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.

ENSAIO SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

STUDY ON ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Marcelo Negri Soares [1]
Raphael Farias Martins [2]

Resumo

O presente artigo analisará o conceito de direito e de econômica com o intuito de entender a escola de análise dos fenômenos jurídicos pelos princípios econômicos surgida em 1960 nos Estados Unidos da América.

Palavras-chave: Direito, Economia, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article will analyze the concept of law and economics in order to understand the school of analysis of legal phenomena by economic principles that emerged in 1960 in the United States of America.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Economics, , economic analysis of law

[1] Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Mestre pela PUC-SP (2005). E-mail: negri@negrisoares.com.br

[2] Mestrando em Ciências Jurídica pelo UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá, especialista em Direito Processual Civil pelo UNIBRASIL – Centro Universitário Autônomo do Brasil (2009). E-mail: raphael@martinsvieira.adv.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o conceito de direito e de economia com o intuito de compreender os pressupostos da escola de análise dos fenômenos jurídicos pelos princípios econômicos surgida na década de 1960 nos Estados Unidos da América.

Apesar da escola estadunidense de Análise Econômica do Direito ter iniciado suas atividades na década de 1960, no século XVIII, Adam Smith, analisou os efeitos econômicos na legislação mercantilista, e Jeremy Benthan inaugurou a escola do utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade.

Bentham utilizando-se dos pressupostos do utilitarismo elaborou significante e extensa análise da aplicação coercitiva da lei e dos procedimentos legais, tendo examinado sistematicamente o comportamento dos atores sociais ao se depararem com incentivos legais, avaliando os resultados do nível de bem estar social.

O presente estudo se justifica pela contribuição acadêmica acerca do tema relevante e interdisciplinar que possui vastas possibilidades para pesquisa dos seus aspectos jurídicos e econômicos, os quais, naturalmente, não serão exauridos com o presente trabalho, em geral, para a reflexão de juristas e economistas que possuem interesse em se aprofundar ao tema proposto, para tanto será realizada pesquisa essencialmente bibliográfica.

Para fins didáticos, o artigo será dividido em seis tópicos. O primeiro tópico será o introdutório sobre o tema trabalhado no presente artigo. O segundo tópico abordará considerações sobre os reflexos das transformações sociais/econômicas no ordenamento jurídico. O terceiro abordará o conceito de economia e de direito. O quarto tratará sobre a escola estadunidense de Análise Econômica do Direto. O quinta trará as conclusões e o derradeiro tópico as referências bibliográficas. No presente trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo.

2 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E ECONOMICAS REFLETEM DIRETAMENTE NO DIREITO

Acredita-se que a origem do termo pessoa deriva do termo grego *prósopon* que originalmente significava "face" ou "máscara", originário do teatro grego, no qual os atores no palco vestiam máscaras para revelar ao público o personagem e seu estado emocional.

De personagem do teatro, pessoa passou a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da *polis* grega, representa o seu papel.

A utilidade do conceito de pessoa, no pensamento antigo, está na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade. A sua individualidade revela-se, neste contexto, um papel, uma máscara em meio a coletividade.

A enorme dificuldade que o pensamento antigo tinha em lidar com as realidades individuais deve-se ao fato de que na antiguidade imperava uma visão monista da realidade.

Na Roma Antiga *persona* possuía o mesmo significado de *prósopon* na Grécia, concepção esta que apenas teve mudança com a teologia trinária cristã, momento em que pessoa passou a designar uma realidade substantiva, sendo verdadeira categoria ontológica.

A idade clássica deixou de considerar e valorizar individualmente e subjetivamente o próprio sujeito. O homem era concebido como parte integrante de um todo; a coletividade sobrepunha-se ao indivíduo, eis que a *pólis* revela-se como elemento de maior importância. (PERA JUNIOR, 2017, p. 25)

A perspectiva individualista e subjetiva teve início com postulado relacionado à semelhança do homem a Deus na teologia cristã, deixando-se de lado o monismo antigo, que sacrifica o concreto em face do universal, dando lugar ao dualismo filosófico: natureza (*physis*) *versus* pessoa (*hypostasis*).

Para a natureza (*physis*), reserva-se a universalidade ou essência da realidade. A noção de pessoa, a realização própria, num sujeito determinado, dessa natureza ou realidade universal. Pessoa torna-se, assim, a forma especial ou particular de *ser* de uma determinada natureza.

Com esta dimensão ôntica, o mistério da Santíssima Trindade era explicado afirmando que em Deus existia uma única natureza divina dividida em três pessoas iguais e distintas. Uma só *physis* em três *hypostasis*. O problema cristológico, por sua vez, era resolvido recorrendo à ideia de união hipostática: em cristo existiam duas naturezas – a humana e a divina – em uma só pessoa

Para a visão cristã de Homem não havia qualquer dificuldade ou problema na individualidade, ao contrário, a individualidade aparece como máxima perfeição na própria ordem do ser.

No pensamento moderno em que a filosofia se debruça, já não mais sobre a realidade, mas antes sobre o sujeito cognoscente, o conceito de pessoa sofre alteração semântica: o conceito de *persona* perde seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica.

A alteração conceitual é grande. Se a reflexão teológica cristã havia construído uma noção metafísica de pessoa, na época moderna observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico e identificando a noção de pessoa com na realidade psíquica, emotiva, subjetiva.

Já na antropologia contemporânea existem dois sistemas diversos – o *existencialismo* e o *personalismo* – que a partir de dois elementos essenciais: a *lateralidade* e a *abertura relacional*, conceituam a pessoa.

Para o *existencialismo* a ideia de pessoa é marcada como projeto de si, como o desafio permanente a ser mais ou a ser algo. Quanto ao que seja a projeto de si mesmo divergem-se os autores, para muitos esta dimensão da realização limita-se à realidade fática e histórica da civilização e da sociedade. Para outros, ao contrário, o homem projeto de si mesmo realiza-se na abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno que transcende o tempo e história, ainda que o fundamento do homem seja a sua existência, esta só se realiza e conhece na abertura ao transcendente (GONÇALVES, 2008, p. 36).

Juan Sahagun Lucas, citado por Diogo Costa Gonçalves, afirma que o núcleo essencial do *personalismo* está na abertura ao outro, enquanto dimensão constitutiva da pessoa. O pensamento personalista não parte da subjetividade, mas da intersubjetividade. Da intersubjetividade não no sentido da dissolução do Homem no coletivo, no social, mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade.

A evolução do conceito de pessoa durante a história permitiu lidar com as realidades individuais, em contraponto com a visão monista reinante na antiguidade clássica, onde imperava a importância da universalidade, com o desenvolvimento do pensamento filosófico, a pessoa passou a ganhar importância como indivíduo, seus sentimentos e relação dela com o com a coletividade passou a ser valorizada.

As transformações sociais como as econômicas refletem diretamente no direito. Acompanhar estas mudanças é fundamental para o ordenamento jurídico possa ter legitimidade.

A evolução do conceito de pessoa e dos direitos individuais culminaram com a Revolução Francesa, marco relevante tanto para a economia quanto para o direito, devido ao rompimento da estrutura estatal existente a época que servia como instrumento de abusos de monarcas e de privilégios para a nobreza, a Revolução Francesa representada o marco inicial da Idade Contemporânea fundada na influência do liberalismo econômico.

A nova ordem social inaugurada com a Revolução Francesa se diferenciava do regime anterior, principalmente, por não admitir a interferência do Estado na ordem natural da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade (GRAU, 2012, p. 18).

A essência do direito liberal foi estampada no art. 4º da Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão: 'A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.'

A liberdade trazida pela Revolução Francesa permitiu a dicotomia entre o direito público e o direito privado criando espaço de autonomia para a livre realização da vontade das pessoas, que podiam reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado.

O monstruoso *Leviatã* parecia, enfim, domado. Cada pessoa tinha liberdade para fazer aquilo que não prejudicasse a outra. Acreditava-se, naquele momento histórico que, deixadas livres para perseguir sua própria felicidade, as pessoas alcançariam o máximo bem comum.

Entrementes, a liberdade conquistada permitiu a degradação do homem pelo homem, como visto na Revolução Industrial, período histórico em que as pessoas se sujeitavam a situações desumanas de moradia e de trabalho para suprir suas necessidades básicas, tudo permitido pela ordem jurídica vigente, qual seja o direito liberal que afastava o Estado das relações entre particulares.

Os abusos ocorridos demonstraram que não bastava o homem ser protegido contra os desmandos do Estado e das agressões de seus semelhantes, deveria a ordem jurídica proteger o homem dele mesmo, ou seja, "domado o *Leviatã,* o direito se propunha agora a enfrentar o *lobo*." (SCHREIBER, 2014, p.3)

A sociedade contemporânea é regida por uma série de normas e princípios que visam proteger os indivíduos e garantir-lhes determinado número de direitos e impor-lhes igual número de deveres. Dentre os direitos encontra-se a categoria que se constitui nos direitos primeiros, também conhecidos como direitos fundamentais, que têm por objetivo tutelar a pessoa humana, individualmente, de toda série de ataques. (SZANIAWSKI, 2005, p. 19)

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos sob a óptica dos condicionantes históricos, políticos, filosóficos e sociais que os circundam e delimitam.

Para a existência dos direitos fundamentais é necessária a coexistência de três elementos: Estado; Individuo e Texto normativo regular de relação entre Estado e Indivíduos. O Estado é necessário por ser um aparelho de poder centralizado que pode efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, do Tribunais, da Polícia, das forças armadas, sendo que sem a sua existência a declaração de

direitos fundamentais carece de relevância prática. O Indivíduo individualizado é sujeito dos direitos fundamentais, individualização que inexistia nas sociedades do passado, onde as pessoas eram consideradas *membros* de grandes ou pequenas coletividades (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a elas e privadas de direitos próprios. A existência de texto normativo regular da relação entre Estado e indivíduos é imprescindível por declarar e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual, devendo o texto deve ter validade em todo o território nacional e ter força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas. (DIMOULIS, 2013, p. 10-12)

O citado jurista afirmar que estes três elementos apenas se apresentaram de forma conjunta a partir da segunda metade do século XVIII, período da Declaração de Direitos (Bill of ritghs) nos Estados Unidos da América em 1776 e na Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão na França em 1789 (Revolução Francesa).

Doutrinariamente, os direitos fundamentais estão consolidados em três dimensões. Os direitos fundamentais de *primeira dimensão* apareceram ao longo do século XVIII, como produto de um cenário histórico marcado pelo pensamento liberal-burguês, pelo racionalismo iluminista e pelas revoluções políticas. Tratam-se de direitos inerentes à individualidade, vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, e à resistência às mais diversas formas de opressão, nesta dimensão são afirmados direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, preceituando a autonomia individual ante o poder estatal, sendo tidos como direitos *negativos* por determinarem abstenção do Estado em favor da garantia formal dos direitos individuais fundados no princípio da liberdade.

A *segunda dimensão* traz direitos oriundos dos impactos do processo de industrialização e dos graves problemas socioeconômicos sofridos pela sociedade ocidental no decorrer do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Na contextualização histórica dos direitos de segunda dimensão, como bem ensina Antônio Carlos Wolkmer (1994, p. 8), “o capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado de Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho”. Surgem nesse contexto, direitos de dimensão positiva que exigem do Estado um comportamento ativo, uma prestação.

Os direitos fundamentais de *terceira dimensão* consistem nos chamados direitos transindividuais fundados no princípio da fraternidade ou da solidariedade. O titular dos

direitos deixa de ser o homem individualizado passando para as coletividades (povo, nação, comunidades locais e internacionais), caracterizando-se, por conta disso, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Entre os principais direitos fundamentais de terceira dimensão tem-se os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade e o direito de comunicação.

A expressão direitos fundamentais não é a única que serve para designar tais direitos, há uma série de outras expressões, incluindo liberdades individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos naturais e direitos subjetivos. (DIMOULIS, 2013, p.39)

As mudanças econômicas e sociais ocorridas na Revolução Francesa que ocasionaram imensas transformações no direito, são exemplos importantes da necessidade do acompanhamento do ordenamento jurídico com os anseios sociais, pois sua legitimidade advém da sociedade que regula.

3 ECONOMIA E DIREITO

O Direito e a Economia enquanto ciências sociais objetivam o estudo e a ordenação do comportamento das pessoas.

A Economia pesquisa como o indivíduo, a partir de suas escolhas racionais, toma decisões e quais são as consequências geradas por elas. O Direito analisa o comportamento humano e tende a regulá-lo partindo dos valores eleitos pela sociedade.

A economia pode ser entendida como "a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos." (ROBBINS, 1945 APUD GICO JR, 2010, p.17).

Em termos históricos, desde o Século XVIII com a publicação das obras de Jeremy Bentham (1748-1832), a economia é concebida como teoria das escolhas racionais, estudo voltado para os incentivos e restrições comportamentais que não tem natureza monetária. Essa maneira de conceber a economia é retomada e revigorada por autores ligados à "Escola de Chicago", por exemplo: Milton Friedman, Ronald Coase e Gary Becker (POSNER, 2010).

De acordo com Ivo Teixeira Gico Junior o modelo econômico de análise se funda nos seguintes postulados:

a) A escassez de recursos na sociedade. Como os recursos são escassos, há problemas econômicos e jurídicos. Sendo assim, a escassez obriga que escolhas entre alternativas possíveis e excludentes;

b) Toda escolha pressupõe um custo, o custo de oportunidade. Tal custo está associado a uma segunda alocação factível interessante para o recurso que foi preterida;

c) Como escolhas devem ser feitas, na perspectiva custos-benefícios, a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora;

d) Pessoas responde a incentivos;

e) Os agentes livres interagem em contextos sociais onde ocorrem trocas por barganha chamados mercados;

f) Mercados encontram se equilíbrio quando os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos;

g) Quando ocorre o equilíbrio, atinge-se um estado de eficiência, Pareto eficiência, ou seja, nenhuma outra alocação de recursos possível irá melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem.

A Economia é a ciência social que se ocupa da administração dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos, estudando a organização social, pela qual os homens satisfazem suas necessidades de bens e serviços escassos". (RIZZIERI, 2006, p. 11)

Já o Direito pode ser compreendido como um conjunto de normas ou regras de conduta regulamentam determinada sociedade (BOBBIO, 2016, p. 25).

A doutrina contratualista entende que a origem do direito está intimamente ligada ao início da vida em sociedade, ou seja, com a criação do Estado, momento em que ocorre o rompimento com o estado de natureza em que vivia o indivíduo.

Rosseau[1], na obra intitulada Contrato Social, afirma que o homem chegou ao ponto de

[1] Suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser.
Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não tem meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-se a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo. (ROUSSEAU, 2006, p. 20)
Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quanto são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de *Cidade*, e hoje o de *República* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quanto ativo e de *Potência* quando comparado aos seis semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de *povo* e se chama, em particular, *cidadãos*, enquanto participantes da autoridade soberana, e *súditos*, enquanto submetidos às leis do Estado. Esses termos, porém, confundem-se amiúde e são tomados um pelo outro; basta saber distingui-los quanto empregados em toda a sua precisão. (ROUSSEAU, 2006, p. 22)

que sua força como indivíduo era insuficiente para suplantar os obstáculos prejudiciais a sua conservação no estado de natureza em que vivia, fazendo-se necessária a união de forças para sobrevivência, o que levou ao surgimento do Estado.

Os seres humanos passaram a viver em sociedade para sobreviver. Ao contrário de espécies animais que, em isolamento relativo, são capazes de viver de maneira razoavelmente adequada, os seres humanos não são dotados com a aptidão física necessária para obter as condições materiais de vida. Os seres humanos sobrevivem e progridem porque, vivendo sempre em grupos, aprenderam a subdividir tarefas e a utilizar instrumentos de trabalho em quantidade cada vez maior e de qualidade cada vez melhor, possibilitando ao homem ampliar extraordinariamente seu poder sobre a natureza, bem como desenvolver seu potencial para produzir e satisfazer as necessidade materiais de vida (HUNT, 1993, p. 9).

No estado de natureza todos os homens eram iguais e necessitavam usar a força para defender seus interesses, constituía-se em um estado de anarquia permanente, no qual todos lutavam todo, ou seja, *bellum omnium contra omnes*. Para sair desta condição, criou-se o Estado, atribuindo-se toda força a uma só instituição, que passou a possuir força indiscutível e irresistível para constranger os indivíduos a cumprir com as leis, caso não o fizesse espontaneamente (BOBBIO, 2006, p. 35).

O início da vida em sociedade levou a criação do Estado, das relações econômicas e do direito.

A comunicação entre juristas e economistas impõe a superação de diferenças metodológicas, pois enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Econômica é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo. (SALAMA, 2008, p. 49)

A necessidade de inter-relacionamento entre a Economia e o Direito se torna clara por integrarem “um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele” (NUSDEO, 2008, p. 30).

Desse modo, a Economia ao estudar a produção e distribuição dos bens e serviços, dinamizando o mercado e o capital, deve considera o valor do indivíduo; da mesma forma que Direito deve considerar a escassez dos recursos na distribuição da riqueza na sociedade.

O direito redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida, a economia, que legitimara o reducionismo quantitativo e tecnocrático com o pretendido êxito das previsões económicas, é forçada a reconhecer, perante a pobreza dos resultados, que a qualidade humana e sociológica dos agentes e processos econômicos entra pela janela depois de ter sido expulsa pela porta. (SANTOS, 2010, p. 74 e 75)

A Análise Econômica do Direito ou Law and Economics é uma forma de compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da eficiência econômica (BENACCHIO, 2011).

Diferentemente das concepções tradicionais que valorizam o estudo das normas, seu conteúdo e alcance, os juseconomistas consideram o direito um "conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos." (GICO JR, 2010, p.21). Eles priorizam o estudo do comportamento dos indivíduos frente a uma determinada norma e as consequências, comportamentais, que ocasionariam uma possível alteração normativa.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em 1960, Ronald H. Coase publicou o artigo The Problems of Social Cost no The Journal of Law and Economics, n. 3, da Universidade de Chicago, onde afirma que se os agentes envolvidos com externalidades podem, a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, negociar e chegar a um acordo em que as externalidades serão internalizadas.

A obra de Ronald H. Coase iniciou o movimento chamado Análise Econômica do Direito ou Law and Economics, como é conhecida nos Estados Unidos da América, através do qual se passou a analisar as questões jurídicas com base em princípios econômicos.

Além da tradicional escola de Chicago da Law and Economics existem as escolas de pensamento Public Choice Theory, Institucional Law and Economics e a New Institucional Economics voltadas à compreensão da Análise Econômica do Direito (MERCURO; MEDEMA, 2006).

O movimento não é homogêneo, congregando várias tendências, tais como: *conservadora*, identificada com a figura de Richard Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook,; a *liberal-reformista*, com Calabresi como figura

representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackermann, Korhnhauser, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Leljanovski como *tendência neoinstitucionalista*, que se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson, que utiliza a Análise Econômica do Direito como meio de comunicação ente Economia e Direito, efetuando o exame do direito à luz dos princípios da economia, aplicando a teoria econômica no exame da formação, estrutura, e impacto econômico causado pelo Direito, o qual deverá ser aplicado sob a ótica da eficiência econômica. (ALVAREZ, 2006, p. 53)

A Análise Econômica do Direito se caracteriza pela aplicação instrumental analítico e empírico da economia à análise com o intuito de compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica do próprio ordenamento jurídico, ou seja, a Análise Econômica do Direito utiliza a abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito (GICO JR, 2010, p. 18).

O objetivo da Análise Econômica do Direito é dar segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, da mesma forma que os mercados, para funcionamento adequado necessitam desses predicados, a Análise Econômica do Direito tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas (MONTEIRO, 2009).

A maior contribuição da Análise Econômica do Direito é a introdução de metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas (GICO JUNIOR, 2010, p.14).

A Análise Econômica do Direito tem como princípios o individualismo metodológico, as escolhas racionais e a eficiência, pois entende que os indivíduos agem sempre para maximizar sua satisfação, de acordo com os incentivos externos, semelhante ao utilitarismo de Jeremy Bentham.

No individualismo metodológico toda norma coletiva é a soma das respostas individuais, sendo a ação humana individual o ponto de partida.

A maximização das escolhas racionais, por sua vez, decorre do individualismo, uma vez que se tenta racionalmente estabelecer a diferença entre benefício e custos oriundos de suas condutas.

A eficiência pode ser analisada segundo o estudo de Pareto, ou seja, não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro agente. Essa situação é denominada "Ótimo de Pareto".

Podendo ser analisada a eficiência, em oposição ao estudo de Pareto, pelo critério de Kaldor-Hicks, também conhecida por maximização do bem-estar, ou seja, os agentes econômicos devem estar interessados na concretização da melhoria, mesmo que tiverem que pagar compensação para conseguir o assentimento dos prejudicados.

A busca da eficiência, pela Análise Econômica do Direito, na formulação, aplicação e interpretação de textos normativos deve observar seis nortes (FORGIONI, 2005):

1) Nenhum direito há de ser absoluto, pois sempre é necessário examinar os custos e os benefícios para todas as partes envolvidas na relação, e não apenas para uma delas;

2) O sistema jurídico deve proporcionalizar a redução dos custos de transação;

3) Cabe ao direito os "marcos regulatórios", diminuindo o risco a ser suportado, aumentando o grau de segurança e previsibilidade;

4) Devido ao fato da intervenção estatal gerar custos, ela só deve ser admitida quando necessária para a neutralização das falhas do mercado;

5) As normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não-incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos;

6) A única função do direito é possibilitar a melhor eficiência alocativa, neutralizando as falhas. Caso não haja falhas, o mercado se responsabilizará pela alocação de recursos.

A Análise Econômica do Direito aproxima Economia e Direito ao perceber e assumir o fato da ação de um indivíduo implicar em custos e ou benefícios a outro e, nessa visão, elege o enquadramento jurídico que melhor alinharia os comportamentos individuais com o interesse da sociedade (RODRIGUES, 2007, p. 35).

As quatro grandes contribuições que Analise Econômica do Direito pode oferecer, segundo Ivo Teixeira Gico Junior, são:

1) Arcabouço teórico abrangente superior à intuição e ao senso comum;

2) Método de análise consistente para o levantamento e testes de hipóteses sobre o impacto de normas que incidem no comportamento humano;

3) Proposta teórica que possibilita uma compreensão holística do mundo e possibilita soluções mais eficazes em mundo complexo dada a sua adaptabilidade às situações fáticas especificas e inter e transdisciplanariedade por sua abertura às outras áreas do conhecimento;

4) Meios para explicar a própria razão de existência de uma determinada norma jurídica.

A importância da Análise Econômica do Direito está na aplicação de teorias econômicas à ciência jurídica, com a finalidade de lhe outorgar segurança, previsibilidade e eficiência as normas do Direito, diante de uma necessidade básica de harmonização e positivação, mormente sobre o prisma econômico e da mínima intervenção do estado nas relações particulares.

5 CONCLUSÃO

As transformações sociais e econômicas devem ser observadas pelo direito, pois sua legitimidade está vinculada a sociedade que regula, não podendo, portanto, se tornar algo rígido, ao contrário deve sempre ser mutável, a fim de se adequar as transformações sociais e econômicas.

O Direito e a Economia enquanto ciências sociais objetivam o estudo e a ordenação do comportamento das pessoas.

A Economia pesquisa como o indivíduo, a partir de suas escolhas racionais, toma decisões e quais são as consequências geradas por elas. O Direito analisa o comportamento humano e tende a regulá-lo partindo dos valores eleitos pela sociedade.

A Análise Econômica do Direito objetiva dar segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, aplicando teorias econômicas à ciência jurídica, mormente sobre o prisma econômico da mínima intervenção do Estado nas relações particulares.

Este movimento estadunidense de análise do ordenamento jurídico segundo preceitos econômicos sofre inúmeras críticas por defender a intervenção mínima do Estado na relação entre particulares, pois possibilita a análise das leis segundo o interesse individual em face do coletivo, o que segundo críticos não estariam em conformidade com a visão moderna de Estado Social.

Apesar das críticas feitas a Análise Econômica do Direito, este movimento tem grande importância por sua interdisciplinaridade e por buscar dar segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, sendo uma importante forma de compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da eficiência econômica.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert - Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores. 2008.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, p. 49-68, 2006.

ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela provisória. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. *In:* SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8ª ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6 ed. – Rio de Janeiro: Epipro, 2016.

CAPPLLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Mauricio de. Miguel Reale: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: Edipucrs, 2011

COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. UCLA Law Review, v. 29,
1982.

DIMOULIS, Dimitri. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 6 ed. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 250-251.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do direito. Economic Analysis of Law Review. Brasília, V.1, N.1, p.07-33, Jan-Jun/2010.

GRAU, Roberto Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GONÇALVES, Diogo. Pessoa e direitos de personalidade. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

GUIA, Juliana Pitelli. O contrato preliminar e a Análise Econômica do Direito. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLV, julho-setembro/2006

HUNT. Emery Kay e SHERMAN, Howard J. Hisória do pensamento econômico. Tradução Jaime Larry Benchimol. 11ª Edição. Petrópolis: Vozes. 1993.

PERA JUNIOR, Ernani José. Da tensão entre a reforma previdenciária e a cláusula de vedação ao retrocesso social: da dignidade da pessoa humana enquanto valor de equalização. 1ª ed. – Maringá: IDDM, 2017.

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

POSNER, Ericc. Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promisses. Wis. L. Ver. 567, 1997.

_____. Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso? São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

_____.; SYKES, Alan O. Economic Foundations of International Law. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Introdução ao direito civil. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 25. ed. atual./ pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto – São Paulo: Saraiva, 1999.

MODIN, Battista. O homem, quem é? Elementos de antropologia filosofia. Tradução R. Leal Fereira e M.A.S. Ferreira – São Paulo: Paulus, 1980.

MONTEIRO, Renato Leite. Análise Econômica do Direito: Uma Visão Didática. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf - Acesso dezembro 2018.

NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. The American Economic Review, v. 84, n. 3, jun. 1994.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZIERI, Juarez alexandre Baldini. Introdução à economia. In: PINHO, Diva Benevides;

RODRIGUES, Vasco. Análise económica do direito: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "direito e economia"? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito & economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª Ed. rev., atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito – São Paulo: Alfa-Omega, 1994.