XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves
Jonathan Barros Vita
Estefânia Naiara Da Silva Lino – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-801-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito ocorreu em Goiânia entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, sob o tema: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I, Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Everton Das Neves Gonçalves e Estefânia Naiara Da Silva Lino, vez que o referido GT foi palco de profícuas discussões decorrentes dos trabalhos apresentados, os quais são publicados na presente obra.

O desenvolvimento econômico sustentável, estudado no plano do direito e da economia hoje vem ganhando espaço importante nas discussões acadêmicas, o que vem se refletindo no volume e qualidade de trabalhos apresentados, colocando esses ramos didaticamente autônomos do direito em posição de destaque nas discussões contemporâneas, vez que afetam fortemente os cidadãos.

Tendo como pano de fundo esses ramos didaticamente autônomos do direito, foi possível agrupar os 20 trabalhos apresentados em alguns grupos, os quais se seguem:

• Análise econômica do direito e direitos humanos, sendo uma mistura de trabalhos teóricos e práticos (artigos 1-4);

• Empresa e sustentabilidade, denotando várias facetas necessárias às empresas no contexto da modernidade (artigos 5-8);

• Temas relacionados com o meio ambiente de forma mais ampla (artigos 9-13);

• Urbanismo e sustentabilidade, com temas teórico-práticos (artigos 14-15);

• Análise econômica e direito à saúde (16-17); e

• Temas internacionais ligados à sustentabilidade (artigos 18-20).

É a partir do roteiro firmado, que teoria e prática se encontram tendo como pano de fundo a sustentabilidade, perfazendo uma publicação que se imagina que será de grande valia, dada a qualidade dos artigos, para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um importante espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos da graduação e pós-graduação em direito.

Finalmente, deixa-se aos leitores um desejo de uma boa leitura, fruto da contribuição de um Grupo de trabalho que reuniu diversos textos e autores de todo o Brasil para servir como resultado de pesquisas científicas realizadas no âmbito dos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu de nosso país.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Unimar

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves – Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Estefânia Naiara Da Silva Lino – Universidade de Rio Verde

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO E ECONOMIA NA ÓTICA SISTÊMICA: É POSSÍVEL UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

LAW AND ECONOMICS IN THE SYSTEMIC VIEW: IS AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW POSSIBLE?

Danielle Rebelato Foscarin [1]
Paulo Roberto Ramos Alves [2]

Resumo

Em uma perspectiva sistêmica da teoria jurídica e da teoria econômica, questiona-se a possibilidade de a maximização de riqueza ser valor determinante das decisões jurídicas atuais. A autonomia autopoiética do Direito impede a formação de interesses econômicos puros nas decisões jurídicas, mas possibilita a observação de um potencial com a tradução de fatos econômicos em fatos jurídicos garantindo a identidade do sistema na comunicação com os demais sistemas da sociedade. Assim, o objetivo do presente artigo foi estudar, através de pesquisa bibliográfica, se é possível falar na simultaneidade entre a decisão jurídica e econômica.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Autopoiese, Direito, Economia, Sistema jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

From a systemic perspective of legal theory and economic theory, the question is whether wealth maximization is a determining value of current legal decisions. The autopoietic autonomy of Law prevents the formation of pure economic interests in legal decisions but allows the observation of a potential with the translation of economic facts into legal facts guaranteeing the identity of the system in communication with the other systems of society. Thus, the objective of this article was to study, through bibliographical research, if it is possible to speak in the simultaneity between legal and economic decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autopoiesis, Law & economics, Law, Economy, Juridical system

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), RS, Brasil, advogada, residente na Rua Thomáz Gonzaga, 668, 502, Passo Fundo/RS, endereço eletrônico: danifoscarin@hotmail.com.

[2] Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; pós-doutorado em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF;

Introdução

Com o surgimento da Nova Economia Institucional a disciplina da Análise Econômica do Direito (ou Direito e Economia) passou a fazer parte assiduamente dos cursos jurídicos no Brasil. Na verdade, a Análise Econômica do Direito faz uma síntese da teoria jurídica e da teoria econômica nos demonstrando a interface desses dois grandes sistemas. Todavia, essa nova vertente do Direito é recente e ainda mitigada na nossa realidade jurídica.

Para entendimento sistêmico da atualidade do Direito e Análise Econômica do Direito, o presente estudo pretende tecer, primeiramente, algumas investigações doutrinárias sobre a Análise Econômica do Direito. Após, falar-se-á sobre o sistema jurídico brasileiro tendo como fundo a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Por fim, concluir-se-á tratando da possibilidade ou não da simultaneidade desses dois grandes sistemas.

Partindo do princípio que a Análise Econômica do Direito tem como escopo reduzir os custos dos processos judiciais com a utilização do conceito de maximização de riqueza, Posner (principal teórico da disciplina), preconiza que as decisões judiciais devem tentar maximizar a riqueza da sociedade, diminuindo os custos de transações para a tomada de decisões jurídicas. Todavia, a ideia inicial de Posner ainda é criticada pela impossibilidade de se considerar a maximização da riqueza como um valor superior aos demais valores formadores da decisão jurídica. Há ainda críticas que nem um valor em si a maximização da riqueza possa ser considerada.

Entretanto, para análise da questão, faz-se breves investigações sobre a Análise Econômica do Direito e o Direito numa perspectiva sistêmica. Primeiramente é necessário compreender alguns conceitos da Teoria dos Sistemas e, aplicá-los ao sistema jurídico brasileiro. Nesse pensar, o que irá diferenciar um sistema de outro é sua produção no meio ambiente garantindo a identidade do sistema frente aos demais sistemas.

Contudo, qualquer sistema pode participar comunicativamente de outro sistema sem perder sua identidade. Todavia, numa perspectiva de tempo e espaço será visto que o sistema econômico e o sistema jurídico não podem operar simultaneamente o que nos confirma a conclusão que uma decisão jurídica não poderá ser ao mesmo tempo uma decisão econômica.

1 A Análise Econômica do Direito

O uso da economia no direito foi sempre muito limitado. Apenas recentemente a disciplina da Análise Econômica do Direito começou a fazer parte dos cursos jurídicos em todo país. A ideia de que a valoração do direito deve ser cada mais analisada já consta em um grande número de decisões judiciais.

Primeiramente, podemos referir que a Análise Econômica do Direito busca mitigar os custos dos processos judiciais procurando eficiência e trazendo estudos empíricos (estudos de caso) ao Direito. Essa vertente do Direito foi recentemente criada pelo norte americano Richard Posner que ficou famoso por unir o Direito e a Economia.

> Posner trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como *Law & Economics*, no Brasil geralmente referida como *Análise Econômica do Direito* ou simplesmente *Direito e Economia*. (SALAMA, 2008, p.3).

Logo nos primeiros estudos[1], Posner, preocupado com a interpretação do Direito, busca substituir a valoração da moral no Direito pela racionalidade econômica, trazendo o conceito de maximização da riqueza[2] com o ideal de enriquecer a sociedade. Para Salama (2010, p.23), os indivíduos fazem cálculos na busca por alcançar os maiores benefícios com os menores custos, nesse sentido reflete:

> [...] a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis. Por exemplo: consumidores maximizam seu bem-estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem-estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por diante.

[1] No final da década de 1970 Posner propôs, nos Estados Unidos, que critérios econômicos passassem a ser elementos decisivos no Direito e áreas públicas.

[2] Em uma de suas críticas à teoria da análise econômica de Posner, Dworkin (1985, p.237) explica que: "A maximização da riqueza, assim definida, é alcançada quando os bens e outros recursos se encontram nas mãos daqueles que lhes atribuem maior valor, e alguém atribui mais valor a um bem somente se ele ao mesmo tempo está disposto a pagar e é capaz de pagar um valor pecuniário maior (ou em valor equivalente a dinheiro) para tê-lo. Um indivíduo maximiza a sua própria riqueza quando ele aumenta o valor dos recursos que ele possui; sempre que ele é capaz, por exemplo, de comprar algo que ele considera valioso por uma soma menor do que ele estaria disposto a pagar por isso."

Posner entendia por eficiência a expressão jurídica de um sistema social voltado para a maximização de riqueza na sociedade assim considerando que as regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem seriam injustas. (SALAMA, 2008, p.5-6).

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. (SALAMA, 2010, p.22). Nesse pensar, pode-se afirmar que a Economia é a ciência que estuda os recursos escassos. E qual sua relação com o Direito? Para Salama, (2010, p.22), a resposta é que para a realização de direitos há um valor a ser custeado e esse custo é computado pela análise econômica do direito:

> A noção de escassez traz uma série de implicações para o estudioso, o profissional e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, ou os direitos são custosos ou não têm sentido prático. Para ficarmos com os exemplos mais evidentes: o direito à saúde só tem sentido prático na medida em que a sociedade, através dos entes privados ou do Estado, possa dispor dos recursos necessários para prover hospitais, alimentação, higiene, etc.; o direito à propriedade privada só tem sentido prático se o Estado for capaz de garanti-la; e assim por diante.

Entretanto, a teoria de Posner sofreu severas críticas. A mais famosa delas foi de Ronald Dworkin criticando que a maximização da riqueza não poderia ser um valor para a justiça porque a eficiência não é um valor e o Direito requer valores. Nesse sentido é a contribuição de Dworkin (1985, p.240):

> A análise econômica sustenta, no seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo valioso, de modo que as decisões judiciais devem tentar maximizar a riqueza da sociedade, por exemplo, atribuindo direitos àqueles que iriam adquiri-los por seus custos de transação. Mas não está claro *porque* a riqueza social é um objetivo valioso. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, assim definida, é melhor ou está em melhores condições com mais riqueza tal como qualquer indivíduo está?

Na verdade, a teoria de Posner é demasiadamente radical com um método exclusivamente econômico onde não há como considerar a maximização da riqueza como um valor superior aos demais. Nos dias atuais, uma decisão jurídica não pode ser tomada apenas por valores econômicos. Uma decisão jurídica é formada por uma pluralidade de fatos e análises sendo o fator econômico apenas um componente da decisão.

Assim, no início dos anos 90[3], Posner reviu seus conceitos abandonando a ideia de que a maximização de riqueza pudesse ser critério fundante do Direito passando a defender o pragmatismo jurídico e, por sua vez, um papel mais discreto à maximização da riqueza. (SALAMA, 2010, p.35). Por pragmatismo jurídico entende-se que toda e qualquer demanda deveria ser julgada a partir das necessidades humanas e sociais, ou seja, deve-se compreender o direito em termos comportamentais. Parafraseando Posner (1990, p.459), "o direito é uma atividade, mais que um conceito ou grupo de conceitos". Nessa perspectiva, o direito é o juiz, é a atividade jurisdicional. O juiz pragmatista cria o direito e não apenas o reproduz. Assim, desconsidera-se a ideia de interpretação judicial porque o juiz pragmatista não interpreta a lei, ele considera as consequências de decisões alternativas que, por sua vez, podem ser embasadas em diferentes fontes (jurídicas ou não). Nesse pensar, de todas as possibilidades de decisão, o pragmatismo jurídico, tenta supor as consequências de cada decisão, escolhendo a que parecer melhor. Será melhor a que mais corresponder as necessidades humanas e sociais. Todavia, não há como negar a existência da Análise Econômica do Direito e sua influência nas recentes decisões jurídicas.

> "O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre as pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional." (ZLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p.3).

Assim, não há como pensar o Direito e a Economia separadamente, mas, também, não podemos afirmar que eles pertencem ao mesmo sistema. Ambos são áreas independentes que influenciam e são influenciadas uma pela outra. Na economia neoclássica tínhamos o Direito apartado da Economia. Hoje temos na Nova Economia Institucional a interface desses institutos que é a chamada Análise Econômica do Direito que investiga, sobretudo, a economia dos custos e transações do sistema jurídico-constitucional pátrio. É nesse sentido que Mackaay e Rousseau (20015, p. 674) defendem a atuação em conjunto do jurista e economista:

[3] Salama (2010, p.40) relata que: "Em Problemas de Filosofia do Direito de 1990, Posner expressamente abandonou sua defesa da maximização da riqueza como fundação ética do direto, e passou a defendê-la de modo bem mais limitado a partir de uma perspectiva pragmática. Posner observou que a teoria fundacional (por ele mesmo formulada) "tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta".

> "A análise empírica é mais difícil e exige mais tempo que a conceitual. Exige, ainda, o domínio de um conjunto de ferramentas especializadas (formulação de modelos, técnicas de análise de dados etc.). A atual formação do jurista não o prepara, verdadeiramente, para esse tipo de trabalho e, em consequência, deverá atuar juntamente com o economista. É preciso, então, ter vocabulário comum, compartilhado, e compreender bem a contribuição e o modo de operação do parceiro."

Na verdade, com os chamados estudos empíricos, a Análise Econômica do Direito, permite um estudo mais detalhado das consequências das decisões jurídicas. Nesse pensar, a Análise Econômica do Direito é complementar ao Direito o que nos permite, inclusive, obter uma visão mais moderna do próprio Direito.

2 O sistema jurídico

Primeiramente é necessário entendermos o que é um sistema. Para nossa compreensão, podemos chamar de *sistema* um conjunto de elementos que formam um todo ordenado. O todo é, na verdade, a soma das partes. Ou seja, o sistema é algo superior à união de suas partes apresentando fatos novos que não constam nas partes (isoladas).

Atualmente, a palavra sistema é empregada em diferentes áreas como, por exemplo, medicina, biologia, informática, administração e direito. Sua origem grega no remete ao significado de *combinar, ajustar, formar um conjunto.* Para este estudo, abordar-se-á apenas os chamados de *sistemas sociais*, que são sistemas comunicativos que se reproduzem. Nessa perspectiva, o Direito é considerado um subsistema social.

No âmbito do sistema da sociedade, as comunicações internas deverão ser identificáveis. A particularização dos diferentes tipos comunicativos torna possível a identificação de cada uma com base em um código específico, havendo então a especificação de funções com base neste código. É justamente essa codificação que viabiliza a existência de comunicação da sociedade, pois, as comunicações são reconhecidas e passam a integrar os sistemas funcionais. Dito de outro modo, é a própria particularidade do código que remete ao sentido fundamental de determinada comunicação.

O Direito opera sob a forma particular direito/não-direito, apresentando-se como um dos subsistemas sociais cuja ativação dá-se precisamente em razão do desenvolvimento da

sociedade como um todo, adquirindo sua autonomia funcional em decorrência dos problemas reiteradamente produzidos no curso da história da sociedade, bem como da consequente necessidade de sua regulação (Luhmann, De Giorgi, 1993, p. 327). Nesse contexto, a evolução do direito não implica em progresso ou em eventuais melhorias. A evolução, portanto, relaciona-se com os processos de diferenciação por meio dos quais o sistema adapta-se à realidade do momento, tornando-se capaz de produzir respostas de acordo com a binariedade específica que o caracteriza.[4]

Os sistemas, enquanto aquisição evolutiva da sociedade, operam de forma binária. Aceitando um código binário (direito/não-direito), o sistema jurídico é (auto)obrigado a essa bifurcação, passando a reconhecer como operações próprias somente aquelas que se relacionam com essa binariedade (Luhmann, 1994, p. 18). A partir desse momento, somente pode-se falar em comunicações jurídicas quando determinada comunicação manter relação com essa codificação específica do sistema do direito.

O processo de diferenciação funcional se dá "cuando un sistema se diferencia del propio entorno, al trazar limites" (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 56.). Nota-se então que o surgimento de limites internos, dada a formação de subsistemas funcionais, pressupõe a compreensão da diferenciação sistema/entorno no interior do próprio sistema, logo o interior da sociedade, será compreendido enquanto entorno dos demais subsistemas. Melhor dito, o sistema social abarcará um sem número de novos subsistemas, cada um diferenciado com base em funções específicas. Desse modo, para um sistema em particular, os demais subsistemas serão concebidos como entorno ou como sistemas no entorno. (LUHMANN, 1990, p. 52).

Um sistema "diferenciado" deve ser simultaneamente fechado e aberto. *Operativamente* fechado para manter a sua unidade e *cognitivamente* aberto para poder interagir com os demais sistemas.

Nesse pensar, o sistema transaciona informações com o seu meio ambiente onde denomina-se de *input* o que entra nele e *output* o seu produto (decisões jurídicas) para o meio ambiente. Em outras palavras, o Direito traduz os fatos (sistema aberto) fechando operacionalmente (ordenamento jurídico) para emanar uma decisão jurídica. Ou seja, o

[4] Todo o movimento da sociedade, por sua vez, evolui mediante o estabelecimento de um certo *sentido particular* para as comunicações. A recursividade de determinadas comunicações, como a jurídica, econômica, religiosa ou política, promove, via de consequência, a evolução sistêmica por meio de processos de diferenciação funcional. A evolução social relaciona-se com a especificação de funções particulares por determinados sistemas. Vide LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 393.

operador do Direito olha para o meio ambiente (interesses políticos, econômicos, sociais, morais e etc) e converge esses interesses em conceitos fechando operacionalmente o sistema (*input*) para produzir uma decisão (*output*).

O teórico mais conhecido da "teoria dos sistemas" é Niklas Luhmann. Luhmann cria uma teoria geral da sociedade, a partir de uma visão sistêmica que terá a pretensão de explicar a sociedade moderna supercomplexa. Sendo assim, o autor (LUHMANN, 1997, p.10) tem uma trajetória marcada por duas fases, na primeira ele desenvolve uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente; na segunda ele substitui a teoria dos sistemas abertos pela dos sistemas autopoiéticos. Nessa segunda fase de sua teoria Luhmann nos trouxe o conhecimento da *autopoiese* nos sistemas definindo-a como a característica de auto-reprodução de seus elementos:

> "Sistema autopoiético, traço característico de todo sistema vivo (Maturana, citado em Luhmann), do grego *auto* (mesmo) e *poien* (produzir), significa a capacidade do sistema de elaborar a partir dele mesmo sua estrutura e os elementos que se compõem. Para Luhmann, no entanto, não só sistemas vivos mas também psíquicos e sociais são autopoiéticos. São sistemas que produzem e reproduzem seus próprios elementos, dos quais são constituídos. Sistemas que se auto-reproduzem são auto-referentes, ou seja, produzem e reproduzem constantemente sua própria constituição." (LUHMANN, 1997, p.16).

Assim, conforme evidenciado, Luhmann denomina a autoprodução/auto-reprodução dos sistemas de autopoiese. O Direito é um sistema funcional, autopoiético e impermeável ao meio ambiente. Entretanto, paradoxalmente, a abertura ao meio ambiente é condição de viabilidade do próprio sistema jurídico que necessita comunicar-se com o meio externo a ele.

A comunicação entre diferentes sistemas é chamada por Luhmann de acoplamento estrutural. Cada sistema tem elementos constitutivos próprios o que permite a diferenciação entre um e outro sistema. Dentre os sistemas sociais, por exemplo, temos a Constituição como norte do acoplamento entre os sistemas jurídico, político e econômico. Nesse pensar, Luhmann (1996, p.113) resume:

> O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter a suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito/não direito, lícito, ilícito, se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados, sensíveis apenas a perturbações e não a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à

> respectiva linguagem sistêmica para poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com as das bolas de bilhar que, apesar da contínua freqüência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das Constituições consiste na diferenciação funcional do sistema social.

Diante do exposto por Luhmann, cada sistema percorre o seu caminho apartadamente sendo as Constituições a responsável pela diferenciação funcional entre os sistemas sociais.

Ademais, o fechamento operacional do sistema é indispensável a manutenção do próprio Estado de Direito, de modo que não é possível filtrar diretamente o ambiente exterior (econômico, político, moral e etc) embora esses elementos externos, cognitiva e semanticamente, sejam abertos a ele por meio de acoplamentos estruturais. Para Luhmann, o fechamento operacional do Direito está na sua positividade. Segundo Neves (2006, p.80):

> [...] positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese (auto-referência, autonomia, ou fechamento operacional, "autodeterminidade") do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade.

Enfim, a positividade do direito (ou autodeterminação) leva ao fechamento operacional do Direito e, por sua vez, a autopoiese do sistema jurídico – mantendo a essência do Estado de Direito. A codificação existe inclusive para que se possa separar o Direito dos demais subsistemas. Por outro lado, o mesmo sistema jurídico está aberto cognitivamente ao ambiente externo a ele. É a autonomia autopoiética do próprio sistema jurídico que nos permite observar um fator econômico a partir do código operacional direito/não direito.

Dentro da teoria dos sistemas, a sociedade moderna é entendida como complexa (no sentido de haver uma pluralidade de ações). Para Luhmann, os sistemas têm a função de reduzir a complexidade do mundo, permitindo que a ação humana e a vida possam se orientar (autopoiese). Em outras palavras, o sistema é uma construção de possibilidade de vida por meio da redução da complexidade do mundo. Citando o próprio Luhmann, contribui Marcelo Neves (2006, p.81):

> [...] sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A qualidade normativa serve à autopoiese, a cognitiva serve à concordância desse processo entre o ambiente e o sistema.

Segundo Luhmann, os sistemas sociais têm uma dupla função, eles são os mediadores entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência. Tentando reduzir complexidade, os sistemas sociais utilizam-se da dupla seletividade, ou seja, selecionar as possibilidades do mundo a partir de critérios internos ao sistema. (MADEIRA, 2007).

Também, o avanço da sociedade moderna foi responsável pela propagação da teoria de Luhmann onde tem-se o sistema jurídico fechado (codificado e auto referenciado) e sua abertura com o exterior permitindo através do *input* a própria evolução do sistema (ligando o passado ao futuro). Para Neves (2006, p. 82):

> "A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e veloz (...). A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de afirmar-se com respeito a um fechamento indiferente ao ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e reciclar-se, sensível ao seu ambiente."

Contudo, frisa-se que há a possibilidade de o próprio sistema converter esses fatores externos, geralmente adaptados, em dados próprios, atuando no processo contínuo de evolução do sistema. Mas, para isso é necessário selecionar esses dados através de acopladores estruturais e operacionais para que esses dados sejam convertidos em dados próprios. É nesse sentido a conclusão de Madeira (2007) que enfatiza que "o direito pode ser mudado apenas dentro de seus próprios limites. O sistema jurídico apresenta-se digno de regras de procedimento cuja relação com a hierarquia material deve continuar obscurecida."

O "sistema jurídico" é a chave para definir os limites de atuação dos magistrados e tribunais. O ordenamento jurídico tem que encontrar dentro dele mesmo a solução para resolução de seus problemas. O constitucionalismo contemporâneo (social, compromissório e dirigente) não valida interpretações discricionárias. Diante de ausência e divergências de textos constitucionais, é dever do magistrado encontrar elementos (critérios jurídicos) nele próprio e emanar constitucionalmente adequada sua decisão.

Nesse pensar, é possível que o Direito maximize da melhor forma possível a riqueza da sociedade para a configuração e interpretação das normas jurídicas, mas, não podemos afirmar que a maximização de riqueza seja o principal valor a ser considerado para a tomada de uma decisão, conforme Posner propôs recentemente.

Um operador do Direito não deveria lidar diretamente com interesses econômicos (ou políticos, por exemplo) guiados pela maximização da riqueza. Ainda, no Estado Democrático de Direito, o juiz não está legitimado a praticar tal arbitrariedade. Na realidade, o que determinará os limites de atuação dos magistrados será a observância do caso concreto. Fatores externos existem e o magistrado fará a filtragem sempre de acordo com a ordem normativa vigente. E mais, sempre de acordo com o sistema jurídico-constitucional vigente.

Nesse sentido é a conclusão de Salama (2008, p.10):

> Posner postulará, então, que ao interpretar e aplicar a lei o juiz de direito deva sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, por outro lado, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência.

Pois, conforme exposto, diversos são os valores e princípios a serem observados para a formação da decisão jurídica. No relacionamento sistêmico entre a economia e o sistema jurídico, o Direito tem também a função que simplificar a complexidade da sociedade para tornar uma decisão possível juridicamente. Veja o entendimento de Simioni e Miranda (2007) sobre a questão:

> As operações jurídicas (decisões) estão obrigadas a essa "filtragem da realidade", porque de outro modo seriam decisões impossíveis ou não jurídicas. A diferenciação funcional do direito, conquistada através da sua positividade, é o que permite a uma decisão jurídica ser uma decisão que decide com referência à diferença entre direito e não direito, garantindo assim uma autonomia operacional que produz a própria identidade dessa decisão como decisão funcionalmente diferenciada (Luhmann, 2002). E é o que permite também, simultaneamente, aos outros sistemas planejarem suas próprias operações. A positividade do direito é o que permite aos demais sistemas da sociedade terem o sentido do futuro. Mas essa simultaneidade não significa sincronização entre direito, política, economia, ciência, educação e etc.: simultaneidade significa incontrolabilidade (Luhmann, 2002, p. 354).

Nesse pensar, qualquer fator não-jurídico é absorvido pelo sistema jurídico positivado para que seja possível legitimamente a prolação da decisão jurídica. Evidenciado também que o Direito e a Economia não fazem parte do mesmo sistema e sim, são sistemas diferentes, acoplados estruturalmente onde a Análise Econômica do Direito faz a intersecção entre ambos. Na verdade, o que diferencia um sistema da sociedade dos demais não é a

localização desse sistema e sim a sua produção (*output*) no meio ambiente o que permite que a Análise Econômica do Direito seja o próprio Direito em alguma operação.

Por fim, qualquer sistema pode e deve participar comunicativamente em outro sistema da sociedade inclusive, mutando-o ou evoluindo-o. Como formas de comunicação da sociedade, o direito e a economia, podem estar em qualquer tempo e lugar, disponíveis às decisões de qualquer sistema onde os seus limites, desvelados, passam a ser somente limites!

3 Da simultaneidade

Diante do sistema jurídico e do sistema econômico e, ainda, da comunicação entre esses sistemas (análise econômica do direito), em uma perspectiva de tempo e espaço, não é possível falar em simultaneidade. Traz-se o entendimento de Simioni e Miranda (2007) sobre a questão:

> O simultâneo é incontrolável porque, em uma perspectiva temporal (passado/futuro), o controle pressupõe uma comparação entre o presente e o passado: na simultaneidade, essa comparação se torna impossível; e em uma perspectiva objetiva (sistema/ambiente), já se pode supor que não há controle que não seja controlado e isso é, paradoxalmente, o que permite uma decisão jurídica sobre decisões políticas, econômicas, científicas, morais, éticas e etc., sem o risco dessa decisão jurídica deixar de ser jurídica para ser política, econômica, científica, moral, ética e etc. Por isso, para um relacionamento sistêmico entre a corrupção e o sistema jurídico, a observação precisa ir além das condutas de pessoas corruptas. Precisa observar a corrupção como um evento desvinculado linearmente das condutas de pessoas. Precisa observar a corrupção como comunicação. É desse ponto de vista (comunicativo), portanto, que se torna possível observar observações (Luhmann & De Giorgi, 2003), ou seja, observar como a observação de primeira ordem resolve os paradoxos da sua própria observação (Rocha, 1997).

A possibilidade de que os sistemas sociais observem seu entorno é uma característica fundamental para a manutenção de sua autopoiese. Nesse sentido, a simultaneidade não é um conceito possível desde a ótica sistêmica, afirmando-se como necessária a constatação de que os sistemas sociais são inter-relacionados, porém suas operações não são simultâneas. Por assim dizer o acoplamento estrutural entre distintos discursos sociais ou com outras comunicações extrasistêmicas, ainda que não autonomizadas, constitui uma evidente necessidade para a continuidade da autopoiese da sociedade.

O acoplamento estrutural, em sua vertente biológica originária, é definido por Humberto Maturana e Francisco Varela como uma estratégia necessária à manutenção da autopoise sistêmica, sendo que os resultados desses constantes acoplamentos entre diferentes sistemas será uma história de alterações estruturais recíprocas, até o momento em que o sistema não mais exista (2001, p. 87). É o acoplamento estrutural condição para que os sistemas observem e reajam às perturbações ambientais.

Luhmann (1997, p. 52), por sua vez, observa que o conceito de autopoiese transfere a noção de autoprodução das estruturas em direção aos elementos do sistema. Dessa maneira, os sistemas autopoiéticos são aqueles que (re)produzem continuamente seus elementos internos, com base em seus próprios elementos. Essa contínua reprodução comunicativa, por sua vez, pressupõe, a todos os momentos, evidentes acoplamentos sistema/entorno. Em outras palavras, "el acoplamiento estructural, entonces, excluye que datos existentes en el entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en el sistema" (Luhmann, De Girogi, 1993, p. 52), sendo a realidade intrasistêmica, bem como suas possíveis formas de acoplamento, especificada pelo próprio sistema.

Nesse pensar, a simultaneidade torna impossível uma decisão jurídica ser ao mesmo tempo uma decisão econômica o que, paralelamente, nos permite concluir que a economia tem que ser compreendida isoladamente do direito. Ambos são sistemas diferentes que, acoplados estruturalmente na perspectiva ambiente, se comunicam através da análise econômica do direito que, por sua vez, influencia e é influenciada tanto pelo sistema jurídico quanto pelo sistema econômico. O interesse econômico convergido no ordenamento jurídico passa a ser jurídico bem como, o interesse econômico analisado fora do sistema jurídico é apenas interesse econômico.

Considerações Finais

Não obstante a abordagem multidisciplinar da Análise Econômica do Direito, no Brasil é recente a sua utilização. Ainda carecemos de estudos e produção doutrinária para que essa teoria seja ajustada à realidade nacional.

Ademais, é através da análise conjunta entre a Economia e o Direito que podemos chegar a um entendimento mais profundo da realidade e possibilidade de visão crítica de novos e relevantes temas de interesse social.

Diante do caráter "construtivo" da ciência jurídica e diante dos novos contextos sociais, restou demonstrado que a fiel utilização teórica da Análise Econômica do Direito com a filiação da maximização de riqueza em substituição à valoração moral do Direito não é possível. Nos dias atuais é impossível defendermos a tomada de uma decisão apenas com valores econômicos. De outra sorte, restou evidenciado que o Direito, ao estabelecer normas de condutas entre as pessoas, deverá levar em conta sim, os impactos econômicos decorrentes das decisões jurídicas, todavia, esses não devem ser os únicos fatores a serem analisados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia (e vice-versa) sendo a Análise Econômica do Direito a interface entre esses dois grandes sistemas.

Visto também que um sistema "diferenciado" deve ser simultaneamente fechado e aberto. Aberto cognitivamente para interagir com os demais sistemas da sociedade e fechado operativamente para manter a sua integridade. O Direito então, converge interesses do meio ambiente (interesses econômicos, políticos, sociais, morais e etc...), fechando-se operacionalmente (ordenamento jurídico) para emanar uma decisão jurídica. Essa positividade do Direito, na verdade, mantém o significado normativo do sistema jurídico.

Por sua vez, é a autonomia autopoiética do sistema jurídico que permite a observação de um fator econômico a partir do seu próprio código operacional (direito/não direito). Novamente, não é o sistema econômico que altera uma decisão jurídica e sim a decisão jurídica que opera fora do sistema sobre interesses econômicos.

Ademais, a abertura ao meio ambiente é condição de viabilidade do próprio sistema jurídico permitindo que uma dada norma codificada venha a atender novos litígios (sobre novos fatos), de acordo com o caso concreto e respectiva filtragem constitucional e, por sua vez, permitindo um sentido futuro no tocante à aplicação de normas jurídicas a novas e diferentes situações.

Por fim, não é possível falar em simultaneidade entre o sistema jurídico e o sistema econômico. O interesse econômico analisado pelo ordenamento jurídico deixa de ser econômico passando a ser jurídico. A positividade desse "direito" é quem permite fazer a distinção entre direito/não direito de eventual interesse econômico. Nesse pensar, não se fala em sincronização do Direito e da Economia e sim na análise desses dois sistemas de modo

autônomo e interrelacionado, mantendo-se, com isso, a necessária autonomia do sistema jurídico.

Referências

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Antrophos, 1996.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, MA: Belknap, 1985.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. em G. Zagrebelsky (org.), **Il futuro della Costituzione.** Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann:** A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. **Seqüência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema:** la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad.** Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAUS, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** São Paulo: Atlas, 2015.

MADEIRA, Lígia Mori. **O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierrre Bourdieu e Niklas Luhmann.** In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, 2007. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197. Acesso em: 11 mar 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POSNER, Richard. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia:** textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justica e Eficiência**: A Perspectiva de Richard Posner. Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Aug 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/brunomeyerhofsalama/30. Acesso em: 25 fev. 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; MIRANDA, Daniela. **Direito, silêncio e corrupção:** um diálogo com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n.40, abr 2007.Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4103&revista_caderno=15. Acesso em: 06 mar 2019.

ZLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia:** análise econômica do Direito e das organizações. São Paulo: Campus Elsevier, 2005.