque favorece o devedor. Muito pelo contrário, e um outro exemplo pode-se elucidar esta questão.

Suponha que o Art.1336, § 1º do Código Civil passe a ter a seguinte redação:
A multa pelo não pagamento da taxa de condomínio será de 100% (cem por cento) desta.

O AED, respondendo as mesmas questões acima apontadas chegará às seguintes conclusões.

1) A Lei, ao prever uma multa de 100% (cem por cento) pretende fortalecer a estrutura condominial;

2) Esta taxa induzirá, no mínimo, a que as pessoas afastem-se de estruturas condominiais, eis que estas (em razão desta multa tão alta) teriam custos altíssimos em razão de um eventual inadimplemento, cujo risco não compensa os benefícios que o condomínio pode oferecer;

3) Esta Lei não é eficiente ao prever uma multa tão alta porque o risco de inadimplência afasta as pessoas desta estrutura, redundando, mais uma vez, no enfraquecimento da estrutura condominial, posto que quanto menos pessoas o quitarem, menores serão os benefícios que este poderá implementar (ou maior os valores devidos pelos condôminos remanescentes).

Nota-se, que de comum há entre estes dois exemplos é que em ambos se busca analisar a conduta social decorrente do regramento, e mais do que isto, partindo-se, para tanto,

da premissa (inerente à AED), de que esta conduta social é vinculada à racionalidade econômica.

Do exemplo acima mencionado, se pode notar que a Análise Econômica do Direito, não está restrita aos ramos jurídicos que tenham estrita pertinência ao ciclo econômico (produção, circulação, consumo e repartição), podendo, ao revés, sua aplicação dispersar-se a todos os ramos do direito, eis que em todos estes se visa regular a conduta humana.

Steven Shavell, professor de Análise Econômica do Direito na Universidade de Harvard, ao tratar de tema pertinente a “O Direito Penal e o Uso Ótimo de Sanções não Monetárias como Medida de Despersuação”, indica que:

uma das partes cometera ou não um ato, na realidade __ muito embora seja ou não socialmente desejável que o faça __, dependendo de sua percepção da possibilidade de sofrer uma sanção monetária ou não monetária. Uma das partes cometerá um ato se, e somente se, a sanção esperada for menor que o benefício que ele possa obter. Se decidir não cometer um ato, se dirá que foi dissuadido⁷⁰.

Em Responsabilidade Civil, também se vê uma enormidade de tema que podem ser informados pela Análise Econômica do Direito. Como, por exemplo, ao se estabelecer critérios de quantificação da indenização por Danos Morais, dando a esta, na expressão de Caio Mário da Silva Pereira⁷¹, a par de um caráter compensatório e punitivo, um caráter intimidativo, já que este caráter é que poderá desestimular ações ofensivas à honra das pessoas.

Ainda para se investigar a Análise Econômica da Responsabilidade Civil, o economista Hal R. Varian, professor da Universidade da Califórnia apresenta valioso esclarecimento a respeito da Análise Econômica da Responsabilidade Civil. Explica este autor que as regras “de responsabilidade civil impõe certos custos ao atropelador em caso de

⁷⁰ SHAVELL, Steven; ROEMER, Andrés (compilador). **El Derecho Penal Y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión**, in *Dereito Y Economía: Una Revisión de la Literatura*, Cidade do México: Editoras Centro de Estudos de Governabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2000, p 439.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol III, 3ª. Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 207.

acidente, e o modo como esses custos são impostos influenciará o nível de cuidado do atropelador”⁷². Assim, este atropelador, teria comportamentos distintos, de acordo com o tipo de responsabilização que lhe seria atribuído.

Vejamos:

i) Nenhuma Responsabilidade: o atropelador quererá apenas minimizar seus próprios custos, sem se preocupar com os danos causados à vítima, já que ele sempre escolherá o nível mais baixo de cuidado, posto que isto é o que exclusivamente representa seus custos, o que não é socialmente eficiente;

ii) Responsabilidade Objetiva: Nesta hipótese, já que o atropelador responderá, independentemente de culpa, pelos prejuízos decorrentes do acidente, ele escolherá um nível de cuidado cujo custo compense o não envolvimento no sinistro, nível este que podemos considerar como socialmente eficiente;

iii) Responsabilidade Subjetiva: Ao ser responsabilizado o atropelador, tão-somente quando agir culposamente, este escolherá uma conduta cujo custo de sua ação não-culposa, seja inferior ao custo risco de arcar com o acidente, sendo esta, conduta, assim, socialmente eficiente.

A Análise Econômica do Direito, portanto, traz, ao mundo jurídico, critérios para a identificação e conseqüente previsão, de qual conduta será tomada pelo destinatário da norma, considerando-o, por conseguinte, como uma pessoa de carne e osso, já que suas ações são racionalmente econômicas.

Ao se aceitar a Análise Econômica para o Direito Brasileiro, pode-se, no mínimo, olhar para o fenômeno jurídico com outros olhos. A averiguação puramente dogmática de temas jurídicos mostra-se superficial. Estudar qualquer ramo jurídico no Brasil, sem se atentar que o comportamento do destinatário desta norma será balizado, por exemplo,

⁷² VARIAN, Hal. R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. tradução Ricardo Inojosa. 4ª edição americana, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999, p.627.

pela vantagem que este possui em razão da morosidade de nosso Poder Judiciário, é assunto próprio a este novel movimento filosófico.

A Análise Econômica do Direito questiona se a sanção (pena) apontada na norma é, efetivamente, uma penalidade. Se o custo que o infrator arcara pelo descumprimento de uma regra, é, factualmente, um prejuízo.

3.2. HISTÓRICO

A Análise Econômica do Direito tem sua origem no Realismo Jurídico dos Estados Unidos da América. Realismo Jurídico este que se caracterizava pela compreensão do Direito a partir das decisões judiciais. Por conta deste realismo:

O juiz tem postura mais ativa. Ele não revela nem descobre a lei; ele a cria. O realismo jurídico é marcado por intenso ceticismo. Duvida-se das possibilidades de decisões jurídicas produzidas de acordo com regras específicas, pois a realidade seria muito complexa e fluida para ser governada por normas de direito⁷³.

O movimento da Análise Econômica do Direito, portanto, decorre da insatisfação com estudos puramente dogmáticos que se fazia do fenômeno jurídico.

Após a década de 1950, nos Estados Unidos da América, surgem os primeiros estudos a respeito da Análise Econômica do Direito. Apresentemos os quatro autores que historicamente mais se destacaram na aplicação do racionalismo econômico, ao tratamento de questões jurídicas:

3.2.1. Gary Becker

⁷³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Editora Manole, 2004, p. 230.

O Economista da Universidade de Chicago, Gary Becker, em 1955, com sua tese de Doutorado denominada “The Economics of Discrimination” (publicada apenas em 1957), foi o primeiro autor a fazer uma Análise Econômica do Direito.

Os trabalhos deste autor, que lhe renderam, em 1992, o prêmio Nobel de Economia, justamente por ter estendido o domínio da análise microeconômica para uma escala de comportamento humano e interações, incluindo comportamento extra-mercado. Suas principais teses referem-se a: Teoria da Discriminação; Conduta Humana e Interpretação Econômica da Pena.

Por conta da Teoria da Discriminação, se constata que “o estudo da discriminação inicia a análise da posição econômica das minorias, dedicando uma grande parte dele para o âmbito laboral e de um modo muito explícito para a relação entre negros e brancos”⁷⁴.

De modo absolutamente sintético, a idéia de Gary Becker gira em torno da racionalidade econômica decorrente de discriminações salariais por parte do empregador, que, por exemplo, quitaria maiores salários a branco do que a negros, ou a homens em detrimento de mulheres.

Para uma melhor compreensão, é de se recordar que o comportamento discriminatório está inversamente relacionado aos lucros das firmas uma vez que ao agir dessa maneira, demonstra que o empregador está disposto a pagar, seja direta ou indiretamente, na forma de uma redução nos lucros, por estar associado a algum grupo ao invés de outro.

Num mercado competitivo, essa situação não deveria persistir porque as firmas que não discriminam teriam vantagens ao contratar os trabalhadores discriminados, oferecendo-lhes menores salários se comparados aos pagos pelas firmas discriminatórias. Assim, trata-se de uma situação que não deveria perdurar por muito tempo⁷⁵.

⁷⁴ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 91.

⁷⁵ JACINTO, Paulo de Andrade. **Diferenciais de salários por gênero na indústria avícola da região Sul do Brasil: uma análise com micro dados**. Revista de Economia e Sociologia Rural, vol 43, Brasília, 2005, p. 3

Para Becker, esta discriminação não teria fundamento racional algum, no entanto, mesmo assim, e nisto é que precisamente repousa o ineditismo de sua teoria, se constatou a necessidade de uma aproximação quantitativa de variáveis que não são necessariamente pecuniárias, iniciando o estudo por uma perspectiva econômica, de questões que até então não haviam sido consideradas com tal.

Passou-se a estudar, pela economia, uma questão sociológica pertinente a motivação da discriminação, que, para Becker, repousa exclusivamente no gosto/prazer que este empregador teria pela discriminação.

Também fez parte, dos estudos do Gary Becker, a Teoria da Conduta Humana. O que foi levada a cabo no seu livro “The Economic Approach to Human Behavior” (1976). Nesta obra, se parte da premissa de que o *homo economicus* é uma constatação que inadmitte retificações.

Portanto, seria a preferência pessoal quem definiria os diferentes aspectos da vida humana, sendo, por conta disso, “possível estudar ou inclusive prever as respostas humanas aos diferentes estímulos”⁷⁶.

Conclui, a partir disso, Becker, que os três elementos que constituem a economia podem aplicar-se a toda a conduta humana. Seriam estes elementos: i) o comportamento maximizador do bem-estar pessoal; ii) o equilíbrio do mercado; iii) as preferências estáveis.

Deste livro de Becker surgem afirmações como a de que:

a abordagem econômica é uma abordagem global, aplicável a todo o comportamento humano, envolva ele preços de mercado ou preços sombra imputados, decisões repetidas ou pouco frequentes, decisões maiores ou menores, fins emocionais ou mecânicos, pessoas ricas ou pobres, homens ou mulheres, adultos ou crianças, pessoas brilhantes ou estúpidas, terapeutas ou pacientes, políticos ou homens de negócios, professores ou estudantes⁷⁷.

⁷⁶ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 94.

⁷⁷ ABRAMOVAY Ricardo. **Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais**. Revista de Sociologia da USP, vol. 16, Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 78.

Muito significativo se mostra o estudo que Gary Becker faz sobre a pena, por ele denominado Interpretação Econômica da Pena, e que se encontra em seu clássico Art. “*Crime and Punishment*” (1968).

Parte, Becker, de duas constatações: “(i) a existência de discrepâncias entre as condutas normativamente prescritas e aquelas observadas na prática; (ii) os recursos públicos e privados alocados à prevenção de condutas ilícitas e execução de sanções normativas são escassos”; para buscar resposta a seguinte pergunta: “que montante de recursos e que intensidade de punição deveriam ser usados para garantir eficácia às leis, consideradas em sua variedade”⁷⁸.

Becker reconhece, inicialmente, que o destinatário da norma penal, sopesara, antes de seu cumprimento os seguintes custos para a prática do ato delituoso: quantidade de pena prevista na lei, probabilidade de imposição da pena, chances de captura, de obtenção de provas válidas que viabilizem a condenação, etc.

Assim, à total inibição de atos delituosos bastaria que o Estado aumentasse este custo, isto é, previsse penas cada vez mais severas, capturasse todos os delinquentes, que a polícia, na investigação, obtivesse apenas provas válidas à condenação.

Ocorre, no entanto, conclui Becker, que este aumento nos custos do crime, apesar de socialmente ideal, é impossível tendo em vista que os recursos estatais são escassos, e a repressão aos ilícitos penais, é apenas um dos vários fins que a sociedade exige do Estado.

O aumento, portanto, de recursos estatais à eliminação de ações criminosas, reduzirá o bem-estar, visto que os recursos públicos são limitados, e os valores destinados a este fim, seguramente implicarão na redução de outra espécie de serviço público.

⁷⁸ SALDANHA JR, Roland Veras Saldanha Jr, **Economia do Direito Romano-Germânico: Considerações sobre Kelsen e Luhmann.** http://www.actiomercatoria.com.br/upload/economia_direito/DireitoEconomiaemKelseneLuhmann.pdf acesso em 04.10.2006.

Com propriedade Becker conclui que:

a repressão completa e absoluta das condutas ilícitas tende a ser prejudicial a uma sociedade, por exigir desproporcionais dispêndios públicos e, conseqüentemente, implicar nos custos da redução da qualidade e quantidade de serviços associados a outras funções públicas que dificilmente serão superados pelos benefícios da diminuição das condutas ilícitas após certo ponto⁷⁹.

Becker passa a ater-se a qual a destinação eficiente de recursos sociais para o combate ao crime, o que é importantíssimo à criação de normas.

No Brasil, questão importantíssima a respeito da eficiência de destinação de recursos para o combate ao crime encontra-se quando cotejamos que há um Código Penal que determina a criminalização de várias condutas, uma Lei de Execução Penal, que outorga, ao preso, uma séria de benefícios, e uma lei de responsabilidade na gestão fiscal que proíbe a realização de despesas sem a existência de recursos.

3.2.2. Ronald Coase

Na década de 1960, Ronald Coase, economista londrino e também professor da Universidade de Chicago, apresentou o Teorema que auxiliou no impulso da Análise Econômica do Direito, na medida em que ele trata dos custos de transações (externalidades). Estudo este que também lhe valeu, em 1991, o Prêmio Nobel de Economia.

À compreensão do “Teorema de Coase” deve-se partir do exemplo, por ele mesmo elaborado, referente a propriedades limítrofes de uma criadora de gado e de um cultivador de milho, existindo, uma linha divisória clara entre as terras destes vizinhos, no entanto nenhuma cerca a separá-las⁸⁰.

⁷⁹ SALDANHA JR, Roland Veras Saldanha Jr, **Economia do Direito Romano-Germânico: Considerações sobre Kelsen e Luhmann.** http://www.actiomercatoria.com.br/upload/economia_direito/DireitoEconomiaemKelseneLuhmann.pdf acesso em 04.10.2006.

⁸⁰ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía.** Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p. 114.

De tempos em tempos o gado invade o milharal, prejudicando alguns pés de milho, sendo que, para esta situação, ou a pecuarista e o agricultor poderiam negociar entre si para decidir quem deveria suportar os custos destes danos, ou uma lei poderia designar a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da invasão do gado, podendo, tais regras, por sua vez, terem dois sentidos:

- i) O agricultor poderia ser responsável por manter o gado fora de sua propriedade, e deveria arcar pelos danos causados pelo gado (podendo ser denominado este regime como do “Direito da pecuarista”);
- ii) A pecuarista poderia ser responsável por manter o gado em sua propriedade e deveria, ainda, arcar com o prejuízo por ele causado (regime do “Direito do Agricultor”).

A pergunta feita por Coase, em razão destas duas possibilidades foi: Qual Lei é a melhor?

Intuitivamente se defende a tese de que o responsável pelos prejuízos é a proprietária do gado, sendo sua a responsabilidade por guardá-lo. Coase, no entanto, contestou esta afirmação nos termos do raciocínio econômico (ou da eficiência), utilizando, para tanto de alguns valores⁸¹.

Primeiramente, suponha que se não houver nenhuma cerca, a invasão do gado custaria ao agricultor, por exemplo, R\$ 100,00 por ano, em termos de benefícios perdidos. O custo, para o agricultor, de instalar e dar manutenção a uma cerca ao redor de sua plantação é de, por exemplo, R\$ 50,00 por ano, enquanto que o custo da pecuarista, para instalar uma cerca ao redor de seu rancho seria de R\$ 75,00 por ano.

Portanto, nota-se que um dano de R\$ 100,00 pode evitar com um custo anual de R\$ 50,00 para o agricultor e um custo de R\$ 75,00 para a pecuarista. Assim a eficiência implica que o agricultor construa a cerca ao redor de sua plantação de milho.

⁸¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p. 118.

No entanto esta eficiência é aparente e não real. Se se supor que a pecuarista e o agricultor se casem e combinem seus interesses comerciais, logo maximizariam os benefícios combinados da agricultora e da pecuária, e estes benefícios conjuntos seriam melhores quando construíssem uma cerca ao redor do campo de milho, e não ao redor do rancho da pecuarista, assim este casal de esposos construiria uma cerca ao redor do milharal, independentemente do que preveja as Leis que regulam este assunto.

Por certo a Pecuarista e o Agricultor não necessitam casar-se para cooperarem mutuamente, os homens de negócio frequentemente podem negociar e porem-se de acordo sobre condições de cooperação. Ao negociar um acordo em lugar de respeitar a lei sem cooperar, o agricultor e a pecuarista podem poupar \$ 25. Portanto as partes podem negociar com êxito entre si, alcançar o resultado eficiente, independentemente do que diz a Lei⁸².

Advirta-se: com as negociações ambas as partes podem economizar custos (externalidades) e dividir o lucro entre elas, independentemente do previsto em Lei. Esta é uma hipótese de negociação exitosa, todavia, há casos em que as negociações que fracassam.

É de se lembrar que as negociações decorrem da comunicação entre as partes, a comunicação tem vários custos, tais como o aluguel de uma sala de conferência, a contratação de uma pessoa para anotar o que ocorre durante a negociação, o tempo que se gasta com a negociação etc. Coase utilizou o termo Custos de Transação para referir-se a estes custos de comunicação, assim como a uma infinidade de custos que podem impedir a negociação.

Por conta desta definição, a negociação necessariamente triunfa quando os custos da transação são iguais a zero. Se resumindo esta conclusão naquilo que ficou conhecido como Teorema de Coase: “Quando os custos da transação são nulos, os usos eficientes dos recursos provêm da negociação privada, qualquer que seja a designação legal dos direitos de propriedade”⁸³.

⁸² COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p. 119.

⁸³ Op. Cit., p. 119.

Este teorema tem o seguinte corolário: “Quando os custos de transação são suficientemente elevados para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como se designarem os direitos de propriedade”⁸⁴.

Como a redução de custos de transação facilita a negociação, algo importante que a Lei pode fazer é a definição de direitos de propriedade de modo claro e simples, o que implica Segurança Jurídica.

São vários os meios que a lei pode utilizar para auxiliar a negociação, e ao fazer isto a lei permite que as partes privadas não utilizem as regras legais, liberando assim os legisladores da difícil tarefa de designar eficientemente as regras de direito.

Por conta disso acabou se formalizado o Teorema normativo de Coase: “Estruturar a Lei de tal modo que se eliminem impedimentos para os acordos privados”.

No Brasil, um exemplo da aplicação do Teorema Normativo de Coase encontra-se na inversão do ônus da prova, estabelecida no Art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor.

Há, como se sabe, um custo de transação elevado na relação consumidor e fornecedor (ou prestador de serviço), quando se distribui o ônus da prova de modo previsto no Código de Processo Civil (ou seja que cabe a prova a quem alega). A Lei, ao indicar que esta prova é do fornecedor, elimina este custo e propicia a transação eficiente, eis que sem este custo a transação será mais fácil.

Quanto a estes custos de transação ou externalidades, Pedro Mercado Pacheco, aponta que Coase os trata sob duplo enfoque:

Num primeiro, se argúi a inveracidade de se presumir que quem provoca a externalidade, deve responder por sua cessação ou recomposição. Para Coase, o fenômeno dos

⁸⁴ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p. 119.

efeitos externos é sempre recíproco, de modo que apenas seu cotejamento com o ordenamento jurídico em vigor permitiria dizer se é a parte ativa "A", no exercício de sua atividade, que causa prejuízos a "B", ou se, ao revés, é a imposição de custos adicionais à indústria de "A", em defesa de "B", que acarreta danos àquela⁸⁵.

Para esta perspectiva, portanto, o verdadeiro problema econômico a ser enfrentado consistiria em decidir, à luz do objetivo de maximização da eficiência, qual seria o prejuízo mais grave a ser evitado: o de "A" ou o de "B".

A par disso, Coase também critica um "otimismo institucional"⁸⁶ que permeia a estrutura ideal à condução do processo de internalização das externalidades, residente na eficiência atribuída, ao Poder Judiciário, à solução de conflitos jurídicos.

Segundo o autor, o uso da máquina administrativa estatal, titular do monopólio da regulação extrafiscal, poderia gerar custos superiores àqueles produzidos pela externalidade combatida⁸⁷. Nessa linha, sugere que o desate da questão parta de análise comparativa entre as prováveis performances do Estado e do mercado na internalização dos efeitos externos, acabando por concluir que, em regra, a negociação privada é menos custosa.

Em síntese, a idéia proposta por Coase preconiza que o custo social, constituiria uma falsa premissa a justificar a intervenção pouco profícua do Estado no domínio econômico. A solução eficiente do problema das externalidades, a seu ver, residiria na auto-regulação do mercado, através da negociação ótima dos efeitos externos entre os próprios sujeitos enredados no conflito.

3.2.3. Guido Calabresi

⁸⁵ PACHECO, Pedro Mercado. **Introdução à teoria econômica dos "property rights"** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3206> acesso em 05.10.2006.

⁸⁶ PACHECO, Pedro Mercado. **Introdução à teoria econômica dos "property rights"** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3206> acesso em 05.10.2006.

⁸⁷ Exemplo do custo do poder judiciário, e dos valores pagos aos empregado.

Guido Calabresi, autor Norte-americano descendente de italianos, desenvolveu suas investigações nos EUA, tendo estudado Direito e Economia nas universidades de Oxford e Yale, sendo que aos trinta e dois anos já havia ingressado, como docente, nesta Universidade (Yale).

Seu primeiro Art., intitulado “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts (Algumas Considerações sobre a Distribuição de Riscos e o Direito sobre Ilícitos Civis), datado de 1960, e que trata, pela primeira vez, sobre a interpretação racional (entendida em termos de eficiência), das regras de responsabilidade civil, indicava a área de estudo a que Calabresi se dedicou com maior ênfase, durante toda sua vida.

Guido Calabresi parte do princípio de que o sistema de responsabilidade civil baseado na culpa apresenta altíssimos custos, ”onde cada sinistro é considerado como um universo em si mesmo”⁸⁸.

Compreendeu, este autor, que a teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva faz surgir um sistema individualizado entre o ofensor e o ofendido __ quase sempre sustentado pelo desejo de vingança deste último __, cuja relação dual não satisfaz as necessidade atuais da sociedade, sobretudo porque acidentes (como de transito, de trabalho, por produtos ou serviços defeituosos fornecidos ao consumidor etc...), não são fatos eventuais, constituindo, ao revés, um problema geral que atinge a todos.

É por esta razão que Guido Calabresi sustenta a substituição deste sistema de Responsabilidade Civil Subjetiva, por outros que contemplem a responsabilidade objetiva de empresas (fornecedores de produtos), ou mesmo um seguro social.

Em um sistema cuja responsabilidade inexistente (é ausente), há o estímulo para que a vítima em potencial (por exemplo, o pedestre), atue com uma preocupação eficiente, o que não ocorreria em um sistema com responsabilidade objetiva (independente de culpa), posto que neste caso não se estimula, que a vítima tenha precaução eficiente.

⁸⁸ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 127.

Ocorre, no entanto, que geralmente quem deve ser estimulado a ter precaução não é a vítima em potencial, mas sim o agressor potencial, eis que é este quem, geralmente, causa acidentes.

Com a regra de responsabilidade objetiva, nos lembram Robert Cooter y Thomas Ulen, “faz-se com que o agressor internalize os custos e os benefícios marginais da precaução, o que lhe incentiva para a precaução eficiente”⁸⁹.

Questão interessante, a respeito dos estudos de Guido Calabresi, surge quando o comparamos com a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro.

Se, por conta do Poder Judiciário brasileiro a satisfação de um direito, via jurisdição, é difícil, isto estimula que o agressor em potencial não atue com precaução eficiente, haja vista que conhecedor do fato de que sua imprudência quase nunca lhe acarretará prejuízo.

No entanto, e isto é a outra face deste fato, este mesmo sistema, por conseguinte, acaba por estimular a precaução da vítima em potencial, visto que conhecedora do fato de que em eventual acidente que venha a se envolver, dificilmente terá satisfeita uma justa indenização.

3.2.4. Richard Posner

Richard Posner, professor na Universidade de Chicago e juiz federal nos Estados Unidos da América, apresenta, na década de 1970, a primeira obra específica a respeito da Análise Econômica do Direito. Trata-se do livro *Economic Analysis of Law*.

Este autor centra seus estudos na aplicação da teoria microeconômica, ou seja, da parte da ciência econômica que estuda o comportamento dos atores do mercado, “para

⁸⁹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p. 389.

descrever, reformular e criticar alguns aspectos do Direito e do Sistema Legal”⁹⁰, sempre buscando adequar o Direito à realidade da sociedade, considerando, para tanto, como paradigma de destinatário da norma, a figura do *homo economicus*.

Richard Posner elenca três premissas básicas à Análise Econômica do Direito⁹¹:

- i) Os indivíduos se comportam como maximizadores racionais de seu bem-estar pessoal, mesmo quando realizam decisões não relacionadas a atividades mercantis, como, por exemplo, quando escolhem entre cometer ou não cometer um delito;
- ii) As leis se estabelecem para imporem preços (ou algumas vezes subsídios) a estas atividades alheias ao mercado;
- iii) Frequentemente é possível entender as normas criadas por juízes sujeitos ao sistema anglo-saxão (ou de direito consuetudinário), como esforços, conscientes ou não, para obter resultados eficientes, entendendo-se, esta eficiência, no sentido de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

O ineditismo da tese de Richard Posner encontra-se precisamente nesta última premissa, ou seja, em aplicar a teoria econômica ao sistema de direito consuetudinário, sustentado, que as decisões judiciais (no sistema do *comom law*) orientam-se pelo esforço, do julgador, em obter resultados que externalizem a eficiência de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

Algo é eficiente, no sentido de Pareto, ou em outras palavras, algo alcança o Ótimo de Pareto, quando “não for possível melhorar a situação, ou mais genericamente a utilidade, de um agente sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico”⁹².

⁹⁰ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 137.

⁹¹ POSNER, Richard; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: *Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura*. 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 227.

⁹² MELLO, Jose Luiz Pastore. **Em caso de Divorcio Consulte um Matemático**. Folha de São Paulo, 06.05.2003, , p. 3.

A solução que alcança a eficiência de Pareto será aquela que puder ser obtida de forma que a alternativa escolhida atinja um valor amplo em todos os critérios e não possua um decréscimo simultâneo.

Sob a eficiência de Pareto, um resultado é mais eficiente quando uma pessoa que é beneficiada por determinada medida, sem que isso prejudique outra pessoa. Já sob a eficiência de Kaldor-Hicks, um resultado mais eficiente pode deixar algumas pessoas prejudicadas, ante o benefício de outras, no entanto, estas pessoas beneficiadas poderiam, em tese, compensar aquelas prejudicadas, o que conduziria a um resultado ótimo de Pareto.

Portanto, a eficiência no sistema de Kaldor-Hicks repousa no fato de que tendo em vista ser praticamente impossível se alcançar a eficiência de Pareto, haveria eficiência naquela situação em que se demonstre a possibilidade de o beneficiado com a alteração de determinada situação, compense o prejudicado. Trata-se da idéia da compensação potencial⁹³. O julgador preferirá aquelas decisões que, a par de beneficiar um dos demandantes, não prejudique o outro.

O Juiz Posner dá o seguinte exemplo de uma decisão eficiente no sentido de Pareto ou Kaldor-Hick⁹⁴: imagine-se que uma pessoa, denominada “X” assina um contrato para entregar a “A” 100.000 (cem mil) peças a 10 centavos cada uma. Depois de ter entregue 10.000 peças, aparece “B” e diz a esta pessoa que precisa, desesperadamente, de 25.000 peças sendo que, caso contrário, terá que fechar sua fábrica com grandes perdas, e lhe oferece 15 centavos por peça. “X” vende as peças a B e, em consequência, não consegue entregar as peças ao contratante “A”, causando a ele uma perda pelo valor de \$ 1.000. Como “X” obteve um lucro adicional de \$1.250 na venda ao contratante B, ele acaba ficando melhor depois de ter indenizado A pela sua perda, e B também, pois a indenização reparou seu lucro cessante.

⁹³ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 27.

⁹⁴ DÍAZ, Julio Alberto. **“Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner**, acesso do jus navegandi em 29.11.2006.

O rompimento, diz Posner, foi superior a Pareto, no sentido de que alcançou-se um ponto de equilíbrio acima do anterior, pois ambos contratantes originários, mais o terceiro que surgiu depois, acabaram em melhor situação daquela em que se encontravam, sem que ninguém tivesse sido prejudicado, o que levaria a chancela do sistema jurídico do *comom law*.

3.3. METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A fim de se levar a cabo, de modo minimamente correto, a compreensão do que seja a Análise Econômica do Direito, é imprescindível se notar que ela possui metodologia própria, isto é, que ela possui métodos próprios de como fazer e relatar seus feitos.

Ao se considerar que o conhecimento e a experiência, explica Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, “não se transmitem, podendo sim, serem informados”, surge a necessidade da metodologia, “em suas expressões de utilidade e necessidade, enquanto conjunto de estrutura técnicas como meio de criação na informação do conhecimento”⁹⁵

Decorre desta metodologia própria da Análise Econômica do Direito, o surgimento de novos métodos à compreensão que se deve fazer sobre as normas, se buscando um raciocínio mais generalista e analítico.

3.3.1. Raciocínio Generalizante.

A Análise Econômica do Direito tem um maior nível de generalização na análise da norma. Bem se sabe que os juristas tendem tradicionalmente a pensar em termos

⁹⁵ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **A inteligência Ética das Metodologias Jurídicas.** In *Argumentum* __ Revista de Direito. Vol. 2. Marília. Editora: Universidade de Marília, 2002, p. 61.

particulares, isto é, considerando o caso concreto, enquanto que os economistas, ao contrário, tendem a pensar em termos matemáticos e abstratos⁹⁶.

Pela generalização se busca identificar quais as conseqüências possíveis de uma norma, o que, nem sempre ocorre quando de sua compreensão tradicional, seja porque esta é feita buscando a solução de um caso concreto, ou senão, porque geralmente, os textos doutrinários, preocupam-se com aquilo que a norma diz, mas não com aquilo que o destinatário da norma pretende fazer em razão dela.

Seguramente, por exemplo, quando da interpretação que se faz do Art. 520 do Código de Processo Civil, os exegetas se preocupavam em dizer o que viria a ser os efeitos suspensivos e devolutivos de um recurso, mas nenhum deles notou que para o destinatário da norma isto significaria a possibilidade de recurso que tão-somente por seu ingresso, já favoreceria aquele que fora prejudicado pela sentença judicial.

Não fez parte da análise dos juristas o fato de que o destinatário da norma, com uma regra neste sentido, estaria sendo estimulado a recorrer, mesmo aqueles destinatários cientes de que este recurso seria improvido.

É pela generalização ínsita a este movimento filosófico que se pode perceber que as normas (tanto as gerais e abstratas, quanto as concretas e individuais) apresentam externalidades.

As externalidades, na economia, são efeitos que a produção ou o consumo de um bem acarreta sobre os indivíduos, apesar de este custo não refletir em seu preço.⁹⁷

Ao se transportar este conceito (nitidamente econômico) à Ciência Jurídica, pode-se entender a externalidade (em termos jurídicos), como o efeito que a norma terá àquelas situações não previstas na norma.

⁹⁶ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 20.

⁹⁷ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 583.

Portanto, é quando se generaliza que se permite notar qual relação esta norma terá não apenas àquelas situações nelas prescritas, mas sim em outras que lhe são interdependentes.

3.3.2. Raciocínio Analítico.

Em decorrência a esta generalização, o raciocínio analítico visa a aplicação de técnicas analíticas a questões jurídicas.

Com estas técnicas, que envolvem questões de microeconomia, matemática, análises de sistemas e provas estatísticas, se permite, àquele que analise o Direito “determinar qual norma é mais meritória para a sociedade”⁹⁸.

É com base nestas técnicas analíticas que tanto o trabalho do legislador (que cria normas gerais e abstratas) quanto do julgador (que cria normas concretas e individuais) deveria balizar suas técnicas decisórias, isto é a respeito de qual norma criará.

Esta técnica analítica é utilizada, por exemplo, quando se trata do tema afeto ao limite do possível à efetivação de direitos sociais.

Ana Paula de Barcellosa sustenta que:

a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico das limitações dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas, significando que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos⁹⁹.

⁹⁸ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 236.

Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo¹⁰⁰.

A técnica analítica, portanto, é que permite se aproximar do fenômeno jurídico outras realidades que lhe influenciam, como, por exemplo, a questão concernente à exaustão da capacidade financeira do Estado, face a direitos que este mesmo Estado pretende disponibilizar a sua população.

3.4. CONCEPÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

A ciência econômica, a par de método e objeto próprio, possui também argumentos que guardam pertinência à teoria econômica.

Estes argumentos, explica Diva Benevides Pinho¹⁰¹ são identificados como argumentos positivos, que dizem respeito ao que “é, foi ou será”, ou seja, argumentos atrelados a fatos da realidade, e argumentos normativos, que referem-se ao que “deveria ser”.

A economia normativa é uma abordagem que procura determinar como se pode manipular a economia para atingir determinados objetivos específicos. Enquanto a economia positiva é uma abordagem que tem por preocupação determinar os fatos tais quais eles existem.

Com base nestas espécies de argumentos, que informam a teoria econômica, a Análise Econômica do Direito consigna que ela também apresenta esta dupla concepção, uma voltada ao elemento normativo da economia, e outro ao elemento positivo.

3.4.1. Análise Positiva

¹⁰⁰ Op. Cit, p. 237.

¹⁰¹ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 6.

A Análise Econômico-Positiva do Direito visa explicar o mundo tal qual ele é, para, inclusive, por conta de saber como ele é, predizer o que ele será¹⁰², é através dela que se pode prever qual a conduta social decorrente de uma norma.

Quando se estuda esta conduta social, fruto da norma jurídica, se está fazendo a Análise Econômico-Positiva do Direito.

A Análise Econômico-Positiva tem, segundo Richard Posner, dupla face.

Uma, que refere-se ao estudo do comportamento decorrente do sistema legal, e outra atinente ao comportamento decorrente da estrutura do sistema.

A Análise Econômico-Positiva do direito, portanto, naquela primeira face, se preocupará, por exemplo, com quais seriam as conseqüências de se estabelecer, por exemplo, uma legislação trabalhista que protegesse em demasia a maternidade.

A proteção da maternidade, no mercado de trabalho, representará um custo ao empregador que não ficará estimulado a contratar mulheres que possam ter filhos.

É por esta face da Análise Econômico-Positiva do Direito que se nota que nem sempre, por exemplo, uma regra que vise a proteção de determinada categoria, alcançará este resultado, mormente porque esta proteção se travesti, efetivamente, em um custo.

Já na segunda face, se pretende identificar como agirá, o destinatário de uma norma, tendo em vista o a estrutura do sistema legal ou, melhor explicando, a estrutura do sistema de solução de conflitos.

¹⁰² ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, nota 24, p. 13.

O sistema brasileiro de solução de conflito, a par de um Código de Processo Civil irracional, que é orientado à perpetuação das disputas judiciais, é moroso, ineficiente e com decisões que pecam pela falta de previsibilidade, mostrando-se incapaz de dar, ao jurisdicionado, uma resposta satisfatória a sua pretensão.

Os infindáveis recursos, o acúmulo de processo, o alto custo do Poder Judiciário refletem na sociedade, seja para estimular que os maus pagadores não cumpram com suas obrigações, seja para que se transfira ora ao mercado consumidor, ora aos contribuintes, o custo desta morosidade.

Os grandes fornecedores de produtos e serviços, ou o próprio Estado, cientes do custo que o processo brasileiro representa, transferem, este custo, ao preço de seus produtos e serviços ou senão à carga tributária.

Pela estrutura judiciária brasileira estimular a demanda, resta óbvio que aqueles que têm problemas financeiros preferirão demandar a, por exemplo, no caso das empresas, buscarem sua recuperação judicial (prevista na Lei 11.101/2005).

O custo de um processo de recuperação judicial (inclusive porque em não sendo ele bem sucedido, isto redundará em falência do empresário) é muito maior do que este empresário demandar com seu credor.

No Brasil, um dos estudiosos que se dedicam a este tema é Armando Castelar Pinheiro¹⁰³, cujos estudos visam traçar um perfil tanto do magistrado nacional, quanto do Poder Judiciário Brasileiro.

3.4.2. Análise Normativa

¹⁰³ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Editora Campos, 2005, p. 244.

Pela Análise Econômico-Normativa do Direito se visa a apresentação de propostas que tornariam o Direito mais eficiente, isto é, com a “a aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”¹⁰⁴.

Em termos econômicos esta eficiência existe quando se atinge o valor máximo proposto pelo vendedor, comparado ao valor máximo que se tem a intenção de pagar, havendo, portanto, ganho para ambas as partes. No contexto jurídico a norma será eficiente na medida em que ele traduzir um resultado economicamente positivo.

Recentemente, no Brasil, várias normas estão buscando esta eficiência, podendo se citar a título de exemplo, a súmula vinculante, posto que ela retira a possibilidade de um recurso àquelas matérias cujo entendimento já se encontra apascentado nos tribunais superiores.

Com esta exclusão da possibilidade recursal, se está positivando o valor eficiência, na medida em que uma norma neste sentido torna o Poder Judiciário mais célere, e elimina recursos cujo resultado seria de total improvimento. O processo, com esta medida, portanto, tem reduzido seu custo social.

Também é regra que positiva o valor eficiência, aquelas que condicionam o acesso ao segundo grau de jurisdição (inclusive a administrativa), à efetivação de depósitos recursais. O custo de depósito não estimula o recurso da parte, quando esta tem ciência que o mesmo tem condão exclusivamente protelatório.

Toda sanção, conforme já visto neste trabalho, visa que se cumpra uma norma, entretantes, o que defende a Análise Econômico-normativa do Direito, é que esta sanção seja dimensionada, de tal forma que dê eficiência à norma.

¹⁰⁴ SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**, In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005, p. 81.

Outro exemplo de positivação do valor eficiência, dá-se àquelas hipóteses em que se inverte o ônus da prova em favor do hipossuficiente (notadamente em matérias consumeristas e trabalhistas).

Com esta inversão, o hipossuficiente tem reduzido o custo do processo, ou seja, o custo de se produzir determinada prova, o que facilita a concretização do Direito, já que o empregador ou mesmo o fornecedor não poderá se imiscuir de cumpri-lo sob o argumento de que inexistente a prova de determinado fato.

Toda disposição que elimina custos à consecução de um Direito, é uma norma eficiente, o que dá-se, também em matéria processual, quando se exige de uma parte não necessariamente a verdade real, mas, ao revés, a mera verossimilhança a invocação de presunções ou máximas de experiência.

Com estes juízos de verossimilhança ou probabilidade se reduz o custo da busca da verdade real, inerentes à satisfação dos direitos do jurisdicionado, bastando, outrossim, que a decisão judicial afirme apenas o que é provável.

Também é fruto da Análise Econômico-Normativa do Direito, a criação, no direito tributário, do fato gerador presumido¹⁰⁵, técnica pela qual o contribuinte quita o tributo antes da ocorrência do evento tributário. E o mecanismo de retenção de imposto de renda na fonte pagadora. Nestes casos se minimiza o custo integrante da exigência fiscal, correspondente a comprovação de existência do fato gerador, bastando, ademais, tão somente a presunção de que ele ocorrerá para que haja a cobrança do tributo.

3.5. PERSPECTIVAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O avanço no estudo da Análise Econômica do Direito no EUA e Europa já fez surgir as perspectivas neo-institucional, de eleição pública e o estudo crítico do direito.

¹⁰⁵ Constituição Federal. Art. 150, § 7º.

3.5.1. Neo-Institucional

A polissêmica palavra instituição decorre do latim *institutio*, de *instituere*, significando tanto o ato ou efeito de instituir, criar, fundar, estabelecer alguma coisa duradoura, quanto, organizar, ordenar.

Desta gama de significados, explica Rachel Sztajn¹⁰⁶, pode-se extrair um eixo comum, trata-se do fato de que a instituição denota um grupo de princípios e regras, ainda que não jurídicas que configuram relações sociais ou grupo de relações sociais.

Para o Direito o termo instituição é sinônimo da expressão ordenamento jurídico, representando, ainda, a ordenação sistemática de determinada disciplina, por exemplo: o Direito Civil, é uma instituição, o Direito Cambiário é outra instituição, e assim sucessivamente.

À escorreita idéia de instituição é importantíssimo termos em linha de estima a explicação de North, citado por Basília Aguirre, para quem “instituições são as regras do jogo, enquanto as organizações são as equipes que jogam o jogo”¹⁰⁷.

Se tradicionalmente a Análise Econômica do Direito empresta, ao termo Direito o significado de regra de conduta (norma), na perspectiva neo-institucional o termo direito é entendido como Instituição, ou seja, como um conjunto organizado de regras.

Nesta perspectiva da Análise Econômica do Direito, se pretende averiguar qual conduta o *homo economicus* terá não necessariamente face a uma norma, mas sim face a um conjunto de normas organizadas. Este estudo concentra-se, precipuamente, sobre temas concernentes ao Direito de Propriedades e aos Custos de Transação.

¹⁰⁶ SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. **Mudanças Institucionais**. In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005, p. 228

¹⁰⁷ Op. Cit., p. 235.

Até a década de 1960, a Ciência Econômica reservava o tema de contratos apenas à Ciência Jurídica, máxime porque em seus modelos abstratos, lembra Paulo Furquim de Azevedo¹⁰⁸, “ela (a Ciência Econômica) supunha que as interações econômicas eram feitas por pessoas com capacidade cognitiva ilimitada e que tinham à sua disposição, sem custo, toda a informação relevante de que necessitavam”.

Supunha-se, em flagrante equívoco, que não haviam custos nas transações, sendo, portanto, pouco relevante discutir o modo que uma transação era feita.

Ronald Coase, conforme já foi explicado neste Capítulo, fez notar que a celebração de contratos envolvia custos, em especial aqueles decorrentes do fato de que a racionalidade é limitada, ou seja, de que os indivíduos têm uma capacidade limitada de compreender e processar as informações.

O indivíduo completamente racional, explica David M. Kreps, pode prever tudo que poderia acontecer, para avaliar e eleger uma forma ótima, entre as diferentes que lhe são apresentadas, e realizar sua escolha, em um abrir e fechar de olhos, sem que em tal decisão ele atraia qualquer custo.

Todavia, no entanto, para indivíduo limitadamente racional maximizar seu bem estar pode ser custoso, já que ele é incapaz de prever todas as contingências que envolvem sua escolha. Consciente desta incapacidade, este indivíduo acaba por tomar providencias anteriores ou posteriores à sua escolha, o que atrai para ela o custo correspondente a esta providencia.

À Análise Econômica do Direito, em sua perspectiva Neo-Institucional, são fatores do custo de transação: i) externalidades; ii) deficiência de informação; iii) monopólio ou oligopólio.

Os custos externos à estipulação do preço, isto é, os custos estranhos à produção do bem ou serviço, também conhecidos como externalidades, são o primeiro fator à

¹⁰⁸ SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005, p. 114.

caracterizar o custo de transação. A externalidade altera o preço do produto, com prejuízo ao mercado consumidor, exigindo-se, “uma ação legal corretiva”¹⁰⁹.

A deficiência de informação é outro fator que contribui para o custo de transação, na medida em que o indivíduo que não tem plena consciência do objeto (bem ou serviço) que adquire, estará quitando um preço superior àquele que quitaria caso soubesse deste fato.

O Código Consumerista, ao garantir o direito de informação ao consumidor, e o próprio Código Civil de 2002, quando positiva o princípio da boa-fé objetiva visam eliminar este custo.

Finalmente há o monopólio e o oligopólio como fatores que contribuem para o custo de transação, em especial porque o *homo economicus* nesta posição tenderá a elevar o preço de seu produto (bem ou serviço) a valor superior àquele que existiria no caso de concorrência.

Por conta da nocividade do monopólio e oligopólio estes são vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos casos previstos na Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

3.5.2. Eleição Pública

Um instituto de investigação da universidade de Michigan perguntou, durante mais de 20 anos, a norte-americanos, se eles achavam que o governo estava manejando os grandes interesses de alguns poucos ou se ele buscava o interesse de todos¹¹⁰.

¹⁰⁹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpressão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999, p. 268.

¹¹⁰ FARBER, Daniel A.; ROEMER, Andrés (compilador). **El Derecho Penal Y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión**, in *Derecho Y Economía: Una Revisión de la Literatura*, Cidade do México: Editoras Centro de Estudios de Governabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 251.

Em 1964 menos de 1/3 (um terço dos) entrevistados adotaram a teoria de que o governo defendia o interesse de alguns poucos, sendo que em 1982 mais de 60% (sessenta por cento) dos entrevistados filiaram-se a esta idéia.

Dados como estes fizeram surgir a perspectiva da Eleição Pública, na Análise Econômica do Direito, máxime porque esta teoria visa aplicar a noção de que o *homo economicus* também tem uma ação política, seja enquanto eleito, seja enquanto eleitor.

Dennis Mueller, de modo conciso explica que para a Eleição Pública se busca “o estudo econômico da adoção de decisões que pertencem a situações extra-mercado, ou simplesmente, a aplicação da econômica à ciência político”¹¹¹. Aplica-se, portanto, ao objeto de estudo da ciência política, ou seja, a Teoria do Estado, as regras de campanha política, o comportamento dos eleitores, a política dos partidos, a burocracia estatal e assim sucessivamente, a premissa básica da ciência econômica que é aquele de que o homem é um ser egoísta, racional e maximizador de seu bem-estar¹¹².

Em lugar da suposição de que os legisladores votem para promover seus ideais a respeito do interesse público, os teóricos da eleição pública postulam que os legisladores são motivados somente pelo interesse próprio, em particular maximizando a possibilidade de reeleição.

Em razão das idéias difundidas por este movimento filosófico se põe em cheque postulados que embasam o Direito Público, máxime os princípios decorrentes do regime democrático, que passam a merecer, do jurista, um olhar mais crítico.

Não mais é suficiente, à implantação de uma política pública, sua legalidade (adequação à lei), fazendo-se necessário, a bem da verdade, que esta goze de legitimidade, devendo, o conteúdo das leis, ser a expressão de um ato da soberania popular.

¹¹¹ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 57.

¹¹² Op. Cit, p. 57.

A perspectiva da eleição pública, em matéria de Análise Econômica do Direito, possui uma concepção normativa e uma percepção positiva, sendo que na primeira se pretende explicar como as entidades políticas e burocráticas se comportam realmente, quando se supõe que os atores políticos são maximizadores de seus interesses próprios em relação a algo (votos, orçamentos das entidades estatais, benefícios, utilidades etc...), enquanto que na segunda se visam especificar as regras de procedimento às eleições públicas que possuam força deontológica (moral).

Na concepção normativa, explica Jose Ramon Cossio Diaz¹¹³, este movimento esta centrado em três aspectos da democracia representativa: 1) O comportamento dos representantes e dos partidos políticos tanto durante uma campanha eleitoral, quanto já eleitos; 2) O comportamento dos eleitores quando da seleção de seus representantes; 3) A comparação dos resultados obtidos sob a influencia de uma democracia representativa e aqueles obtidos sob a influencia de uma democracia direta.

Urge reconhecer que o maior mérito destes pressupostos é o reconhecimento da falibilidade dos representantes populares, não havendo como se negar, salvo em exceções que se admite exclusivamente para que se confirme a regra, que estes representantes direcionam suas ações voltadas exclusivamente ao interesse próprio. Quando o Direito não admite este fato ele divorcia-se da realidade.

Em razão dos resultados da concepção normativa (que descreve o fenômeno político, tal qual existente), a concepção positiva preocupa-se em prescrever quais mecanismos jurídicos deveriam adotar-se para a melhora das instituições políticas.

Por conta da perspectiva de Eleição Pública, na Análise Econômica do Direito, se passa a questionar até que ponto o fato de uma decisão política ser por maioria a torna mais democrática, inclusive porque à caracterização da democracia passa-se a exigir o respeito a garantias e direitos individuais.

¹¹³ DIAZ, José Ramón Cossio. **Derecho y Análisis Económico**. México: Edição conjunta do Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 215.

O respeito aos direitos das minorias é *conditio sine qua non* para o regime democrático, tanto que para Geraldo Ataliba:

A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso - por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas¹¹⁴.

A célebre frase do Primeiro-ministro britânico Winston Churchill, para quem “a democracia é o pior regime político, exceto todos os outros”, ganha novo alcance com a perspectiva da Eleição Pública da Análise Econômica do Direito, máxime porque esta a exigir novos paradigmas para o enfrentamento de questões pertinentes à democracia (em especial a representativa), se devendo caminhar cada vez mais em direção a uma democracia direta.

A crítica que Roberto Mangabeira faz aos modelos convencionais de Democracia, adequam-se integralmente ao que defende esta perspectiva da Análise Econômica do Direito. Explica este autor que:

As modernas concepções de democracia transitam do cínico para o idealístico. No pólo idealístico encontra-se uma noção segura de soberania popular, qualificada em seu próprio interesse pelas exigências da rotatividade dos partidos nos cargos, hábeis para sobreviverem intactos à transição de uma democracia direta para uma democracia representativa. No pólo cínico, encontra-se a variante do ideal democrático que afirma estar satisfeita com a permanente competição entre as elites, conquanto que os concorrentes eventualmente contem com apoio popular”¹¹⁵.

3.5.3. Estudo Crítico do Direito

Tradicionalmente à Análise Econômica do Direito, parte do pressuposto de que o homem é uma maximizador racional de seu bem-estar, tendo sua atuação balizada por incentivos ou custos decorrentes da norma.

¹¹⁴ ATALIBA, Geraldo. **Constituição e República**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 98.

¹¹⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**. tradução Arnaldo Godoy, site <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/docs/introd2.doc>, acesso em 08.12.2006.

Por outro giro, o movimento jusfilosófico crítico do direito (*critical legal studies*), que surge nos Estados Unidos da América no ambiente da contra-cultura e de experimentos esquerdistas que plasmou a década de 1970 naquele país¹¹⁶, parte da concepção de que o conceito “econômico para o comportamento racional depende de uma perspectiva ideológica subjacente”¹¹⁷. Em síntese: para este movimento, o comportamento apenas é racional porque vai de acordo com uma ideologia política específica.

Certamente o *homo economicus* é fruto de um sistema político-social no qual se encontra inserido. Ao se notar que, por exemplo, na tribo africana dos Barotse “o direito de propriedade não define os direitos que as pessoas têm sobre as coisas, mas sim as obrigações entre pessoas e relação as coisas”¹¹⁸, pode-se perceber que, para este povo, a propriedade não se trata de um bônus, mas sim de um ônus, o que afasta, em consequente, os interesses que eles teriam à consecução de bens.

Esta corrente jusfilosófica, que, dentre seus criadores encontra-se o jurista brasileiro Roberto Mangabeira Unger, baseia-se na lição de Max Weber, para quem “as estruturas formais das doutrinas jurídicas devem ser submetidas a uma crítica desmistificadora encaminhada a revelar sua função social latente”¹¹⁹.

Este movimento, destarte, não mais se conforma em ser caracterizado como pertencente a um realismo jurídico, mas sim a um pós-realismo, inclusive porque para ele, explica Mark Tusnet¹²⁰, o Direito é um instrumento de domínio social, econômico e político, tanto no sentido de apoiar os interesses concretos dos dominadores, como em legitimar a ordem social existente.

¹¹⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 9.

¹¹⁷ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 77.

¹¹⁸ Op. Cit, p. 100.

¹¹⁹ COASE, Ronald; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: *Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura*. 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 565.

¹²⁰ Op. Cit, p. 75.

Este movimento apresenta as seguintes características¹²¹:

1ª) constitui um ataque a toda espécie de formalismo: partindo, este movimento, da premissa de que o formalismo e o legalismo não passam de uma fachada para opressão dos debilitados, pelos poderes, os partidários deste movimento tratam de demonstrar a indeterminação da doutrina jurídica, em especial porque qualquer conjunto de princípios jurídicos pode ser utilizado para que se advenham decisões contratantes e contraditória, o que, a rigor estimularia que indivíduos vorazes atuassem de modo antisocial;

2ª) néo-marxismo: trata, este movimento, de tentar demolir o liberalismo, considerado como uma máscara para a exploração e a injustiça. O direito serviria, no mundo liberal, exclusivamente com o propósito ideológico de “disfarçar” a exploração com uma justiça aparente, de tal forma que induz que os explorados apoiem o “sistema” e a sua própria opressão;

3ª) Utópico e teórico: Os jurisconsultos ligados a este movimento buscam uma idéia última que possa explicar o mundo tal qual ele é, ou seja, repleto de asperezas. Duncan Kennedy, professor na Universidade de Harvard, ilustra a utopia deste movimento, quando, explica que “tanto o estado, quanto o juiz, estão condenados a desaparecer a medida que as pessoas tiverem consciências de sua fraternidade, sem embargo, nós obteremos dita meta somente quando superarmos nosso individualismo recíproco”¹²².

4ª) preocupação com as hierarquias ilegítimas: o Movimento Crítico Jurídico visa uma análise histórica e sócio-econômica para identificar como os grupos de interesse ou as classes sociais privilegiadas se aproveitam das decisões judiciais apelar da indeterminação das leis.

¹²¹ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 76.

¹²² MATTEI, Ugo; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: Derecho Y Econoía: Una Revisón de La Literatura. 1ª reimpresión. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 377.

Importa destacar, ainda que se à Análise Econômica do Direito, em sua concepção normativa, as normas devem buscar a eficiência, à Escola Crítica do Direito, o direito é política sendo que “esta assertiva caracteriza o núcleo conceitual do movimento”¹²³.

De comum entre perspectiva tradicional da Análise Econômica do Direito e a Escola Crítica do Direito, há o fato de que ambas representam ataques contra a postura dominante das escolas de direito, inclusive porque as duas decorrem do realismo jurídico.

A primeira foi considerada como um ataque contra uma política liberal incidente sobre a propriedade, a segunda é considerada como um ataque da esquerda contra estes mesmos pontos.

Não se pode esquecer, outrossim, que a movimento da Escola Crítica do Direito rivaliza com a perspectiva tradicional da Análise Econômica do Direito¹²⁴. Havendo diferenças mais marcantes entre estas escolas, quanto a possibilidade de se construir explicações objetivas sobre a operabilidade do Direito na sociedade.

Enquanto a Análise Econômica do Direito, em sua perspectiva tradicional, lança mão de métodos tradicionais da ciência econômica, a Escola Crítica do Direito¹²⁵ fixa suas idéias e métodos em fontes ecléticas e disciplinas como a teoria crítica, que pode assumir, segundo Marilena Chauí, “uma postura negativa quando diz não ao senso comum, ou positiva, quando indaga sobre a essência das coisas”¹²⁶. Um pensamento crítico pressupõe, portanto, uma idéia de crise ou questionamento e de ruptura.

Finalmente é de se sublinhar que a Escola Crítica do Direito é de relativo desconhecimento no Brasil, sendo que os únicos¹²⁷ trabalhos aqui publicados sobre o tema são

¹²³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 10.

¹²⁴ Op. Cit, p. 10.

¹²⁵ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 81.

¹²⁶ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 1.995, p 87.

¹²⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 10

de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Introdução ao Movimento Critical Legal Studies) e de Antonio Carlos Wolkmer (Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico).

Instando, ainda, revelar que esta escola é totalmente divergente do Direito Alternativo. O Direito Alternativo não se contenta com a crítica ao *status quo*, mas vai além e, lastreando-se em uma interpretação teleológica da lei, atrelada aos valores de justiça e equidade, que seriam os parâmetros ou medidas erigidas em fundamentos de nossa Constituição, desde seus mais primaciais desdobramentos, quais sejam seus arts. 1º, 3º e 5º, buscar a criação, pelo julgador, de uma “norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincidindo o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativa”¹²⁸.

3.6. CRÍTICAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tanto a concepção positiva, quanto a normativa da Análise Econômica do Direito são objetos e crítica.

A crítica à concepção positiva é realizada por Guido Alpa nas seguintes termos: “a crítica é fundada sobre uma consideração óbvia: o comportamento do indivíduo se origina de uma pluralidade de motivações, que não podem ser todas explicadas em termos econômicos”¹²⁹.

Conforme já se indicou neste trabalho, todo o comportamento humano é um comportamento aprendido. A par disso, os pressupostos filosóficos e sociológicos do racionalismo econômico, são recheados de argumentos à confirmar a existência do *homo economicus*.

¹²⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 120.

¹²⁹ FARIA, Guiomar T. Estrella Faria. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1994, p. 60.

Já a concepção normativa tem sua crítica no fato de que a busca pela eficiência não é um valor prioritário da sociedade¹³⁰, para que possa ser positivado através das normas.

Há, por certo, em torno do debate entre a eficiência e a justiça, uma questão de fundo referente às possibilidades de definição do direito levando-se em consideração sua finalidade. O fim do direito é o justo, o bem comum, o interesse geral, a proteção dos indivíduos, a solidariedade?¹³¹

Se trata, fundamentalmente, de se localizar qual o lugar a que corresponde a riqueza em uma sociedade. Efetivamente o benefício econômico é uma das partes do bem-estar social, o que exige, à compreensão da Análise Econômica do Direito, que ela seja levada à cume evitando-se o abuso do elemento econômico, sob pena de se desvirtuar a relação de equilíbrio que deve existir entre o fim (pretendido por uma sociedade), e os meios que se pode utilizar à concretude destes objetivos.

A eficiência econômica deve ser sopesada, com critério, quais os bens juridicamente relevantes (liberdade, vida, propriedade etc), e em que medida, serão sacrificados.

Conscientes destes fatos, os autores que trabalham com a Análise Econômica do Direito¹³² advogam a tese de que “a justiça deve ser uma espécie de veto ou de teste final para certificar a norma eficiente”.¹³³

O que se precisa esclarecer, de mais a mais, é que os valores Justiça e Eficiência não são contraditórios, ao revés, podem, e mais do que isto devem, coexistir, inclusive porque da amplitude que estes termos gozam, deflui a admissibilidade desta coexistência.

¹³⁰ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 191.

¹³¹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. XL.

¹³² POSNER, Richard; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: *Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura*. 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 79.

¹³³ LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho**. Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992, p. 196.

Tanto a Justiça, quanto a Eficiência, são valores encontrados em nossa Carta Magna, tanto que é do texto do Art. 3º da Constituição Federal a indicação de que seriam objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil quer a constituição de uma sociedade justa, quer a garantia ao desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a promoção do bem estar de todos.

Concluindo-se que se justiça e eficiência andam juntas, o que se exige, tão-somente é que resolução da oposição entre esses princípios constitucionais seja feita dando-se a importância à eficiência, apenas até o ponto em que ela não aniquilar o conceito do justo.

A Análise Econômica do Direito é de aplicação ampla, englobando as diversas searas do Direito, até mesmo porque ela centra-se no comportamento humano. Entretanto, em nossa investigação, far-se-á, na seqüência, a aplicação da Análise Econômica do Direito em um tema referente ao Direito Econômico, qual seja a Intervenção, por direção, do Estado na Economia.

4. INTERVENÇÃO, POR DIREÇÃO, DO ESTADO SOBRE A ECONOMIA

Após a identificação das características gerais a que se submete a Análise Econômica aprofundaremos nossa investigação buscando traçar um novo perfil para o tema, próprio do Direito Econômico, referente à Intervenção do Estado na Ordem Econômica.

Este novo perfil é necessário ante a idéia geral da Análise Econômica do Direito, segundo a qual, por força do racionalismo econômico, a resposta do destinatário da norma se motiva justamente pelo desejo de maximização de seu bem-estar.

É decorrente, portanto, do racionalismo econômico, uma estímulo a determinada conduta, ainda que omissiva, do agente econômico, e que nem sempre é o desejado pelo Estado.

O movimento da Análise Econômica do Direito pode contribuir ao estudo da Atuação do Estado na Econômica, trazendo neo-perspectivas a respeito de outras formas e funções que tradicionalmente se aponta quando do estudo deste tema.

Neste ponto do trabalho buscar-se-á fazer uma abordagem a respeito das possibilidades de intervenção de uma norma junto à Ordem Econômica, tendo, por perspectiva a contribuição que a Análise Econômica do Direito pode dar sobre este assunto.

4.1. INTERVENÇÃO SOBRE A ECONOMIA

Comumente se empregam as expressões atuação e intervenção do Estado na Economia, como sinônimas, o que, conforme se fará demonstrar na seqüência, trata-se de um equívoco. Ao tratar deste assunto, Eros Roberto Grau faz a distinção entre atuação na ordem econômica e intervenção na ordem econômica.

Pela intervenção, explica este autor, “há a ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo”¹³⁴, ou seja, em relação ao processo econômico considerando-se a globalidade da ação estatal, inclusive sua atuação sobre a esfera do público, enquanto há a “atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito”,¹³⁵ isto é, quando o Estado atua em área de titularidade da iniciativa privada.

Tradicionalmente a classificação da intervenção do Estado na Economia pode ser vista sob diversos prismas, sendo que Washigton Peluso Albino de Souza¹³⁶, ao cuidar deste assunto, analisa sete destes, a saber: i) histórico; ii) evolutivo do avanço tecnológico; iii) intervenção defensiva, intervenção ofensiva ou intervenção intermediária; iv) quanto à efetivação, que pode ser legislativa ou administrativa; v) indireta, direta não monopolística e de exploração monopolística; vi) por absorção, direção ou indução; vii) direta ou indireta.

Em seu aspecto histórico, segundo Karl Mannheim¹³⁷, a classificação é feita observando-se qual o período histórico em que ela ocorreu, assim, ter-se-ia: i) a intervenção estatal do período absolutista, quando o Estado, todo-poderoso, não distinguia onde atuar; ii) a do período liberal, quando as empresas eram pequenas e o jogo da livre concorrência satisfatório, o que dispensava uma intervenção mais rigorosa; iii) depois o Estado passa a ser um defensor das pequenas empresas, contra as grandes, buscando aliviar os sintomas das crises da economia de mercado; e iv) finalmente, o Estado intervêm para impedir desajustes, aperfeiçoando suas técnicas intervencionistas, o que chegou à era do planejamento econômico.

Há, também, um critério, para esta intervenção, referente ao avanço tecnológico. Amélio Guaita¹³⁸ apresenta este aspecto com a seguinte classificação: i) estímulo e fomento da iniciativa privada; ii) pressão sobre a sociedade para imprimir determinado sentido às suas atividades; iii) serviços que se ramificam em instituições jurídicas situadas

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 173.

¹³⁵ Op. Cit. p. 173.

¹³⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 328.

¹³⁷ Op. Cit. p. 328.

¹³⁸ Op. Cit. p. 328.

fora de tratamento na área administrativa do Estado. Passam a existir políticas públicas de caráter econômico, e não apenas uma administração econômica do Estado.

Um terceiro critério diz respeito a intervenção defensiva, onde se incluem ações como a de tabelamento de preços, ou a intervenção ofensiva, quando o estado cria empresas para atuarem em seu nome, e ainda a intermediária, quando surgem as medidas reguladoras e controladoras.

Quanto a efetivação, a intervenção pode ser legislativa ou administrativa, sendo a primeira àquelas ações que cabe ao Poder Legislativo efetivar, e a segunda, a que caberia, esta efetivação, ao Poder Executivo.

Uma outra classificação, voltada à Carta Constitucional de 1967, e suscitada por Seabra Fagundes, apresenta as seguintes espécies de classificação: i) a disciplina de controle, ou indireta; ii) a de exploração direta não monopolística; iii) a exploração monopolística.

A sexta classificação foi a criada por Eros Roberto Grau, para quem a intervenção¹³⁹ pode ser: i) por absorção ou participação, que ocorre quando o Estado assume ou participa, mesmo que de modo parcial, do capital da unidade econômica que detém o controle patrimonial do agente econômico; ii) por direção, quando o organismo estatal pressiona a economia por normas e mecanismos compulsórios; iii) por indução, que dá-se quando a manipulação do mecanismo de instrumento de intervenção se faz na conformidade das leis do mercado.

Finalmente, uma última classificação é feita a partir do modo de atuação do Estado na ordem econômica, que pode ser direta, através de um Estado-empresa, ou indireta, que é aquela que se realiza mediante legislação reguladora.

¹³⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 330.

Sem embargo da importância destas espécies de intervenção, por uma questão de rigor metodológico, nos aprofundaremos a respeito da intervenção por direção, apontada na classificação de Eros Roberto Grau.

4.2. INTERVENÇÃO POR DIREÇÃO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A intervenção do Estado na Economia é fato inconteste seja ao modelo de estado Liberal, seja para o Social, apenas variando, para estas duas espécies de Estado, o grau de intervenção. No estado Liberal a intervenção é menor do que no Estado Social.

Na intervenção por direção, explica Eros Roberto Grau, “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”.

O comportamento do destinatário da norma varia de acordo com a espécie de norma, máxime porque este destinatário é um *homo economicus* cuja ação orienta-se por critérios de maximização do bem-estar pessoal, razão pela qual não é sempre que, na intervenção por direção, o agir do destinatário da norma coincidirá com aquilo que o Estado pretende.

O Estado, na intervenção por direção, pode editar, segundo a classificação de Pêrsio Arida¹⁴⁰, três espécies de normas: i) a distorciva; ii) a corretiva; iii) a fundante.

4.2.1 Norma Distorciva

A norma distorciva, é aquela norma que distorce o equilíbrio do mercado. São normas editadas com o objetivo de impor valores e que terminam, por muitas vezes, a

¹⁴⁰ ARIDA, Pêrsio; **A Pesquisa em Direito e em Economia**: em torno da historicidade da norma. *In* Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005, p. 63

distorcer o equilíbrio de mercado. O pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência da norma, tenha as propriedades do ótimo de Pareto. O impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo.

É exemplo desta espécie de norma, dentre outras, a limitação da taxa de juros real a 12% (doze por cento ao ano), prevista no Art. 192, § 3º da Constituição Federal de 1988, e já revogada pela Emenda Constitucional nº 40 de 2003. À evidência, se esta regra não tivesse sido declarada não auto-aplicável, seguramente seus efeitos seriam desestabilizadores, com “desintermediação financeira e fuga de ativos reais, com conseqüente desvalorização da moeda, redução da poupança e do investimento”.¹⁴¹

Uma política de juros não pode ser satisfatoriamente desenvolvida sem se aperceber que o destinatário desta norma é um *homo economicus* que espera que os juros variem de acordo com regras mercadológicas, e não por força da intervenção do Estado na Economia.

Outro exemplo de norma distorciva, a luz da Análise Econômica do Direito, foram aquelas editadas para o controle do fenômeno inflacionário, através do congelamento de preço e salários. A inflação pode ser conceituada como “uma aumento contínuo e generalizado no nível de preços¹⁴²”. A inflação representa elevação do preço de todos os serviços e bens em circulação, durante um período de tempo, e não apenas uma elevação esporádica e de alguns produtos.

O processo inflacionário pode ser de duas espécies: inflação de demanda e inflação de custos.

Inflação de demanda ocorre quando há excesso de demanda, em relação à produção de bens e serviços. Pode ser entendida intuitivamente pela expressão “há dinheiro

¹⁴¹ ARIDA, Pécio; **A Pesquisa em Direito e em Economia**: em torno da historicidade da norma. *In* Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005, p 70

¹⁴² PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p 336.

de mais em busca de poucos bens”¹⁴³. Esta espécie de inflação é a mais clássica e existiu no Brasil até meados de 1994, quando houve a implantação do Plano Real.

A inflação, por outro giro, pode ser também denominada como inflação de custos, que é aquela que existe quando o “nível de demanda permanece praticamente o mesmo, mas os custos de certos insumos importantes aumentam e são repassados aos preços dos produtos”¹⁴⁴. Há o aumento dos custos dos produtos, e diminuição da oferta.

Consoante acima dito a inflação brasileira, até meados de 1994, era da espécie inflação de demanda, sendo que em fevereiro de 1986, o governo criou o Plano Cruzado, cuja principal característica era o congelamento de preços e salários. Cabe salientar que esta mesma solução foi utilizada por outras três vezes, à busca de contenção do processo inflacionário. Tratavam-se dos Planos Bresser, Plano Verão e Plano Collor.

Ocorre que este Plano Cruzado teve efeito inverso, com o aumento da inflação, eis que o congelamento dos salários “provocou seu aumento real, o que representou uma pressão violenta de demanda, sem que fosse acompanhada pela expansão da oferta, uma vez que as firmas estavam operando em plena capacidade”.¹⁴⁵

A norma instituidora do Plano Cruzado desconsiderou que o consumidor é um *homo economicus* que, ao ter mais dinheiro em suas mãos, buscaria a aquisição de bens e serviços necessários à sua satisfação pessoal, desconsiderando, ainda, que os fornecedores de bens e serviços se recusariam a vendê-los por preço inferior ao de mercado, o que levou estes agentes econômicos, a retirar produtos da prateleira, ou senão, vendê-los com ágio.

4.2.2. Normas Corretivas

¹⁴³ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 339.

¹⁴⁴ Op. Cit., p. 341.

¹⁴⁵ Op. Cit, p. 349.

A intervenção por direção também pode ser feita através de normas corretivas, que são aquelas editadas à correção de distorções observadas na ordem econômica. Essas espécies de normas visam sanar falhas ou anomalias no mercado.

Um primeiro exemplo para estas normas é a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94). Dentro da ordem econômica mundial, o Direito da Concorrência podem orientar o comportamento dos agentes econômicos em dois sentidos.

Um primeiro destes sentidos caminha em direção ao valor eficiência, tida, como tal, na habilidade de se produzir produtos a custos menores, e conseqüentemente com redução de preços ao consumidor¹⁴⁶. Para esta corrente, de tradição econômica neoclássica, e capitaneada por estudos da Universidade de Chicago, o sistema antitruste se tornou sinônimo de eficiência. Para os teóricos filiados a esta escola, o direito concorrencial deve ser estruturado de forma a se concretizar a acima mencionada eficiência, mesmo que para isso “se admita a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência”.¹⁴⁷

A bem da verdade, a tese de que da redução dos custos surgirá a redução dos preços trata-se de uma presunção nem sempre verificável tendo por conta o racionalismo do *homo economicus*, que à redução dos custos poderá preferir a maximização de lucros, sem, dividi-los com o consumidor. A teoria dos jogos, já apontada em nossa investigação, demonstra a artificiosidade da teoria sustentada pelos neoclássicos.

Em contrapartida à teoria dos neoclássicos há a teoria da chamada Escola Ordo-Liberal ou Escola de Freiburg, para quem:

A grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite *descobrir* as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar.¹⁴⁸

¹⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 23.

¹⁴⁷ Op. Cit, p. 23.

¹⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 28.

Aos filiados a esta teoria a possibilidade de escolha é um valor que, por si só, fundamentaria um sistema concorrencial. Pois bem, o que vale esclarecer, outrotanto, é que para ambas teorias se exige que a norma interventiva na ordem econômica venha beneficiar esta ordem, seja através da eficiência, seja através da abertura da possibilidade de escolhas.

Dentre as regras da Lei 8.884/94, que trata da prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, uma que tem condão corretivo é a inserida no Art. 54, § 1º, inciso I, letra “c” e inciso II. Por esta norma, ao se tratar do controle das concentrações, foi imposto, como requisito à sua aprovação, não apenas a demonstração de eficiência, mas também que os benefícios originários deste ato de concentração, dentre os quais a própria diminuição para produção de bens e serviços¹⁴⁹, sejam distribuídos equitativamente entre os participantes do processo de concentração, e os consumidores ou usuários finais do produto.

Com efeito, se a simples garantia de redução de custos não pode significar o benefício ao consumidor, a norma, corrige esta situação, e condiciona, a redução de custos, que decorreria do processo de concentração, à divisão deste benefício entre empresas e consumidores.

Outro exemplo de norma corretiva de um desequilíbrio da ordem econômica, e que guarda correlação com o direito concorrencial, trata-se da legitimidade existente à derrogação da concorrência que é a proteção para exploração de direitos à propriedade industrial, intelectual ou tecnológica.

As criações industriais (marcas e patentes), intelectuais e tecnológicas são exploradas, na ordem econômica, sem qualquer espécie de concorrência, em verdadeiro regime monopolístico.

Esta exceção à concorrência, cuja fundamentação econômica credita-se, por mais paradoxal que possa parecer, à própria proteção da concorrência, ou, como explicou Túlio Ascarelli, “como um meio de proteção do concorrente”, serve ao estímulo criativo,

¹⁴⁹ OP. Cit., p. 33.

impedindo o aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa, dos resultados dela advindo.

4.2.3. Normas Fundantes

Finalmente há as normas fundantes, que são aquelas a partir das quais contratos e mercados são estruturados.¹⁵⁰ Com efeito, regras que passaram, por exemplo, a regular a relação consumerista geraram efeitos no mercado consumidor que, por conta da proteção daqueles que consomem, passou a estimular o consumo.

Estas espécies de normas podem receber um estudo comparativo, levando-se em consideração como era, um mercado, antes e posteriormente a uma determinada norma.

A intervenção do Estado na Economia recebe da Análise Econômica do Direito, uma abordagem diferenciada, focada não necessariamente no conteúdo das regras interventivas, mas sim no comportamento dos agentes econômicos.

Este novo ponto de vista é relevante para o processo de criação das normas, tanto as gerais e abstratas, quanto as individuais e concretas, que, em menor grau também podem intervir na ordem econômica, na medida em que municiará, este criador, de elementos capazes de antever qual as conseqüências que a norma de intervenção na ordem econômica produzirá.

Importante frisar, deste estudo, o fato de que o comportamento social, já que orientado pelo racionalismo econômico, nem sempre poderá coincidir com o pretendido pelo criador das normas.

4.3. ANÁLISE ECONÔMICA DAS NORMAS QUE REGULAM A ORDEM ECONÔMICA

¹⁵⁰ ARIDA, Pêrsio; **A Pesquisa em Direito e em Economia**: em torno da historicidade da norma. *In* Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005, p. 65.

A Ordem Econômica é quem sofre a intervenção estatal e que, no constitucionalismo brasileiro, de acordo com Raul Machado Horta¹⁵¹, se identifica por ser um setor próprio e um conjunto de regras de conteúdo econômico, que não está adstrita, necessariamente, ao Título VII da Constituição Federal.

Efetivamente a Ordem Econômica não está adstrita às matérias indigitadas no Título VII da Constituição Federal, valendo, neste sentido, trazer a lume, a explicação que Vital Moreira dá para o que seja Ordem Econômica:

Ordem econômica é a expressão que designa um conjunto de regras de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica.¹⁵²

Tudo aquilo que diz respeito à ação econômica, está, verdadeiramente, a tratar da Ordem Econômica. Por sua vez, esta ação econômica, vale destacar, é aquela cujo conteúdo guarda consonância com ciclo econômico, formado, a seu turno, por quatro fatos econômicos: produção, circulação, repartição e consumo. Ricardo Antonio Lucas Camargo escreve sobre estes fatos:

Ao fato econômico caracterizado pelo trabalho humano destinado à criação dos bens aptos à satisfação das necessidades dá-se o nome de produção [...] aqueles que têm o bem em mãos e dele não necessitam, põem-no à disposição de outrem para adquirirem outro que atenderia às suas necessidades. A esse fato econômico caracterizado pela passagem do bem das mãos de uma pessoa às de outra nomina-se circulação. As atividades econômicas de produção e circulação de bens geram resultados nos quais cada um dos agentes econômicos deve ter uma participação, participação esta que se traduz nas diferentes formas de ganho. É chamado repartição o fato econômico caracterizado pela participação a que nos referimos. Por último, o objetivo final de toda atividade econômica: o consumo. Este fato econômico se verifica gerando o bem satisfaz a necessidade que determinou sua aquisição.¹⁵³

¹⁵¹ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 256.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 56.

¹⁵³ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 22.

Estes fatos, caracterizadores da Ordem Econômica, é que estão sujeitos à intervenção do Estado via ação normativa. Neste ponto da investigação se analisará, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, como esta regulação estatal influencia estes fatos que compõe o ciclo econômico.

4.3.1. Produção

Caracteriza, a Produção, a criação de bens desejáveis seja pelo indivíduo que o produziu, seja pela coletividade. O interesse sobre este tema não é exclusivamente quanto à técnica de obtenção do produto, mas principalmente quanto ao intuito econômico subjacente a efetivação desta produção, isto é, com o quanto de eficiência econômica é empregado até que surja o produto.

Vale dizer que a produção será mais eficiente à medida que os custos dela originário sejam menores em relação ao produto final. “É o que habitualmente se nos apresenta como a relação custo-benefício”¹⁵⁴.

No processo produtivo observam-se fatores regulados pelo Direito Brasileiro, seriam eles: i) recursos naturais ou matéria-prima; ii) trabalho; iii) capital; iv) organização. Se analisará, conforme dito, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, como esta intervenção por direção afeta o fato econômico da produção.

4.3.1.1. Recursos Naturais ou matéria-prima.

O primeiro dos fatores que compõe o processo produtivo são os recursos naturais ou matéria-prima. A palavra recurso significa algo a que se possa recorrer para a

¹⁵⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 427.

obtenção de alguma coisa. O homem, explica Gil Portugal¹⁵⁵, recorre aos recursos naturais, isto é, aqueles que estão na Natureza, para satisfazer suas necessidades.

Dentre estes recursos naturais podemos arrolar, dentre outros, o subsolo, a fauna e flora, recursos hídricos e energéticos. Vários dos recursos naturais __ por questão estratégica __, são bens da União, como o subsolo¹⁵⁶ e os potenciais de energia elétrica¹⁵⁷.

Constitucionalmente, estes recursos naturais são protegidos nos termos do Art. 225, que assegura ser o meio ambiente, um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo, direito de todos, que o mesmo seja ecologicamente equilibrado.

Não se pode negar, portanto, que nosso arcabouço legal, fundando na disposição constitucional acima lembrada, visa proteger o meio ambiente. Essa proteção ao meio ambiente, diferentemente do que se possa imaginar, tem repercussões favoráveis à economia, inclusive quando se tem em linha de conta a escassez de recursos naturais, ou mesmo o fato de que nem todos estes recursos são renováveis.

Num primitivo momento na história da relação entre o ciclo econômico e a ecologia, o Homem, na pitoresca classificação de Boulding, lembrada por Fábio Nusdeo, criou a economia do cowboy, pela qual “a vastidão dos espaços e a inexistência de limites impunham a idéia de ser ilimitada a fronteira do homem”¹⁵⁸, que atuava sem se dar conta de que esse comportamento predatório não levaria à extinção dos recursos naturais. Posteriormente, criou-se a necessidade de uma economia da espaçonave, onde o Homem é obrigado a tomar consciência de que ele é um tripulante de uma aeronave, e de que nada há fora da mesma, exigindo prudência de modo a ajustar seu sistema produtivo à idéia de “um sistema cíclico de caráter físico-biológico, onde o que sai por um lado deve entrar pelo outro, e onde não mais existem reservatórios livres”¹⁵⁹.

¹⁵⁵ PORTUGAL, Gil. **Recursos Naturais**. Disponível em <<http://www.gpca.com.br/Gil/art80.htm>>. Acesso em: 04 maio 2005.

¹⁵⁶ Art. 20, IX, Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁷ Art. 20, VIII, Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de Econômica __ Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 374.

¹⁵⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Econômica __ Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 374.

Esta legislação protetora, e que desestimule a exploração irrazoável do meio ambiente, é a única que poderá garantir a manutenção dos recursos naturais, e em consequente, a manutenção do ciclo econômico. Sem a proteção aos recursos naturais (composto por materiais escassos e muitas vezes não-renováveis), se extinguiria um dos fatores necessários ao processo produtivo, e, em consequente, ao ciclo econômico.

4.3.1.2. Trabalho

Também integra o processo produtivo o trabalho, ou seja, toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenando de energias do homem, sejam psíquicas ou corporais, dirigidas ao um fim econômico (fim de produção).

Com o surgimento do sistema capitalista de produção e conseqüente utilização do trabalho assalariado em larga escala, lembra Diva Benevides Pinho e Marco Antonio Sandoval de Vasconcelos¹⁶⁰, emerge o mercado de trabalho como uma instituição fundamental ao funcionamento da economia.

Por conta deste fato nossa Constituição, em seu Art. 7º, constitucionalizou os direitos trabalhistas, fato este que, aparentemente visou a salvaguarda do trabalhador e reduzir as desigualdades que o separa da categoria economicamente mais beneficiada (patrões), mas que, no entanto, não alcançou este objetivo.

Sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, a regulação constitucional do trabalho, via Art. 7º, criou uma norma distorciva, inclusive porque esses direitos trabalhistas da Constituição Federal de 1988, na expressão de Paulo Martinez¹⁶¹ são mais individuais do que sociais; eles não protegem tanto quanto aparentam, e não reduzem em nada a distância existente entre a classe trabalhadora e a classe patronal.

¹⁶⁰PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de. **Manual de Economia**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 253.

¹⁶¹MARTINEZ, Paulo. **Constituição**: Legalidade versus Realidade. Editora Moderna, São Paulo, 1991, p. 29.

Partindo-se, por exemplo, da premissa de que o mercado de trabalho é composto tanto por trabalhadores que pertencem a um mercado formal, conhecidos como empregados, cujos contratos são anotados em Carteira de Trabalho e Previdência Social, e sujeitos a uma séria de ônus fiscais (contribuições sociais e FGTS) e legais (Férias, Décimo Terceiro Salário, Hora Extra, dentre outros), quanto por trabalhadores que se relacionam com os tomadores de serviço de modo menos oneroso (empresas terceirizadas ou de prestação de serviço), é evidente que estes últimos terão prevalência na concorrência com aqueles.

A legislação excessivamente protetora daqueles que atuam com carteira assinada, estimulou outras formas de aquisição de mão-de-obra. Este desprestigiamento do trabalho formal, que decorre, por mais paradoxal que possa ser, do Art. 7º da Constituição Federal de 1988, é causa da não efetividade social do princípio da busca do pleno emprego, inserido no inciso VIII do Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Também não se pode esquecer que princípios como os da irredutibilidade de salário, ou da imodificabilidade *in pejus* do contrato de trabalho, exigem, do empregador, que, ao invés de adequar os salários do trabalhador a realidade da empresa, que, por exemplo, esteja passando por dificuldades, mantendo-o trabalhando, tenha que demiti-lo para contratar outras pessoas a salário menor.

4.3.1.3. Capital.

Juntamente com os recursos naturais e o trabalho humano, também compõe o processo produtivo o Capital, considerado, por Washington Peluso Albino de Souza¹⁶² sobre a modalidade de: i) bens de produção; ii) dinheiro; iii) tecnologia.

¹⁶² SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2003, p.481.

Os bens de produção são aqueles que em lugar de serem consumidos, são utilizados para a geração de outros bens. São as máquinas, as sementes e a própria terra que as entidades empresariais adquirem para efetuar a produção de seus bens e serviços.

O movimento da Análise Econômica do Direito, ao se debruçar sobre a regulação brasileira pertinente aos bens de produção, identifica que buscou, a mesma, estimular a aquisição destes bens de produção. Neste sentido urge destacar o Art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Vale explicar que o ICMS, nos termos do Art. 155, § 2º da Constituição Federal de 1988 será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores. Assim, aquele imposto (ICMS) que for devido quando da saída econômica do produto de um estabelecimento, será compensado, com o imposto que incidiu no preço deste produto, quando foi adquirido.

Presume-se, portanto, que para esta compensação de ICMS seria necessária uma operação de entrada econômica do produto no estabelecimento mercantil, e uma outra operação de saída econômica deste produto. Entrementes, quando um estabelecimento mercantil adquire um bem de produção (uma máquina, por exemplo), ele não a comercializará, ao revés, esta passará a integrar seu ativo fixo.

A Lei Complementar 87/96, no Art. 20 de que acima se deu notícia, visando estimular a aquisição de bens de produção, passou a determinar que para fins de compensação é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria ao ativo permanente.

Mesmo que este bem de produção não circule economicamente, já que passará a integrar o ativo permanente do estabelecimento empresarial, e não dê fundamento para o nascimento do evento tributário, o ICMS que estava inserido em seu preço de aquisição

poderá ser utilizado pelo seu adquirente, na compensação do ICMS que ele é obrigado a pagar.

O dinheiro, considerado como recurso que integrará o processo produtivo e que guarda sintonia com o patrimônio das empresas é enfocado, nesta investigação, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, para se observar qual a consequência que a intervenção por direção referente à nacionalização deste capital, tem em relação ao processo produtivo. Neste diapasão é de se destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 172 determina que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimento de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

A Lei que regulamenta esta disposição constitucional é a Lei 4.131 de 1962, que tem por objetivos “incentivar os investimentos estrangeiros no Brasil e evitar a evasão de divisas e a transferência excessiva de recursos ao exterior, garantindo aos investidores estrangeiros o repatriamento do capital investido no País, bem como os rendimentos gerados por esse capital”¹⁶³. Por conta destes objetivos, pergunta-se: qual a consequência para o processo produtivo, segundo a Análise Econômica do Direito, desta solução normativa infra-constitucional, que, consoante se explicou, busca incentivar o capital estrangeiro?

A esta complexa questão é de se observar inicialmente que o *homo economicus* residente no exterior, condicionaria o ingresso e permanência de seu capital no Brasil ao lucro dele decorrente, e não, no entanto, aos benefícios que este capital podem oferecer ao Brasil ou mesmo ao processo produtivo.

Já que este capital não se moverá tendo por intuito proporcionar o sucesso econômico de um país, há que se aperceber, explica João Fabio Bertonha¹⁶⁴: que o ingresso deste dinheiro que vem do exterior não garantirá desenvolvimento econômico autônomo, tal qual o pretendido pela Constituição Federal de 1988, quando, em seu Art. 1º, I, estabelece que é fundamento da República Federativa do Brasil a sua soberania, ou quando, em seu Art. 4º, I,

¹⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. VII. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 45.

¹⁶⁴ BERTONHA, João Fabio. **O capital estrangeiro e o desenvolvimento nacional: os casos do Brasil e China**. Disponível em <http://www.espacoacademico.com.br/001/01bert.htm>, acesso em 19 de maio de 2007.

determina que em suas relações internacionais a República Federativa do Brasil rege-se pelo princípio da independência nacional.

A consequência deste capital estrangeiro, máxime quando ele tenha caráter especulativo, será o agravamento da dependência de países como o Brasil, não podendo, em consequente, ser considerado como a melhor solução para a incrementação do processo produtivo. Note-se, que a norma prevista na Lei 4.131 de 1962, distorce o equilíbrio de mercado e não condiz com o que se espera do papel do capital, quanto ao processo produtivo.

Finalmente, quanto ao capital, enquanto fator de produção, existe a tecnologia, que é tratada, topologicamente na Constituição Federal, como matéria correlata a Ciência e Tecnologia¹⁶⁵, e que deve voltar-se, preponderantemente, para a solução dos problemas brasileiros para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

À regulação desta disposição constitucional foi editada a Lei 10.973 de 2004, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País.

Esta espécie de normatização é plenamente eficiente, segundo a Análise Econômica do Direito, apenas não produzindo resultados satisfatórios se faltar vontade política para a sua implementação.

4.3.1.4. Organização

O último dos fatores de produção é a organização, porque ela tem o condão de reunir os três fatores anteriores para se chegar ao produto. Sempre foi intensa a ligação entre tecnologia e produção ao longo da história da atividade econômica e social, desde os períodos conhecidos da pré-história, separados e designados pela classe de instrumentos empregados

¹⁶⁵ Art. 218, § 2º da Constituição Federal de 1988.

pelo homem. Por isso, as grandes transformações da produção coincidem com as contribuições não menos transcendentais da inovação tecnológica.

A primeira etapa que se pode considerar é a da apropriação direta, na qual o homem vivia da coleta de frutos, da caça e da pesca e carecia de organização econômica. A segunda é a do pastoreio, caracterizada por uma incipiente criação do capital e representada pelos animais domésticos, que originou uma economia familiar, alimentou um comércio baseado na troca ou permuta e utilizou mão-de-obra escrava. A terceira etapa é representada pela agricultura, que fez surgir a economia de grupo, de aldeia, e se assentou sobre a servidão. A quarta etapa é a do artesanato ou produção manual, na qual a organização econômica se ampliou à cidade, utilizou-se o dinheiro no comércio, e a mão-de-obra se baseou no trabalho livre e nas guildas (associações profissionais de mestres do mesmo ramo). A quinta etapa é constituída pela produção industrial, que originou a economia nacional, utilizou o crédito no comércio e contratou o trabalho de modo individual ou coletivo.¹⁶⁶

Esta organização é feita através da empresa. O Direito, ante o princípio da autonomia da vontade, não pode regular, diretamente, a sua organização interna, entretanto a Constituição Federal de 1988 determina que a empresa observará sua função social. Dentro desse contexto é que podemos pensar numa verdadeira Análise Econômica da função social da empresa. No dizer de Fábio Konder Comparato:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em *função social* ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Disponível em <http://www.saadm.com/temas/producao.htm> Fonte: Acesso em: 04 maio 2005.

¹⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. Sao Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 232.

Esclareça-se que a função social é diversa da responsabilidade social da empresa. A função social materializa-se quando a empresa, em sua gestão, obedece as disposições legais que lhe digam respeito, isto é, quando ela respeita a legislação trabalhista, tributária, mercantil etc. Já a responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, mesmo não existindo qualquer obrigação legalmente imposta neste sentido.

No Brasil o custo de se observar a função social da empresa, enquanto fator que compõe o processo produtivo, é muito alto, o que acaba por desestimular que as empresas atuem em sintonia com esta função. Não há como se negar que as empresas nacionais têm um volume de obrigações maior do que empresas de países com o mesmo porte que o Brasil.

Para a Análise Econômica do Direito, se se pretende que empresas nacionais obedeçam sua função social, é necessário que estas sejam reduzidas ou ao menos racionalizadas. O *homo economicus* que dirige a empresa preferirá o lucro, mesmo que a função social não esteja sendo alcançada em sua integralidade.

4.3.2. Circulação

A circulação é passagem de bens de uma pessoa para outra, é regrada, na Constituição Federal para assegurar a lisura do mercado. Essa circulação, conceituada por Paulo de Barros Carvalho como “a movimentação de bens com mudança de patrimônio”¹⁶⁸, sendo que Carvalho de Mendonça oferece o conceito de circulação, vazado nos seguintes termos:

As mercadorias passando por diversos intermediários no seu percurso entre os produtores e os consumidores, constituem objeto de variados e sucessivos contratos. Na cadeia dessas transações dá-se uma séria continuada de transferência da

¹⁶⁸ MELO, José Eduardo Soares. **ICMS: Teoria e Prática**. 5ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2002 p. 16

propriedade ou posse das mercadorias. Eis o que se diz circulação de mercadorias.¹⁶⁹

O Direito Brasileiro, de modo amplo, utiliza este instituto quando trata da: i) livre concorrência; ii) transações e pagamentos (moeda, crédito e preços). A Análise Econômica do Direito sobre as disposições normativas destes dois assuntos é feita no intuito de se verificar se eles estimulam a circulação.

4.3.2.1. Livre Concorrência

A livre concorrência é postulado básico do Estado Liberal, tanto que os Estados Unidos da América creditam, seu crescimento econômico, a este instituto. Sem a livre concorrência a circulação de mercadorias sujeita-se a força do poder econômico dos oligopólios e monopólios, que criam preços superiores aqueles que o mercado deveria praticar, e impede uma circulação ótima de bens e serviços.

Tratada, constitucionalmente (Art. 170, IV da Constituição Federal de 1988), como um dos princípios da ordem econômica, a livre concorrência, lembra Tércio Sampaio Ferraz Junior, citado por Eros Roberto Grau¹⁷⁰ não é a do mercado concorrencial oitocentista onde se defendia a dominação de uns pelos outros. O elemento comportamental competitividade é que define a livre iniciativa, a induzir uma distribuição de recursos a mais baixo custo.

Atualmente a livre concorrência é analisada sobre duplo aspecto. Num primeiro ponto se estuda as regras aplicáveis a particulares ou ao Estado, enquanto exerce atividade econômica. Já, em outro ponto, se estuda a relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial. Sintetizando estas novéis perspectivas do direito da concorrência Calixto Salomão Filho escreve que se busca:

¹⁶⁹ MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. VOL. V, PARTE I, 3ª ed. 1953, p. 76.

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 7 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 253.

[...] tentar determinar o correto inter-relacionamento entre os dois setores: setor regulamentado pelo Estado e aquele auto-regulamentado pelo mercado, onde o Estado deve, teoricamente, apenas assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos, através da aplicação da legislação concorrencial.¹⁷¹

A legislação brasileira que busca dar eficácia ao princípio da livre concorrência, de fato estimula a circulação. Tanto que, neste trabalho, já se teve a oportunidade de lembrar que a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, é uma típica norma corretiva, isto é, uma norma que corrige as imperfeições do mercado.

4.3.2.2. Transações e Pagamentos.

Também integra o fato econômico da circulação a necessidade um mecanismo que facilite e estimule as transações e pagamentos. A regulação deste tema é feita quando se normatiza temas pertinentes à moeda e ao crédito.

A moeda apresenta as seguintes funções¹⁷²: a) instrumento de troca; b) reserva de valor; c) padrão de valor, eis que, com sua utilização, automaticamente o valor se quantifica e atinge o máximo de objetividade a se impor nítida e insofismavelmente à sociedade.

Corolário da necessidade de ser, a moeda, além de um instrumento de troca, ser, também um instrumento de reserva de valor, foi a instituição, no Brasil, da correção monetária, já que, através desta, se visava assegurar, a determinada quantia em dinheiro, seu real valor de compra. Vale explicar que a desvalorização da moeda é prejudicial à circulação, eis que dá causa ao aumento dos preços dos bens e serviços inseridos no processo de circulação.

¹⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 21.

¹⁷² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia — Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

A Análise Econômica do Direito, para a correção monetária, demonstrou que, por mais paradoxal que possa parecer, as leis que a instituíram tiraram eficiência do fato econômico de circulação. Tratavam-se de leis distorcivas, e que criaram o mecanismo da inflação inercial. Sobre este tema Diva Benevides Pinho escreve que:

A partir da década de 1970, e especialmente porque em algumas economias proliferaram os mecanismos de indexação, surgiu um outro termo, denominado inflação inercial que é um tipo de inflação de custos. Por inflação inercial podemos definir um padrão autoreprodutor das elevações de preços e salários.¹⁷³

O agente econômico, ciente de que haveria a correção monetária automática, que, apenas manteria o valor da moeda, e em consequente do bem ou serviço inserido no processo de circulação, se antecipava e aumentava o valor deste bem ou serviço, acima daquilo que seria aumentado por conta da correção monetária. Ou seja, se, por exemplo, a correção monetária anunciada fosse de 30%, o agente econômico, visando a maximização de seu lucro, aumentaria o preço dos seus bens e serviços em 35%.

A distorção que a correção monetária inseriu no fenômeno da circulação é evidente, tendo a mesmo sido alterada pelo sistema de metas de inflação, onde o Banco Central não mais diz de quanto foi a inflação de determinado período (o que estimula a inflação inercial), mas sim de quanto ela será, utilizando, a partir desta meta, uma política de juros que a concretize.

Também contribui para a circulação o estímulo ao crédito. Recentemente uma série de leis que foram editadas neste sentido, valendo destacar as Leis 11.382 e 11.232, ambas de 2006, que disciplinam o processo de execução de títulos judiciais e extrajudiciais, e a Lei Complementar nº 118 de 2006 e a Lei 11.101 de 2005, que consideram o crédito com garantia real mais privilegiado que o crédito tributário.

Seja através das leis processuais que visam acelerar a satisfação do crédito credor, seja através das leis que tratam do privilégio do crédito com garantia real, em

¹⁷³ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 343.

detrimento ao próprio crédito tributário, o que está subjacente é o fato de que se pretende um barateamento deste crédito. O agente econômico que participa do processo de circulação se sentirá mais estimulado ao saber que o crédito por ele ofertado tem mais chances de ser satisfeito.

São normas corretivas do processo de circulação de bens e serviços, já que instituídas no sentido de que se estimule tal circulação.

4.3.3. Repartição

Remonta a Ulpiano a regra de que Justiça é dar a cada um aquilo que lhe cabe (Justiça Distributiva). A repartição, portanto, é decorrência desta Justiça Distributiva, já que por meio dela, os agentes econômicos se legitimam a participar do resultado da produção e circulação.

Esta participação deve ser feita de modo eficiente eis que sem os recursos dela provenientes não se pode encerrar, através do consumo, o ciclo econômico, salvo em se supondo que toda uma produção se destine ao comércio internacional. Melhor dizendo, de pouco vale a produção e circulação se não houver o consumo, sendo, imprescindível, para o consumo, que as pessoas tenham recursos que advêm do evento econômico da repartição.

Quanto a este instituto se realizara a Análise Econômica do Direito pertinente a dois temas que o informam: i) política salarial; ii) legitimação do lucro.

4.3.3.1. Política Salarial.

Quanto a Análise Econômica do Direito, afeta à política salarial não se pode fazer tabua rasa ao fato de que o trabalhador (como agente econômico), diz a Constituição

Federal, por conta de sua participação na produção e circulação de bens e serviços, deve ter direito a uma remuneração justa, inclusive, aos empregados, é garantido o salário mínimo capaz de atender suas necessidades vitais (Art. 7º, IV).

O salário, enquanto fruto da repartição, é base e o termômetro de qualquer política de concentração ou distribuição de riquezas, não por outra razão foi criado, em torno dele, um enorme complexo jurídico que envolve empregado, empregador, Estado, terceiros familiares e credores.

Ivan da Costa Alemão explica suas razões históricas nos seguintes termos:

Só foi possível acabar com o trabalho escravo, pelo menos em sua forma jurídica, com a expansão do trabalho livre, substancialmente o trabalho assalariado. O próprio capitalismo expandiu-se com o assalariamento da força de trabalho, quando o empresário passou a não ter mais gastos com despesas pessoais do trabalhador, como havia no escravagismo. Passou-se a pagar pelo tempo despendido pelo trabalhador, cabendo ao Estado a responsabilidade pelas necessidades sociais e pessoais do trabalhador. Também o Estado se beneficiou de tal situação, pois em troca do pesado encargo resolveu a milenar dificuldade em arrecadar seus tributos. Estes, quando incididos sobre o salário, resolveram os superados métodos de dizimação dos produtores, através de cobrança de dízimos por contratados do Estado, que tanto denegriu a imagem do Império (desde o romano até o brasileiro) e serviu de motivo às grandes revoltas.¹⁷⁴

Do embate econômico Capital X Trabalho, ainda não foi possível se dar, ao salário, contudo, o respaldo que ele necessita, havendo carência essencial em seu regramento¹⁷⁵, decorrente dos altos custos do trabalho formal, e que tornam as normas de proteção ao salário, distorcidas em relação ao fenômeno econômico da repartição.

Há o desestímulo a contratação de pessoas que pertençam ao mercado de trabalho formal, e que decorre, como já dito anteriormente, dos altos custos desta espécie de labor, em relação ao trabalho informal. Bem se sabe que no Brasil o mercado informal de trabalho, isto é o mercado em que prevalecem regras de funcionamento com um mínimo de interferência governamental é relativamente grande.

¹⁷⁴ SILVA, Sônia R. P. Baessa da (organizadora). **Salário**. São Paulo: Editora ADCOAS, 1997, p. 7.

¹⁷⁵ Ob. cit, p. 7.

Há mister que se reduza esta distância entre o mercado formal e o mercado informal, o que se daria seja pela diminuição dos custos daquele (ao, por exemplo, se desonerar a folha de pagamento), seja por se aumentar os custos para este último.

Este fato, além de prejudicial aos trabalhadores é prejudicial ao próprio Estado, já que “a dinâmica da economia é fornecida pelo setor de mercado formal de trabalho, notadamente em países em desenvolvimento como o Brasil”.¹⁷⁶

4.3.3.1. Legitimação dos lucros

Em segundo lugar, quanto ao instituto da repartição, não se pode esquecer que a Constituição Federal, que em momento algum se diz contrária ao lucro, determina, em seu Art. 173, § 4º, que o Estado reprimirá o lucro arbitrário.

Calixto Salomão Filho, explica que apenas existe lucro arbitrário “e, portanto, só pode constituir ilícito independente, quando decorrente de exploração de uma situação de monopólio. Só então é que demonstra a utilização do poder no mercado para imposição de preços excessivo”.¹⁷⁷ Mais adiante ele explica que:

Em ausência de monopólio, o aumento dos lucros não chega a ser sequer arbitrário. Em situação de concorrência (ainda que não perfeita) o aumento dos lucros decorre necessariamente ou do aumento da eficiência produtiva (com diminuição de custos) ou então de alguma causa natural, temporária, não imputável ao produtor (por exemplo, a escassez temporária de um produto, que faz aumentar fortemente a demanda por seu substituto imediato).¹⁷⁸

O lucro enquanto modo de participação da empresa no resultado da produção e circulação é perfeitamente legal sendo a limitação de punição ao lucro, a tão-somente àquele arbitrário, um modo de estimulá-lo.

¹⁷⁶ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 381.

¹⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 94.

¹⁷⁸ Ob. cit, p. 94.

À Análise Econômica do Direito a legislação brasileira que trata do lucro é correta, já que estimula seu surgimento.

4.3.4 Consumo

Nossa legislação a respeito do fenômeno econômico do Consumo, denominada Código Defesa do Consumidor, mas que seria melhormente definida como Código de Defesa do Consumo, deita suas raízes nos direitos e garantias fundamentais do Art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988, e consagra a necessidade de se propiciar satisfação ao consumidor.

Para demonstrar a consagração da necessidade de se satisfazer o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor elenca uma série de direitos básicos deste agente econômico, dentre os quais: i) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; ii) a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; iii) a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; iv) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; v) a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; vi) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; vii) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; viii) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

À Análise Econômica do Direito, a previsão destes direitos básicos assume a premissa de que o consumo aumenta quanto maior for o grau de satisfação do consumidor, e repassa à empresa, beneficiária direta do aumento do consumo, a necessidade de garantir a satisfação do consumidor.

O consumidor, enquanto *homo economicus*, a partir do momento que tiver satisfeita suas necessidades decorrentes do evento consumo, em razão da proteção legal, se sentirá estimulado a consumir.

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do que se imagina, não existe para aumentar o custo do fornecedor de bens e serviços sujeitos ao consumo, ao revés, esta legislação, ao consagrar a defesa do consumidor, estimulará o consumo e beneficiará tal fornecedor.

CONCLUSÃO

O estudo da norma jurídica pode ser feito também quanto à sua eficácia social, no sentido de dimensionar sua força (por meio do dever-ser jurídico) e estimular condutas humanas para os fins desejados por quem a produziu. Assim, com apoio nos conhecimentos produzidos pela Hermenêutica Jurídica há uma licença para o intérprete e produtor das normas jurídicas buscar paradigmas fora da Ciência Jurídica em busca desta eficácia social.

A partir desta possibilidade multidisciplinar, a Ciência Jurídica se oxigenará e dará enfoque aos estudos zetéticos, questionadores, que coloquem em xeque os postulados em que se fundam as interpretações convencionais do Direito Positivo.

Neste diapasão é relevante, para o campo da Ordem Econômica, buscar paradigmas na Economia onde estão os fundamentos primeiros da interpretação denominada Análise Econômica do Direito, que, por sua vez, tem por foco oferecer uma teoria para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento humano e das instituições. A construção desta corrente hermenêutica tem como foco a figura do *homo economicus* que é sensível aos valores da eficiência, do resultado objetivo, da satisfação de interesses imediatos e pessoais, da praticidade, sempre em busca do seu próprio bem-estar.

O racionalismo econômico aplicado ao Direito tem como idéia central a noção de que a norma que regula a ordem econômica, e que o Estado edita, será aplicada por seu destinatário de um modo que ele, a partir desta norma, possa ter maximizado seus interesses egoísticos.

As normas jurídicas produzidas pelo Estado ao intervir sobre a Ordem Econômica, quando têm por destinatário as pessoas participantes do ciclo econômico, advoga-se, devem levar em consideração esta racionalidade, uma vez que por meio dela tem-se um caminho mais curto para alcançar ou aproximar-se mais da desejada eficácia social.

A intervenção estatal por sobre a Ordem Econômica (regulatória) está autorizada na Constituição do Brasil especialmente nos dizeres do Art. 174, sendo que pode ter por caráter uma intervenção por direção, onde o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica. Dá-se, entretanto, que as normas que buscam incutir esta pressão nem sempre são normas corretivas, isto é, que trazem equilíbrio para o ciclo econômico, podendo, muitas vezes, tratar-se de normas distorcivas, que acabam por alterar o equilíbrio do ciclo econômico, ou mesmo normas fundantes, a partir das quais, contratos e mercados passam a se estruturar.

Por meio da Análise Econômica do Direito é possível interferir normativamente em várias etapas ou fases do ciclo econômico composto por: 1) produção, que envolve as relações em torno dos recursos naturais ou matéria-prima, do trabalho, do capital, e da organização; 2) circulação que se interliga com as relações em torno da livre concorrência, das transações e de pagamentos; 3) repartição que envolve relações em torno de política salarial, e da legitimidade dos lucros; 4) consumo, que é a última etapa deste ciclo.

Decorre da racionalidade econômica a possibilidade de se produzirem normas que visam proteger o meio ambiente e que associadas ao processo produtivo, o estimulam e beneficiam, principalmente por considerá-lo como um bem escasso, cujos recursos nem sempre são renováveis, por isso imprescindível de proteção.

Quanto às normas protetoras do trabalho atualmente em vigor, construídas a partir do Art. 7º da Constituição Federal, conclui-se que elas estimulam o mercado informal em detrimento do mercado formal, afetando o ciclo econômico na produção. Normas construídas a partir de uma nova racionalidade deveriam buscar estimular, via, inclusive, desoneração da folha de pagamento, as contratações formais.

A intervenção normativa para atingir a organização empresarial em busca da realização da função social será alcançada por meio de normas de incentivos, entre eles, poderiam ser os creditícios ou fiscais. Ao cumprir a função social, mesmo que por este

mecanismo, ter-se-á o cumprimento de modo mais rápido e eficaz das normas que compõem o regime jurídico-econômico constitucional.

No que diz respeito à circulação, conclui-se que a legislação que disciplina a livre concorrência é eficiente, máxime porque aponta soluções que otimizam esta circulação, evitando monopolópios e oligopólios ilícitos.

Já a regulação das transações e pagamentos está melhorando com novas medidas legais que, quanto à moeda, instituiu o sistema de metas de inflação, superando o equivocado mecanismo de correção monetária. E que, quanto ao crédito, busca barateá-lo por meio de regras que visam garantir o recebimento, diminuindo as possibilidades de inadimplementos. Assim se deu quando a Lei Complementar nº 118 de 2006 e a Lei 11.101 de 2005 privilegiam, no quadro de credores, aqueles com garantia real em detrimento dos créditos públicos tributários.

Para o evento da repartição, inferiu-se que a legislação que regula a política salarial não estimula esta repartição, já que incentiva o mercado informal em desfavor ao formal. Quanto aos lucros, tem-se que nos termos constitucionais, se assegura sua legitimidade, reprimindo somente aqueles abusivos, arbitrários. Esta forma de regulação é eficiente para o fim da repartição.

O consumo é estimulado, no Brasil, através do Código de Defesa do Consumidor. Para a Análise Econômica do Direito, parte-se da premissa de que a estipulação de direitos fundamentais para o consumidor elevaria a sua satisfação e, em consequente, o estimularia a consumir eficientemente.

Com estes estudos quer-se enaltecer a Análise Econômica do Direito como fonte de paradigmas respeitados pelos sujeitos que atuam no plano das relações econômicas e que, buscar outras referências, nem sempre alcançam a finalidade pretendida pelo Estado que tem autorização constitucional para intervenção. O destinatário destas normas se conduz de modo a satisfação de interesses pessoais ou corporativos e que podem, também, alcançar o bem-geral.

Esta constatação poderá auxiliar o Estado quando for criar normas jurídico-econômicas e assim alcançar, além da eficácia jurídica a eficácia social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY Ricardo. **Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais**. Revista de Sociologia da USP, vol. 16, Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ALMEIDA JR, Fernando Osório. **Interpretação Conforme a Constituição e Direito Tributário**. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Theresa; ALVIM, Eduardo Arruda, MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ARIDA, Pérsio; **A Pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma**. In *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Editora Campos, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **Constituição e República**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. VII. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984.

BERTONHA, João Fabio. **O capital estrangeiro e o desenvolvimento nacional: os casos do Brasil e China**. Disponível em <http://www.espacoacademico.com.br/001/01bert.htm>, acesso em 19 de maio de 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda, 2001.

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de La Constitución Y Ordenamiento Jurídico**. Madri: Editora Tecno S/A, 1997.

CALLIGARIS, Contador. **O fim do ano e o medo de perder**. In *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29.12.2005, p. E-8.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

CASTRO, Celso Pinheiro de. **Sociologia do Direito**. 2ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 1985.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 1.995.

COASE, Ronald; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura. 1ª reimpresión. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. Sao Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 232.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. 1ª Reimpresão, Cidade do México: Editora Fondo de Cultura Económica., 1999.

COSSIO, Carlos. **La Teoria Ecológica del Derecho Y el concepto jurídico de libertad**. Editora Abeledo-Perrot, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DIAZ, José Ramón Cossio. **Derecho y Análisis Económico**. México: Edição conjunta do Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Econômica, 2002.

DÍAZ, Julio Alberto. **“Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner**. acesso do jus navegandi em 29.11.2006.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FARBER, Daniel A.; ROEMER, Andrés (compilador). **El Derecho Penal Y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión**, in Derecho Y Economía: Una Revisión de la Literatura, Cidade do México: Editoras Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2000.

FARIA, Guiomar T. Estrella Faria. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1994.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo, Editora Atlas, 1994.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **A inteligência Ética das Metodologias Jurídicas.** In *Argumentum* __ Revista de Direito. Vol. 2. Marília. Editora: Universidade de Marília, 2002.

GAROUPA, Nuno. **Faculdade de Direito Análise Econômica do Direito.** site http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/NG_MA_430_aedfdhandout.html, acesso em 04 dez 2006

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** São Paulo: Editora Manole, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica.** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica.** 7 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito.** Tradução A. Ribeiro Mendes, 2ª ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEILBRONER, Robert e THUROW, Lester. **Entenda a Economia: Tudo o que você precisa saber sobre como funciona e para onde vai a economia.** Tradução Tomás Rosa Bueno. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2001.

HOLLIS, Martin; NELL, Edward J. **O Homem Econômico Racional: Uma Crítica da Economia Neoclássica.** Rio de Janeiro:, Editora Zahar, 1977.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

JACINTO, Paulo de Andrade. **Diferenciais de salários por gênero na indústria avícola da região Sul do Brasil: uma análise com micro dados.** Revista de Economia e Sociologia Rural, vol 43, Brasília, 2005.

JANSEN, Letácio. **Introdução à Economia Jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. J. B Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho.** Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992.

LIMA, Ruy Cirne. **Dívida de Valor e Dívida de Dinheiro.** in Revista de Direito Público. Vol. 06. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MATTEI, Ugo; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura. 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002.

MARTINEZ, Paulo. **Constituição: Legalidade versus Realidade**. Editora Moderna, São Paulo, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MELLO, Jose Luiz Pastore. **Em caso de Divorcio Consulte um Matemático**. Folha de São Paulo, 06.05.2003.

MELO, José Eduardo Soares. **ICMS: Teoria e Prática**. 5ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. **Interpretação e Integração da Legislação Tributária**. In: Curso de Direito Tributário. Vol. I, 5ª ed, São Paulo: Editora Cejup, 1997.

MENDONCA, Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. V, parte I, 3ª ed. 1953.

MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**, 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia __ Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

PACHECO, Pedro Mercado. **Introdução à teoria econômica dos "property rights"** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3206> acesso em 05.10.2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol III, 3ª. Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandolval de. **Manual de Economia**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, tomo I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTUGAL, Gil. **Recursos Naturais**. Disponível em <http://www.gpca.com.br/Gil/art80.htm>. Acesso em: 04 maio 2005.

POSNER, Richard; ROEMER, livro do Andrés (compilador). **El Movimiento Del Análisis Económico Del Derecho**. in: Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura. 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997.

SALDANHA JR, Roland Veras Saldanha Jr, **Economia do Direito Romano-Germânico: Considerações sobre Kelsen e Luhmann**. http://www.actiomercatoria.com.br/upload/economia_direito/DireitoeEconomiaemKelseneLuhmann.pdf acesso em 04.10.2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SARAMAGO, José. **Saramago Questiona Ilusão do Mundo Democrático**. <http://agenciartamajior.uol.com.br//agencia.asp?coluna=reportagens&id=2218>, acesso 23.02.2007.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, São Paulo, 1999.

SHAVELL, Steven; ROEMER, Andrés (compilador). **El Derecho Penal Y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión**, in Derecho Y Economía: Una Revisión de la Literatura, Cidade do México: Editoras Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2000.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía Del Derecho**. 4ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, S.A.: 1970.

SKINER, Burrhus Frederic. **Ciência e Comportamento Humano**. Tradução João Carlos Todorov e Rodolpho Azzi. São Paulo: Editora Martins Fontes., 1981.

SILVA, Sônia R. P. Baessa da (organizadora). **Salário**. São Paulo: Editora ADCOAS, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**, *In*: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. São Paulo: Editora Campos, 2005.

TARDE, Gabriel; BIRBNBAUM, Pierre; CHAZEL, François (coordenação). **O que é uma sociedade**: Teoria Sociológica. Tradução Gislea Stock de Souza e Hélio de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo: Editora IOB Thomson, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**. tradução Arnaldo Godoy, site <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/docs/introd2.doc> , acesso em 08.12.2006.

VARIAN, Hal. R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. Tradução Ricardo Inojosa. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, Vol. 1, 3ª. ed. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: Editora UNB, 1994.