



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

THALLES ALEXANDRE TAKADA

**DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO:
INFERÊNCIAS INTERVENTIVAS NO SISTEMA JURÍDICO**

Londrina
2015

THALLES ALEXADRE TAKADA

**DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO:
INFERÊNCIAS INTERVENTIVAS NO SISTEMA JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Tânia Lobo Muniz.

Londrina
2015

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T136d Takada, Thalles Alexandre.

Discurso econômico do direito : inferências interventivas no sistema
jídrico / Thalles Alexandre Takada. – Londrina, 2015.
98 f. : il.

Orientador: Tânia Lobo Muniz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual
de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação
em Direito Negocial, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito e economia – Teses. 2. Direito econômico – Teses. 3. Teoria
dos jogos – Teses. 4. Externalidades (Economia) – Teses. I. Muniz, Tânia
Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais
Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.78

THALLES ALEXANDRE TAKADA

**DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO:
INFERÊNCIAS INTERVENTIVAS NO SISTEMA JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Lourival José de Oliveira
Universidade de Marília - Unimar

Londrina, 29 de julho de 2015.

Dedico esse trabalho aos meus
maiores educadores, meus pais.

AGRADECIMENTOS

À minha família. Meus pais Toshiyaki e Jacira, que forneceram o amor e a base para minha criação. Meus irmãos Erick e Fernanda, que junto a eles cresci e aprendi a dividir tudo que a vida nos dá.

À minha namorada Lórien pelo companheirismo e apoio em todos os momentos.

À minha orientadora Tânia pela ajuda em meio à correria de nossas vidas e, principalmente, por dividir parte de seu conhecimento comigo.

Aos meus amigos, minha segunda família.

Aos meus professores e colegas de mestrado, que com eles compartilhei o maior poder do ser humano, o conhecimento.

“Eu consigo calcular o movimento dos corpos celestiais, mas não a loucura das pessoas”.

Isaac Newton

TAKADA, Thalles A. **Discurso econômico do Direito**: inferências interventivas no sistema jurídico. 2015. 93 p. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Paraná.

RESUMO

Estudar o Direito sem analisar a influência de outras ciências sociais não se reveste da completude necessária para o entendimento do todo social. Em decorrência, em maior parte, do fenômeno da globalização, em que a Economia passou, cada vez mais, a ter influência em todos os aspectos da vida humana, o Direito foi tenazmente associado às vicissitudes que essa ordem revela. Dessa forma, o trabalho analisou o sentido pragmático do Direito influenciado pela Economia, demonstrando que o “Discurso Econômico do Direito”, que nomina o presente trabalho, é uma inferência Econômica na transformação deste. Inferência essa ocorrida via mercado de capitais, especificamente pelo sistema financeiro, e via Estado, por meio da imposição de normas de Direito Tributário. Via mercado representa o poder influenciador no ordenamento jurídico positivo e na forma interpretativa do mesmo. Via Estado denota a necessidade da intervenção econômica em determinados setores, sendo possível por imposição de normas de Direito Tributário. O trabalho traça toda uma perspectiva econômica no estudo do Direito, desde a utilização de ferramentas econômico-jurídicas, como a Análise Econômica do Direito, até ferramentas que há pouco tempo eram usadas, quase que exclusivamente, pelas ciências econômicas, como a Teoria dos Jogos ou a Teoria da Externalidade. Para se chegar a uma posição conclusiva, utilizou-se doutrinas de juristas, como Norberto Bobbio, e de economistas, como Adam Smith, e de novos jus-economistas, como Richard Posner. Pondera-se que o trabalho não visa afirmar a preponderância econômica, muito menos refutar doutrinas e teorias já consagradas pelo estudo do Direito, mas trazer uma nova visão nesse campo estudado, demonstrando que o Direito pode ser analisado em outro prisma, utilizando a Economia para tanto.

Palavras-chave: Direito e Economia. Análise Econômica do Direito. Teoria dos Jogos. Externalidades. Normas Tributárias.

TAKADA, Thalles A. **Economic speech of law: Interventional inferences in the legal system.** 2015. P93. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Paraná.

ABSTRACT

Studying the Right without analyzing the influence of other social sciences not requires the completeness necessary to understand the social whole. As a result in most of the phenomenon of globalization, when the economy began to increasingly play a role in all aspects of human life, the right was tenaciously associated with the vicissitudes that this order reveals. Thus, the study analyzed the pragmatic sense of Law influenced by Economy, demonstrating that the "Economic Discourse Right", which calls the present work, It is an economic inference in this transformation. Inference that occurred through the capital market, specifically the financial system, and through the State, through the imposition of tax law. Through the market shows the influential power in the positive law and the interpretative form of this. Through the state denotes the need for economic intervention in certain sectors, who became It possible through tax law. The work traces na entire economic perspective in the study of law, using economic and legal tools, as the Economic Analysis of Law, as well as tools that recently were used almost exclusively by economic sciences, such as Game Theory or the Theory of Externality. To reach a conclusive position, Necessary was to use doctrines consecrated by jurists, like Norbberto Bobbio, and economists, like Adam Smith, until new jus-economists, like Richard Posner. It argues that the work doesn't intend to affirm the economic preponderance, much less refute doctrines and theories already established by the study of law, but bring a new vision in this field studied, demonstrating that the right can be seen in another light, using the economic to this.

Key-words: Law and Economics; Economic Analysis of Law, Game Theory, Externalities, Tax Rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1	DIREITO E ECONOMIA: OUTRA ABORDAGEM AO DIREITO	13
1.1	<i>LAW AND ECONOMICS</i> E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	15
1.2	TERIAM O DIREITO E A ECONOMIA RAÍZES EM COMUM?.....	19
1.3	SISTEMA ECONÔMICO E SISTEMA DO DIREITO COMO UM ORDENADO ÚNICO.....	24
1.4	CRISES RISCOS E INCERTEZAS: AS ADVERSIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO	27
1.5	SOCIEDADE DO COMÉRCIO E SUA EVOLUÇÃO: A INTERVENÇÃO VIA SISTEMA FINANCEIRO	30
2	O DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO	38
2.1	MERCADO E SUA FUNÇÃO ALOCADORA NA PERSPECTIVA NEOLIBERAL	40
2.2	PRAGMATISMO ECONOMIA E DIREITO.....	46
2.3	INFERÊNCIA ECONÔMICA NO SISTEMA JURÍDICO ESTRANGEIRO.....	50
2.4	A INFLUÊNCIA ECONÔMICA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	54
3	INTERVENÇÃO DO ESTADO NO SISTEMA ECONÔMICO: IMPOSIÇÃO DE NORMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO	59
3.1	NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: SUA CRIAÇÃO E REFLEXO NO SISTEMA ECONÔMICO.....	61
3.1.1	Teoria dos Jogos: um modelo econômico da criação da norma tributária.....	63
3.1.1.1	Modelo dos Jogos Políticos: grupos de interesses x população	65
3.1.1.2	Normas x custos de transação	67
3.1.1.3	Livre Mercado x Intervenção em âmbito internacional.....	68
3.1.2	Teoria da externalidade: o reflexo das normas jurídicas tributárias.....	72
3.2	Uma Teoria do Comportamento Humano	80
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

Compreender o Direito nunca foi tarefa fácil para os pensadores que ali se arriscaram. Direito é mais do que um emaranhado de normas jurídicas, mais do que demonstrá-lo em termos científicos ou relacioná-lo na história das civilizações. Direito é um conjunto de experimentos, experiências, valores, axiologias e normas. Normas no sentido mais amplo que a palavra possa denotar. Aspectos contundentes da sociedade criam e transformam o Direito, entrelaçando-o a outros sistemas sociais e fazendo surgir um todo ordenado sistêmico.

Nesse sentido, salienta-se que o Direito pode ser entendido em diferentes perspectivas, ou melhor, dizendo, em três sentidos: o sentido semântico, em que prioriza a valorização do Direito, sobressaindo a base principiológica, moral e ética; o sentido sintático, que se fundamenta em um plano estrutural, o qual consiste no Direito como um ordenamento jurídico, em um sistema normativo positivo; e o sentido pragmático, que denota o empirismo inerente à sua construção social, que concerne o Direito como resultado da vivência e experiências dos indivíduos em um meio social.

Essa perspectiva última é a que o trabalho visa demonstrar; o Direito como uma função pragmática estruturada pelo viés econômico. Ou seja, Economia e Direito formam um cosmo sistêmico que compreende uma parte do estudo das ciências sociais aplicadas e ordenam toda uma relação lógica, normativa e interpretativa entre ambas. Não se busca reduzir o Direito apenas ao aspecto pragmático, tanto é que no desenvolvimento do presente trabalho uma análise pormenorizada da norma jurídica é feita, contudo releva a Economia em seu caráter determinista, a qual cria a condição para o desenvolvimento do Direito, tanto no aspecto que precede à criação do ordenamento jurídico, quanto, posteriormente, à interpretação que o operador do Direito faz desse ordenamento.

Nessa linha, não querendo abranger um campo de estudo extenso e difícil de ser determinado, abordou-se a influência econômica em duas concepções, as quais explicam a proposição que o tema aborda. Em um primeiro momento, o trabalho foca na concepção mercadológica, a qual tem como função determinista na produção legiferante e, também, na própria interpretação que o judiciário faz do ordenamento jurídico. Questão essa que remete ao modelo liberal de Economia de

mercado, no qual ressalta um paradigma de instituições capazes de moldar o sistema jurídico conforme as necessidades do mercado. Especificamente, a intervenção via mercado ocorre através do sistema financeiro, constituindo o mercado de capitais como principal determinante na condução jurídica, no sentido pragmático estudado pelo Direito.

Em um segundo momento, o presente trabalho demonstra a influência econômica no Direito pela concepção em que a intervenção econômica ocorre via Estado. Decorre-se do entendimento de que o mercado possui deficiências em sua estrutura e no modelo pelo qual opera. Nessa linha, o Estado toma posição ativa na regulação do sistema econômico, utilizando o Direito como instrumento intervencionista para realizar os ajustes necessários. Ou seja, o Direito nesse aspecto estudado exerce grande influência na transformação social, deixando, em parte, sua função instrumental e agindo ativamente na reformulação do sistema econômico.

Portanto, para que essa análise seja possível, necessário se faz aprofundar no estudo das Ciências Econômicas e do Direito. Esse é o contexto abordado no primeiro capítulo, no qual se traça um panorama demonstrando o Direito e a Economia como sistemas sociais que se inter-relacionam, sendo que ambas as ciências fornecem instrumentos necessários para entender o todo social. Contudo, como eixo teórico, utiliza-se a teoria criada pelo movimento do *Direito e Economia*, denominada de Análise Econômica do Direito, a qual fornece as ferramentas necessárias para entender o Direito pelo viés econômico.

A título de contextualização, o capítulo primeiro busca origens comuns entre o sistema econômico e o jurídico, com o intuito de encontrar um vínculo epistemológico, o qual representa o entrelaçamento sistemático entre ambos. Denota-se que esse entrelaçamento é fruto das consequências sociais do plano econômico pragmático com que o Direito se depara, consistindo na adaptação do Direito decorrente das adversidades econômico-sociais. Essa proposição é deveras importante para se alcançar uma lógica jurídico-econômica, e analisar o primeiro ponto do trabalho, que é a concepção da influência econômica via mercado, por meio do sistema financeiro. Demonstra-se que esse sistema analisado é o próprio desenvolvimento do comércio, o qual evoluiu utilizando novos instrumentos jurídicos, criou novas formas de gerar riqueza e deu sustentáculo para a formação do sistema capitalista liberal.

O capítulo segundo explorou essa linha lógica argumentativa, que aponta o Direito como função do sistema econômico. A consequência da influência econômica exercida é denotada, inicialmente, no ordenamento jurídico criado, no qual se abordou, via mercado, uma posição neoliberal capaz de determinar a produção de normas jurídicas. Posteriormente, demonstra-se que a Economia influencia também a leitura que o intérprete faz da norma jurídica, contudo, para se alcançar tal objetivo é necessário demonstrar a base filosófica do pragmatismo jurídico, que fundamenta a AED. Ou seja, a influência econômica no Direito é a consequência empírica dos acontecimentos que formulam outra leitura jurídica, cerceada pelos ditames econômicos. Essa leitura é demonstrada no capítulo segundo em uma análise do sistema jurídico estrangeiro e nacional.

No capítulo terceiro buscou-se demonstrar o Direito como instrumento do Estado de intervenção no sistema econômico. Entende-se que o mercado não opera de forma linear e livre de interferências, pois desequilíbrios e distorções são inerentes ao seu funcionamento. O Estado regula o sistema econômico de forma alocativa, utilizando políticas fiscais, especificamente através de normas jurídicas tributárias. Assim, no terceiro capítulo focou-se particularmente na norma jurídica, analisando desde seu aspecto histórico até sua formação sintática e semiótica. Contudo, foram utilizados instrumentos econômicos fornecidos pela AED para, primeiramente, demonstrar um modelo teórico da criação da norma e, posteriormente, a repercussão que a norma jurídica tributária pode ter, no que tange às consequências no sistema jurídico-econômico.

O modelo teórico utilizado para demonstrar os motivos para a criação da norma tributária foi a *Teoria dos Jogos* a qual demonstrou a criação da norma em três pontos: i) modelos dos jogos políticos, que abordou a questão dos grupos de interesses; ii) normas x custos de transações, que demonstrou que para criação da norma, uma análise de custos deve ser feita, devendo ser estudado a viabilidade da sua produção; iii) livre Mercado x Intervenção em âmbito internacional, ponto o qual demonstra a interferência que o Estado pode ter no mercado internacional. Já a repercussão que a norma pode ter no sistema econômico foi demonstrada através da *Teoria da Externalidade*, modelo teórico que possibilita analisar os reflexos da norma jurídica tributária em campos não pretendidos pelo legislador.

Por fim, no capítulo terceiro é evidenciada a contribuição que a AED trouxe ao estudo do Direito, no que concerne à agregação da Economia comportamental.

Essa disciplina foi capaz de explicar por outros aspectos o comportamento dos agentes em meio ao sistema jurídico-econômico, demonstrando que o indivíduo é principal agente da sociedade e que seu comportamento corresponde ao meio em que vive, às vicissitudes surgidas em um meio determinado por normas jurídicas, resultados de uma profusão econômica.

Objetiva-se, dessa forma, demonstrar que o Direito pode ser entendido pela Economia, tanto pelo aspecto social, quanto pela utilização das ferramentas que ela proporciona. Há de ser ressaltado que o trabalho não nega a doutrina tradicional do Direito, sendo que por base tomou-se referencial teórico da mesma. Portanto, pretende-se retirar um substrato econômico da forma de ver o Direito, e revelar que Direito não é um sistema autônomo e independente. Para se entender Direito é necessário ir além do jurídico e ir ao encontro de outras ciências, como a Economia, e a ela unir-se.

1 DIREITO E ECONOMIA: OUTRA ABORDAGEM AO DIREITO

Por muito tempo a ligação entre Direito e Economia se restringiu ao Direito econômico, como um ramo do Direito que disciplina a ordem econômica, em um plano macro, no sentido de regular os agentes econômicos privados e públicos, em seus aspectos jurídicos que essas inter-relações implicam. Contudo, a doutrina do Direito econômico com base voltada a abranger os aspectos macroeconômicos já não alcançava todas as vicissitudes surgidas em um mundo impulsionado por um fenômeno que viria se concretizar anos depois, a globalização.

Fenômeno esse que reestruturou as formas de produção, ligou países reduzindo o espaço em plataformas virtuais, criou um veículo informacional que reduziu o tempo a quase zero, criou corporações privadas com aspectos supranacionais, em que o poderio econômico suplantou nações, fomentou a invenção tecnológica e readequou o indivíduo em seu meio.

Essa transformação da sociedade propiciada por uma mudança no paradigma econômico criou um âmbito propício ao surgimento de uma nova perspectiva de entender o Direito. Destarte, surgiu um movimento denominado de *Law and Economics* que foi a consequência da necessidade de adaptar o Direito às conjecturas da época do fim dos anos de 1960, em que imperava o declínio da estabilidade cambial, atrelado à interdependência das políticas nacionais (CASTRO, 2005, p. 3). Poder-se-ia também citar o forte movimento de desregulamentação dessa época nos Estados Unidos, que resultou em mudanças significativas em diversos setores da Economia mundial.

Neste contexto, o trabalho faz um recorte metodológico e foca no estudo pragmático do Direito, sendo a parte que a Economia norteia tanto o sistema jurídico quanto a leitura que os operadores do Direito fazem desse sistema. Portanto, alguns pontos são necessários para demonstrar que Direito e Economia são um entrelaçamento sistemático e que para se analisar um deve-se, também, analisar o outro e vice-versa. Registre-se, de oportuno, que o estudo do Direito não se restringe apenas ao sentido pragmático, bem como este trabalho não ignora que o Direito também reveste sua formação nos sentidos sintático e semântico, tanto é que no capítulo segundo uma análise estrutural da norma será feita. Todavia, como delimitação ao tema, reforça-se o aspecto econômico como principal variável para o

entendimento do Direito e, nessa senda, faz-se necessário explorar teorias e analisar contextos sociais.

Nessa linha vale citar o ensinamento de Ferraz Junior parafraseando Boobio em que,

Quando uma sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Boobio mais recentemente, a ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as ciências sociais, superando-se a formação jurídica *departamentalizada*, com sua organização, sobre uma base comparativo-disciplinar, de compartilhamentos estanques (FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 31).

Parte-se da premissa da Economia como sistema regente das transformações sociais, no contexto aqui estudado. Essa interação econômica realiza-se de duas formas interventivas: i) via mercado, especificamente através do sistema financeiro e ii) via Estado, através de políticas tributárias.

O mercado, principal fator do modelo econômico capitalista e consequente criação da ideologia liberal, opera de forma institucionalizada e em consonância ao sistema jurídico vigente. Realiza-se, primordialmente em decorrência do poder econômico de instituições públicas e privadas atuantes no mercado financeiro, o denominado mercado de capitais. Assim o presente capítulo demonstra esse sistema como fator chave para o desenvolvimento do modelo capitalista e fonte de influência do sistema jurídico.

Portanto, o instrumentalismo da teoria da AED é necessário para demonstrar a proposição tese desse trabalho, no que concerne ao viés econômico no estudo do Direito, desde a função institucional da Economia dos mercados de capitais, à influência deste no ordenamento jurídico positivo. Para tanto, entender Direito e Economia no seu aspecto histórico e sistemático é de importância salutar, sendo ambos um ordenado único de valores, comportamento, historicidade, intervenção, comércio e ideologias.

Economia e Direito é isso, um reflexo social em que o principal agente é o indivíduo, e que para uma análise do poder econômico sobre o Direito, necessário se faz aprofundar no entendimento histórico, no desenvolvimento do liberalismo e do comércio, nos abalos estruturais no sistema jurídico-econômico que acarretam rompimentos paradigmáticos e transformam o sistema.

1.1 LAW AND ECONOMICS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O movimento do *Law and Economics* foi efetivamente formado na década de 1970, especialmente a partir dos trabalhos de Ronald A. Coase e Richard A. Posner, ambos da Escola de Chicago, e Guido Calabresi, da Escola de Yale. A partir dos trabalhos de Ronald Coase, intitulado de *The Problem of Social Cost*, o qual demonstrava que todas as relações entre indivíduos, chamada de transações, geram custos mensuráveis, e esses possibilitam a análise de todas as tomadas de decisões dos agentes econômicos; de Guido Calabresi com seu primeiro artigo que abrangia a área do Direito de dano, que o movimento foi impulsionado e tomou uma nova feição. Contudo, foi a tese de Coase, denominada de Teorema de Coase, que forneceu o principal fundamento para que o movimento do *Law and Economics* criasse a sua principal teoria, a Análise Econômica do Direito.

Essa teoria foi denominada por Richard Posner, em seu livro *Economic Analysis of Law* (1998) e tornou-se referencial do movimento. Ela baseou-se, inicialmente, na corrente utilitarista do século XVIII, de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, a qual demonstrava que a sociedade era de base individualista e seus indivíduos orientavam-se pela busca da felicidade pessoal. Sua contribuição foi relacionar seus ideais à legislação da época. Todavia, a AED tem como eixo central a maximização da riqueza, e não a felicidade como a corrente utilitarista. Cada ação individual estaria restringida em questões de restrição orçamentária, tempo, memória imperfeita, cálculo de capacidades, aversão ao risco e outros recursos limitados (BECKER, 1992, p.1).

Antes dos trabalhos dos referidos autores alhures, a AED chegou a ser entendida como sinônimo de Análise Econômica do Direito Antitruste, em decorrência de alguns trabalhos na área tributária¹ por Henry Simons, na área de Direito Corporativo² por Henry Manne, e de Utilidade Pública e Direito regulatório³ por Ronald Coase (POSNER, 1998, p. 25). Contudo, foi Posner que demonstrou em seu trabalho a abrangência que a AED pode ter, quando analisou diversas áreas do Direito utilizando as ferramentas das ciências econômicas, e assim concretizou a teoria como uma doutrina capaz de entender qualquer área do Direito, pelo viés econômico.

¹ Tax Law

² Corporate Law

³ Public utility and common carrier regulation

Para ele o economista teria as ferramentas necessárias para descrever as transformações econômico-sociais, contudo seria o operador do Direito que teria a sensibilidade de entender essas transformações em um campo normativo. Salienta-se seu diferencial é que ele não restringiu apenas à análise abstrata e geral de normas e conceitos econômicos, mas foi além e demonstrou que ambas as ciências advêm do comportamento humano.

A análise pode mostrar que o espírito da doutrina jurídica é de ordem econômica, ou pode fornecer um argumento em que alguma regra do Direito deva ser alterada, para tornar o Direito mais eficiente. Assim, Direito e Economia tem um programa positivo e normativo, ambos derivados de uma única teoria do comportamento humano⁴ (tradução do autor).

(...)

O analista econômico do Direito procede estabelecendo parte relevante da teoria econômica (como a relação inversa entre o preço de um bem e a quantidade demandada, ou o efeito do monopólio sobre a produção) e, em seguida, consegue aplicar a um problema legal, como a regulação de acidentes por meio da responsabilidade civil ou monopólios, por meio de lei antitruste (POSNER, 1988, p.3) (tradução do autor)⁵.

A forma de o movimento abranger o Direito, principalmente pela teoria da AED, teve grande relevância, pois não apenas focava nos aspectos macroeconômicos da Economia. Essa doutrina apoiou-se, também, em pressupostos derivados da teoria microeconômica (CASTRO, 2005, p.3). Foi um modo de perceber e desenvolver as formas da jurisprudência em que consistiu em uma especialização da análise jurídica de políticas públicas, agregando à análise jurídica as ideias adaptadas da teoria microeconômica, à escola neoclássica da Economia.

AED era, em parte, também uma reação contrária à expansão de políticas redistributivas ocorrida nos Estados Unidos a partir da década de 1960, na esteira do movimento em prol dos Direitos civis daquele país, bem como a reação ao crescimento, em muitas faculdades de Direito, de ideias favoráveis a uma articulação mais

⁴ Texto original: The analysis may show that the spirit of legal doctrine is economic, or it may provide an argument for why some rule of law should be changed to make the law more efficient. Thus law and economics has a positive and normative program, both derived from a single theory of human behavior.

⁵ Texto original: The economic analyst of law proceeds by setting forth the relevant part of economic theory (such as the inverse relation between the price of a good and the quantity demanded, or the effect of monopoly on output) and then applying it to a legal problem, such as the regulation of accidents by means of tort law or monopolies by means of antitrust law.

efetiva das “formas” jurídicas com o interesse de grupos sociais percebidos como discriminados ou economicamente desfavorecidos (CASTRO, 2012, p. 207).

Dessa forma, a doutrina criada por esse movimento uniu em um plano interdisciplinar as relações entre Direito e Economia, unindo a instrumentalidade das ciências econômicas ao estudo do Direito. Não só as relações mercadológicas deveriam ser analisadas, mas também teorias comportamentais derivadas dos estudos analíticos das ciências econômicas e o estudo institucional do mercado.

[...] a aplicação da teoria da escolha racional ao Direito, uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo (SZTAJN, 2005, p. 82).

O movimento foi mais ousado, partindo-se da premissa de que os instrumentos usados para compreender o Direito econômico podem ser aplicados a qualquer ramo do Direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 7). O movimento aprofundou-se no estudo do Direito e criou inúmeras teorias, como no campo do Direito contratual, Direito de propriedade, Direito de dano (*Tort Law*), Direito penal, entre outros; compreendendo que o Direito, por si, não seria suficiente para entender todas as transformações ocorridas no *mundo da vida*⁶.

Logo, a Economia, cujo tema, no nível mais fundamental, não é o dinheiro ou a ordem econômica, mas sim as implicações das escolhas racionais, consistindo uma ferramenta essencial para descobrir os efeitos das normas legais. Fundamental é entender os efeitos das normas tanto para a compreensão das normas impostas, quanto para decidir quais normas devem ser usadas (FRIEDMAN, 2000). A AED seguiu essa linha e conseguiu abranger todos os campos do Direito, partindo de fatores microeconômicos e da teoria comportamental, atingindo assim a Economia no sentido mais macroeconômico possível, sendo o sistema jurídico imprescindível para sua análise. Ou seja, a AED se dividiria em dois ramos: O mais antigo, aquele que analisa as leis e suas implicações no fator regulatório das atividades econômicas, e o ramo das leis que regulam as atividades não mercadológicas (POSNER, 2010, p. 7).

⁶ Termo *mundo da vida* (Lebenswelt) foi criado por Edmund Husserl.

A partir desses, a teoria expandiu-se para diversas áreas do Direito, não ficando restrita apenas aos países de origem do *Common Law*, mas também servindo como uma forte ferramenta teórica que pode suscitar melhor compreensão do universo normativo, de uma concepção pragmatista e de determinação *behaviorista*, a teoria funda-se em modelos econômicos e alicerça a literatura jurídica em um novo prisma.

Essa instrumentalidade fornecida pelas ciências econômicas não apenas possibilitou ao Direito mensurar valores, mas também forneceu uma diversidade de ferramentas capazes de entender comportamento dos indivíduos, como as tomadas de decisões, aversões ao risco e a racionalidade humana. A AED diversificou essa forma de abranger o Direito sem contrariar a tradicional doutrina jurídica, mas expandindo as opções para uma melhor compreensão desse sistema.

Mackaay e Rousseau descreve que:

A análise econômica do Direito, usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das formas propostas (Mackaay; Rousseau, 2015, p.665).

Foi nesse contexto, derivado do entendimento interdisciplinar do movimento do *Law and Economics*⁷, que a teoria da AED surgiu. Percebeu que o estudo do Direito não poderia ficar alheio às influências de outras ciências do campo social. O Direito seria um sistema aberto e inter-relacionado com a Economia, um campo em constante transformação e adaptável aos anseios sociais.

Relembrando um passado recente, da crise do Estado do bem estar social, do inchaço do endividamento público, da crise fiscal e dos choques do petróleo, “[...] não foram os juristas que forjaram os instrumentos capazes de superar o desemprego em massa – a ausência de integração social -, que havia se tornado uma característica na sociedade industrializada das primeiras décadas do século XX” (CASTRO, 2012, p. 215); foram os economistas que tornaram isso possível.

⁷ No Brasil o movimento é denominado de Direito e Economia.

Contudo, a Economia e as políticas que dela advém não poderiam basear-se apenas em modelos matemáticos para entender as transformações sociais. A AED possibilita que a racionalidade econômica, baseada na eficiência, alie-se à sensibilidade ética do operador do Direito, sendo mais uma ferramenta para compreender esse universo heterogêneo que se denomina *sociedade*.

A AED não tem todas as respostas para os acontecimentos sociais, mas é uma ferramenta que possibilita o operador do Direito analisar sob outros enfoques essas transformações. Assim, um estudo detalhado dos sistemas econômico e do Direito deve ocorrer, buscando suas origens e conexões, para que seja constatado que a Economia rege o Direito, no sentido pragmático.

1.2 TERIAM O DIREITO E A ECONOMIA RAÍZES EM COMUM?

Como o presente trabalho não tem por objetivo aprofundar na historicidade do Direito e da Economia, por uma questão de delimitação metodológica, o tópico em questão visa demonstrar alguns paralelos entre o surgimento de ambos. Assim, desnecessário seria aprofundar tanto em sua origem histórica, portanto, apenas buscando um vínculo entre a base da criação das duas disciplinas em seu aspecto científico, sobretudo sem tornar uma investigação demasiadamente prolixa.

Primeiramente, deve-se entender que “o Direito de cada país não foi criado de um dia para outro; não foi instituído; antes é a evolução secular” (GILISSEN, 2003, p. 14), já a Economia também foi construída em um processo gradativo, contudo, em bases mais amplas, isto é, nasceu de uma forma conhecida, porém em período indeterminado, resultado da própria construção social da maneira gerar valor. O mundo já fazia a Economia muito tempo antes do que a ideia de tratá-la como ciência. As primeiras formas de pensamento econômico remontam para a antiga Grécia, em que *economicus* significava “gerenciamento das questões doméstica”.

Aristóteles (384 - 322 a.C.) se engajou no pensamento econômico distinguindo entre as “artes naturais e não-naturais de aquisição”. A aquisição natural, ele escreveu, incluindo atividades como agricultura, pesca e caça, que produzem bens para as necessidades básicas da vida. A aquisição não-natural, que ele desaprovava, envolve a aquisição de bens além da necessidade. Platão (427 – 347 a.C.) escreveu sobre os benefícios da especialização humana dentro

da cidade-estado ideal. Esta especialização foi um prenúncio das ideias posteriores de Adam Smith acerca da divisão do trabalho (STANLEY, 2005, p.1).

Para o Direito a contribuição dos referidos filósofos pode ser considerada ainda maior. Platão dissertava a respeito das questões jurídicas, relacionando seu conceito de justiça, a *polis* e sua organização. Uma concepção do Direito relacionada ao controle dessa organização social, em que imperava a prática da administração da sociedade sob uma determinada regra (PLATÃO, 2000). Aristóteles por sua vez dedicou-se ao tema da justiça, buscando em conceitos como da felicidade, virtude, equidade, ética e moral (ARISTÓTELES, 2002). Evidente que a contribuição para o Direito dos referidos autores foi muito maior e mais complexa, entretanto objetiva-se apenas denotar um liame entre o Direito e a Economia, demonstrando que os mesmos pensadores se aventuravam em aspectos diferentes de ambas as disciplinas.

Não se poderia utilizar a cultura grega como única fonte para a criação do Direito e da Economia, pois ambos são o reflexo da integração de várias culturas. Muito antes das sociedades conhecidas como civilizadas, remetendo aos povos sem escrita, já existia um método de organização, podendo dizer que já havia algo do Direito e da Economia. Essa fase, a qual no âmbito do Direito pode ser chamada de *pré-Direito*, corresponde à passagem do comportamento inconsciente para o comportamento consciente, quando não havia uma regulação centrada, mas a tradição de grupos sociais que impunham uma restrição social, uma censura, sobretudo, das forças sobrenaturais (STANLEY, 2005, p. 36). Ou seja, as regras de comportamento já existiam muito antes do surgimento da escrita e, evidentemente, da norma escrita.

Hayek vai mais além e ressalta que “muito antes o homem desenvolvesse a linguagem ao ponto que de esta lhe permitir enunciar determinações gerais, um indivíduo só seria aceito como membro de um grupo na medida em que confrontasse às suas normas”. (HAYEK, 1985A, p.82). Normas estas ainda se situavam no plano prático, na capacidade de reconhecer se os atos de outrem se conformavam ou não com as práticas aceitas.

Como o Direito romano que tanto influenciou o Direito ocidental, sendo que este não foi o resultado da legislação intencional, foi desenvolvido em uma época em que apesar da existência do Direito e das instituições da vida social, sua forma

de organização ainda estava evoluindo do aspecto primitivo, contudo não havia uma ideia de que o Direito em seu início foi intencionalmente criado pelo indivíduo (HAYEK, 1985A, p. 95).

Na história, essas regras, como um fenômeno normativo, definiram a alocação do indivíduo em seu meio, ordenou o seu habitat e criou a condição para a fundição da sociedade.

A história pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram as correntes das paixões, dos interesses, dos institutos, dentro de certos limites, e que permitiam a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com seus ordenamentos, que chamamos de “civilização” (BOBBIO, 2014, p. 26)

Já o termo Economia teve sua origem semântica na administração do lar, na família. Começou a compreender as formas de produção, distribuição e consumo de bens e serviços, e chegou ao produto científico que é a criação da ciência econômica. O Direito também tem sua base em modelos simples, como a ideia de Bobbio de ordenamentos jurídicos superiores ou universais (Estados Nacionais, Igreja e o Império) e ordenamentos jurídicos inferiores ou particulares, abaixo da sociedade nacional (feudos, corporações, comunas e as famílias). “O Estado Moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de *monopolização da produção jurídica*” (BOBBIO, 2001 p. 31)

O fato é que a Economia existe em função das necessidades humanas serem infinitas e ilimitadas, contudo os recursos produtivos não são. A sociedade anseia por uma quantidade de recursos que o meio não pode suficientemente fornecer, portanto, a escassez dos recursos produtivos é o fator que fez com que a Economia se originasse⁸. Poderia classificar esses fatores na ordem de recursos naturais, mão de obra e capital. Mão de obra que, em diversos modelos econômicos, é representada por fluxos de rendas derivadas das famílias. Essa concepção

⁸ A Economia surge como ciência em decorrência da necessidade de se entender fatores ocorridos no bojo da sociedade. Alguns fatores decorrem da própria estrutura imperfeita existente, como a necessidade ilimitada do indivíduo por recursos produtivos em face de sua escassez. Esse é o embasamento que fundamenta os princípios da Economia, um modelo produtivo imperfeito perante a população de consumidores.

institucional, especificamente a família, simbolizava para o Direito, nos povos gregos e romanos, uma forma de organização, em que imperava a autoridade paternal derivada de conceitos religiosos.

Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as suas regras, daí resultando receber a família antiga constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores. (COULANGES, 1998, p. 35).

O conceito institucional da família trouxe para a Economia e o Direito uma base para a compreensão das consequências sociológicas estruturantes da organização das cidades. Seja as implicações do Direito, seja o modelo produtivo econômico, entretanto, sem afirmar como o único instituto catalizador das disciplinas aqui analisadas. Ressalta-se que essa análise institucional foi elaborada tempos adiante, pela corrente da Nova Economia Institucional, derivada a partir dos ideais da escola neoclássica, principalmente fundados a partir dos trabalhos de Ronald Coase, Douglass North, Oliver Williamson e Elinor Ostrom (MIGUEZ, 2011, p. 16). Corrente esta que agregou à AED uma carga institucional para o entendimento do Direito.

A necessidade social de organizar o meio em que ela se desenvolve, aproximou o Direito e a Economia de forma interligada. As instituições seriam mais relevantes ao Direito, no sentido de serem instrumentos criados que possibilitam uma maior interação social. Seriam para o Direito as instituições que reduzem os riscos e estruturaram os incentivos para as interações de natureza política, social e econômica (NÓBREGA, 2005, p. 291). Nesse sentido a Economia buscou no Direito a providência organizadora a qual suas instituições fornecem. Instituições essas muito mais abrangentes do que o conceito clássico aponta, ou seja, não apenas instituições como o casamento, a igreja ou a família, mas as instituições do próprio Direito, como tribunais, empresas, instituições públicas e até Estados soberanos.

Evidente que a institucionalização do Direito como da Economia é posterior a sua existência normativa. Nos dizeres de Bobbio (p. 2014, p. 37) para que um processo institucional se desenvolva, transformando um grupo inorgânico e não organizado, isto é, em um ordenamento jurídico, três condições devem existir: i) a fixação de fins que uma instituição deve perseguir; ii) que seja estabelecido os “meios” a alcançar esses fins; e iii) que sejam atribuídas funções a cada indivíduo

componentes do grupo para que cada um colabore, com os meios existentes, em busca do fim almejado. Essas condições só poderão ser cumpridas caso exista um conjunto de regras disciplinadoras.

Em conceito mais amplo, o Direito e a Economia foram gradativamente construídos pela idealização das necessidades humanas. As transformações mundiais causadas por revoluções, guerras, imposições ideológicas, fomentaram ambas as disciplinas de forma estruturalmente criadas para manter um sistema operante. Sistema esse fruto da vontade humana, modelo de criação e transformação da interação racional, elemento cognitivo e reflexivo da sociedade organizada.

Contudo, inobstante às origens adversas do surgimento do Direito e da Economia, o liame entre eles é que tem maior importância para o entendimento do movimento Direito e Economia e, principalmente, para a AED. Essa relação tão antiga e, hoje, tão evidente no pensamento jurídico, é o resultado da formação filosófica, política e ideológica. Em um recorte mais recente, pós Idade Média, pós revoluções iluministas, consentido pelo noção moderna do estado burguês, moldou a concepção do Direito e da Economia.

A propriedade privada, a individualização do ser humano, complementada pela doutrina liberal do contrato, reordenou essa sistematização jurídico-econômica. Esse cruzamento do pensamento econômico ao Direito, não é obra de uma nova teoria, como a AED, mas tomou uma concepção moderna desde o surgimento dos economistas clássicos, desde aquele que transformou a Economia em termos científicos, desde Adam Smith (SALAMA, p.10, 2008).

O fato é que ambas as disciplinas seguiram uma ordem em constante transformação. Por vezes o Direito foi uma ferramenta da Economia e, em outras, o Direito moldou a ordem econômica em sua estrutura básica. No entanto, tanto um quanto a outra, denotam o momento histórico vivido. A ideologia liberal contaminou todos os sistemas sociais, bem como as ciências que deles derivam. Essa ideologia criou o sistema capitalista e o seu modo de operar, sendo tanto o Direito e quanto a Economia subdivisões intrínsecas a esse sistema. Dessa forma, no tópico posterior, analisar a Economia e o Direito em seu modelo sistemático é uma forma de entender sua estrutura e as interligações provenientes de ambos os sistemas.

1.3 SISTEMA ECONÔMICO E SISTEMA DO DIREITO COMO UM ORDENADO ÚNICO

Inicialmente, antes de adentrar ao tema dos sistemas econômico e do Direito, deve-se abrir uma cisão conceitual e delimitar o Direito como um sistema que abrange tanto o ordenamento jurídico, quanto a própria ciência do Direito, responsável por interpretar, doutrinar e explorar as consequências da sociedade regida por tal ordenamento. Esse ponto é de soberba importância na medida em que se entende o sistema do Direito como um todo, um microcosmo que envolve e cria filamentos com demais sistemas sociais, especificamente, o sistema econômico.

Nesse sentido, entender o sistema econômico é uma tarefa complexa e trabalhosa, sendo que diversas teorias mostraram aspectos diferentes desse sistema. Contudo, para o presente trabalho, algumas teorias denotam maior importância, pois essas determinam o fundamento da análise do Direito aqui estudado.

O conceito normalmente utilizado para sistema econômico como um conjunto de fatores de produção, distribuição e consumo, de bens e serviços, tendo em vista a alocação e escassez desses fatores, é uma explicação simples para todo o ordenado das variáveis que o formam. O referido sistema abrange aspectos muito mais relevantes para seu entendimento. Poder-se-ia dizer que esse complexo rege diversas variáveis, sendo que desde o século XVIII, os modelos clássicos de pensadores como Adam Smith (1996) e David Ricardo (1996) já previam a Economia como trabalho, terra e capital, e, posteriormente, novos pensadores incluíram a variável tecnologia e outras, como poupança, acumulação de capital, etc.

A explicação simples, mas não menos importante, denota o sistema econômico como uma divisão de um sistema mais abrangente, que é a sociedade como um todo, o *mundo da vida*. Esse desdobramento representado como sistema é uma forma metodológica de separar “campos sociais” na tentativa de se construir um entendimento *ontológico* e conhecer sua base fundacional, tendo como escopo magno o entendimento da noção do *cosmo*. Nesse contexto, vale citar duas linhas de pensamentos que abordaram esse entendimento pela noção de sistemas independentes, uma derivada da Escola de Frankfurt, em que denominou de Teoria Crítica dos Sistemas, e a Teoria Autopoiética de Niklas Luhmann.

Ambas as escolas tentavam demonstrar, em termos gerais, que os sistemas sociais como a Economia, política, Direito, entre outros, são autônomos entre si. Demonstram que cada sistema porta seu próprio meio interpretativo do sistema social, e autorreferenciam em outros sistemas, sem interligação, mas adquirindo peculiaridades próprias em consonância aos demais sistemas. Seria uma teoria dissociável, em que cada sistema é isolado e capaz de se auto desenvolver, de criar corpo diferenciado aos demais.

Luhmann foi o mais radical em seu entendimento de sistemas sociais, entendeu que cada um possuía uma autonomia quanto à estrutura que mantém esses sistemas. Os sistemas são para ele como formas separadas, subdivisões da sociedade, que autorreferenciam nos demais outros sistemas incorporando suas características. Luhmann separou o indivíduo do social, relacionando a sociedade como um sistema que possui estrutura autônoma, sendo o indivíduo um ser que apenas habita, mas não faz parte dela (LUHMANN, 1980, p. 199). Já “a teoria crítica dos sistemas revela as contingências e as controversas políticas envolvidas nas interconexões, lendo, com intenção desconstrutivistas, a teoria a contrapelo” (FISCHER-LESCANO, 2010, p.165).

Diferente da teoria de Luhmann, a teoria da escola de Frankfurt desenvolveu-se e mudou a maneira de abranger seu entendimento, conforme os acontecimentos do século XX. As crises econômico-sociais no decorrer do século fizeram os teóricos alterarem sua base doutrinária, antes marxista, para uma nova abrangência teórica (NOBRE, 2011). O pensamento econômico adentrou cada vez mais no modo de entender as transformações sociais e, também, as mudanças a estrutura do sistema capitalista. Habermas (2001, p. 53), um dos pensadores mais relevantes da atual fase, entendeu esse contexto e mais explorou aos aspectos econômicos das transformações sociais. Nesse ponto, a visão autopoietica de Luhmann não tanto interessava o desenvolvimento da teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt, mas os fenômenos econômico-sociais.

Essa maneira de abranger os sistemas clareou o entendimento de Habermas que descreveu:

Nas ciências sociais se propõe hoje a um conceito das crises delineado segundo a teoria dos sistemas. As crises surgem quando a estrutura de um sistema social admite menos possibilidades de resolver problemas que os necessários para sua conservação.

Contra a fecundidade desta concepção para as ciências sociais pode aduzir que negligencia as causas internas de um esforço sistêmico das capacidades de autogoverno (HABERMAS, 1999, p. 21) (tradução do autor)⁹.

A visão de Habermas produz a formulação necessária para o entendimento do entrelaçamento entre o sistema econômico e jurídico. Para ele a integração social envolve um sistema de instituições que socializam os sujeitos falantes e atuantes. Os sistemas de sociedade apareceriam com aspecto do *mundo da vida* estruturado por meio de símbolos. A integração dos sistemas seria a respeito de rendimentos do autogoverno, do sistema autorregulador (HABERMAS, 1999, p. 25). Dessa forma, as estruturas normativas dos valores, normas jurídicas e instituições, seriam um dos liames entre o sistema jurídico e econômico.

Nesse contexto, a análise do Direito, também como sistema, é permeada de composições sociais, contudo com seus aspectos próprios. No entendimento de Vilanova (1997, p. 84), classifica-o como um sistema empírico, não lógico-formal, mas desenvolvido através de proposições normativas, em que prescrevem condutas. O aspecto formal verteria para a estrutura de linguagem, que seria anterior ao plano empírico. O Direito Positivo, para ele, seria um meta-sistema, e a ciência do Direito um sistema-objeto, em que o abrangeria. Ele classifica o sistema jurídico como um sistema aberto, em inter-relação a outros sistemas, todavia com um conteúdo de referência próprio do Sistema-Direito (VILANOVA, 1997, p. 180).

As classificações acima, que revelam um plano semiótico de função delineada pela linguagem e por aspectos cognitivos sociais, não diferiria da visão ordinária da doutrina existente, apenas denotaria um modelo evolutivo do conhecimento, fundado em proposições outras. Jorge Miranda já salientava o Direito por sua função pragmática social:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é o ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez

⁹ Texto original: A las ciencias sociales se propone hoy un concepto de la crisis delineado según la teoría de sistemas. Las crisis surgen cuando la estructura de un sistema de sociedad admite menos posibilidades de resolver problemas que las requeridas para su conservación. En este sentido, la crisis son perturbaciones que atacan la *integración sistémica*. Contra la fecundidad de esta concepción para las ciencias sociales puede aducirse que descuida las causas *internas* de un reforzamiento sistémico de las capacidades de autogobierno.

mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra (MIRANDA, 1990, p. 197).

Essa concepção sistemática releva os fatores congruentes das disciplinas aqui envolvidas, o modelo aberto e introspectivo fornece a fórmula para o entendimento do Direito. O Direito não é um sistema autônomo, mas um ordenado interdisciplinar de fatores empíricos, valorativos e normativos. Não se poderia estudar o Direito sem buscar em outras disciplinas os vínculos que o agregam e são responsáveis por sua transformação. O recorte temático utilizado no trabalho instrui o Direito como função da Economia, e vice versa, no sentido pragmático e normativo. Economia e Direito são um entrelaçamento sistemático, uma produção social não-autônoma que disciplinam e modelam arranjos comportamentais. Vale dizer que a AED rechaçaria por completo a ideia Luhman, não sendo possível o entendimento da unicidade social desatrelado do seu principal ator, que é o ser humano.

1.4 CRISES, RISCOS E INCERTEZAS: AS ADVERSIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO

A construção social de base antropocêntrica revelou elementos do meio e a adaptabilidade do indivíduo organizar a vida social. Conforme descrito nas raízes do Direito e da Economia, a escassez de recursos, a necessidade de resolução das adversidades, o fomento tecnológico, as incertezas econômicas criaram a fonte nutritiva para o Direito desempenhar seu escopo.

Quando pensado de forma microeconômica o Direito reduz à ideia do subjetivismo do indivíduo, sua busca na *maximização da riqueza*, em um plano econômico predominado por uma cultura capitalista. Essa visão denota uma álea de incerteza de uma variável de difícil previsão. Da mesma forma, o risco está explícito no cotidiano, na maneira que os agentes econômicos tomam decisões. Esses parâmetros são fundamentais para demonstrar uma importante ferramenta da Economia chamada de *Economia comportamental* que auxilia a AED¹⁰.

Frank Knight propôs empregar o termo “risco” a fenômenos dos quais se têm ao menos conhecimento estatístico e o termo “incerteza” para

¹⁰ No capítulo três será melhor demonstrada a teoria e sua aplicabilidade ao Direito.

as áleas em que tal conhecimento não esteja disponível e nas quais devemos estimar as possibilidades de resultado sem parâmetro (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p, 130).

Já Posner (2010, p.12-13) descreve que a incerteza gera os riscos, os quais a maioria das pessoas abomina. Essa incerteza, seja o risco como ignorância, resulta em diversos tipos de danos, como os derivados da quebra de contrato ou de acidentes. Nessa senda, outros fatores também contribuem para o aumento da incerteza e, conseqüentemente, para os riscos, como a assimetria de informações, um fator corolário da incerteza, o qual eleva os custos de transação.

As transações entre agentes econômicos seriam em sua maior parte determinadas por fatores subjetivos baseados em informação e incerteza, gerando assim custos de transação, os quais são determinantes para demonstrar a ótica da AED. Esses custos por vezes são tão grandes que a ideia de *correr o risco* se torna inviável, denominado pela AED de proibitivos. Esse contexto dá azo para a criação dos instrumentos utilizados pelo Direito, como contrato, seguro, previdência e saúde. Essa *adaptabilidade* é uma forma de construir o próprio Direito, com inferências econômicas e sociais.

Entretanto não se poderia restringir o conceito de risco à assimetria de informações e incertezas, existindo fatores ainda mais abrangentes e indetermináveis que influenciam sua concepção. Beck (2011, p. 23) ressalta a os problemas e conflitos distributivos surgidos na sociedade da escassez, bem como os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, dos riscos científico e tecnologicamente produzidos.

A incerteza e o risco são elementos que tornam o sistema econômico impuro, não previsível, propiciam a desigualdade, a acumulação e a concentração. Isso é um resultado de que a sociedade não se comporta de maneira linear, a competição não é perfeita, as informações não são simétricas e o comportamento dos agentes econômicos depende de fatores externos. Em um pensamento mais macroeconômico, o Direito e a Economia respondem a incertezas e risco de forma análoga. As crises são a produção do sistema operante, da razão econômica aliada à ineficácia política e, quiçá, jurídica. Um envolvimento de indeterminação de rompimentos paradigmáticos resulta em choques que determinam essa transformação tanto no Direito quanto na Economia.

Se por um lado, a Economia como *status quo* operante passou por crises e necessitou readaptar o modelo, como o caso da crise de 1929 em que a superprodução demonstrou que o ideal liberal de uma tentativa de *livre mercado* já não correspondia ao modelo econômico necessário à sociedade, por outro lado, o Direito também passou por um choque de realidade ao modelo positivista, desencadeado na Segunda Guerra Mundial em um “genocídio embasado em leis”, necessitou adaptar-se e colocar os Direitos humanos em um pedestal mais elevado. Claro que ambos os sistemas caminham juntos nos acontecimentos, desde os choques econômicos como derivado de crises fiscais, do petróleo, financeiras, aos acontecimentos que abalam as estruturas jurídicas como guerras, genocídios, crimes contra a humanidade entre outros.

Nesse aspecto, a alocação dos riscos e das incertezas toma conotação diferente, como a título de exemplos aqui estudados, tributária ou financeira. Um tributo nada mais é do que a alocação de recurso de um setor da sociedade para outro, ou em algo mais específico, que será mais bem explicado no capítulo terceiro, a respeito da intervenção do Estado no sistema econômico por intermédio do Direito como instrumento. O aspecto financeiro, que também será debatido, é o mesmo complexo de alocação de recursos, em um explícito processo de *oferta e demanda*, em que instrumentos jurídicos muito mais sofisticados ordenam esse sistema.

A adaptabilidade social é resultado de uma ordem econômica realizada pelo instrumentalismo do Direito, o qual desenvolve um complexo sistema jurídico, prolixamente normativo, em um contexto cada vez mais institucionalizado. Logo, tanto aspectos micro quanto macroeconômicos acarretam em uma formação mercadológica. Esse (des)ordenado de variáveis subjetivas, como a assimetria da informação, a (ir)racionalidade do indivíduo, a aversão ao risco, a desigualdade entre agentes econômicos, resulta na criação desse sistema entrelaçado entre a Economia e o Direito. Portanto, em capítulo posterior será desenvolvido a forma que o sistema jurídico positivo é criado, tendo o viés econômico como seu principal desenvolvedor.

Esse conceito individualmente analisado demonstra fatores ligados à necessidade como uma forma de alocação dos riscos. A norma jurídica é uma dessas formas de alocar o risco em extratos sociais. Pelo ferramental teórico disponível pela AED, percebe-se que tais fatores são analisados na concepção de custos de transações, revelando uma forma de mensurar todas as atividades

jurídicas e econômicas, mesmo aquelas carentes de valores monetários. Contudo, conforme já mencionado, a Economia toma uma posição ativa no entrelaçamento ao Direito, no que concerne à intervenção via sistema financeiro.

Seria o sistema financeiro uma representação da evolução do comércio, através de seus instrumentos e institutos. Dessa forma, uma construção analítica do comércio e sua evolução são primordiais para entender a Economia como agente interventor, tendo o mercado como seu principal instrumento.

1.5 SOCIEDADE DO COMÉRCIO E SUA EVOLUÇÃO: A INTERVENÇÃO VIA SISTEMA FINANCEIRO

Não seria possível entender a estrutura do sistema econômico, o qual alicerça o capitalismo, sem fazer uma breve análise do principal fator intrínseco a ele, que é o comércio. A negociabilidade dos bens e serviços, com a evolução da técnica de fazer esse comércio, abriu um novo horizonte à sociedade e determinou a forma que esta seria regida ao longo dos séculos.

Fator esse de tal relevo que se expandiu ideologicamente e fomentou doutrinas e readequou a posição do indivíduo no meio, no que tange ao inter-relacionamento. Tornou-se como um preceito de fundamentação social-econômica, desde os tempos dos economistas clássicos como Adam Smith e David Ricardo, que criaram a teoria das vantagens comparativas do comércio e passaram a defender o ideal do *livre comércio*, o qual até hoje é um tema que gera diversas discussões.

Assim, como uma forma explicativa e primordial, pode-se descrever o conceito de liberdade como fator este que deu azo à construção do sistema atual. Conceito esse remete, inicialmente, à antiga Grécia quanto a vivência participativa dos cidadãos em um âmbito coletivo, a qual suprimia a liberdade individual, em nome da coletividade, idealizando um bem comum. Os antigos indivíduos, que eram quase soberanos nas questões públicas, eram quase escravos em se tratando de assuntos privados (CONSTANT, 1985, p.1).

Esse passado distante compreendia o indivíduo não como autônomo em relação à sua vontade, mas um ser subordinado à sua *polis*, o meio que determina e

vigora sua função na sociedade. Conceito esse conhecido com Republicanismo, o qual subordina a liberdade individual à esfera pública¹¹.

Esse conceito foi substituído gradativamente por um conceito moderno, o qual privilegiou a liberdade individual, em detrimento à liberdade da esfera pública.

Reguladas pelo princípio da autonomia individual e dos Direitos subjetivos, estas sociedades subordinam a esfera pública – ainda que entendida como o espaço para a constituição e defesa dos interesses comunitários – aos proveitos dos indivíduos associados em torno das *societas*, instituída pelo contrato social, e cujo objetivo precípua é a defesa da liberdade de cada indivíduo e garantia dos seus Direitos (RAMOS, 2007, p. 301).

O conceito individualista de liberdade provocou toda uma transformação ideológica e manteve um sistema operante, que possibilitou diversas mudanças sociais, políticas, econômicas, tecnológicas, bem como marcou a histórias com diversas mazelas nesses campos.

Contudo, essa transição para a modernidade, deveu-se a diversos fatores, o qual limita esse trabalho a demonstrar o comércio como sendo o principal. A ascensão da sociedade comercial rompeu paradigmas, afastou o indivíduo da filosofia, da teologia e da ciência. Criou o mercado como “um meio de capacitar estranhos potencialmente avessos a transacionar de forma pacífica uns com outros, e uma relação superficial, na qual todas as questões profundas são equiparadas, é a base mais produtiva sobre a qual lidar com estranhos” (POSNER, 2010B, p.24). Constant relata que a guerra e o comércio teriam objetivos análogos, diferenciando os meios de atingir esse fim.

O comércio não é mais do que uma homenagem prestada à força do possuidor pelo aspirante à posse. É uma tentativa de obter acordo com aquilo que não deseja mais conquistar pela violência. Um homem que fosse sempre o mais forte nunca teria ideia do comércio. É a experiência – provando que a guerra, isto é, o emprego da força contra a força de outrem, o expõe a resistência e malogros diversos – que o leva a recorrer ao comércio, ou seja, a um meio mais brando e mais seguro de interessar o adversário. A guerra é o impulso, o comércio é o cálculo. Mas, por isso mesmo, deve haver um momento

¹¹ O conceito *Republicano* não determina a exclusão da liberdade individual, mas a subordina a um escopo maior, que é a coletividade. Dessa forma, poder-se-ia dizer liberdade como não escravidão, contudo, subordinada a lei. Ver: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre liberdade**. Tradução de Wanberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

em que o comércio substitui a guerra. Nós chegamos a esse momento (CONSTANT, 1985, p. 2).

Ter-se-ia, dessa forma, um rompimento paradigmático, o qual a sociedade passou a ansiar novas necessidades. O monarca que era o próprio Estado foi perdendo sua força, sendo substituído pelo Estado soberano, em que os cidadãos começaram a obter Direitos individualmente estabelecidos. Essa condição vinculou todos os campos do conhecimento, como a Economia, Direito, política, lógica, retórica, etc, e, principalmente, criou uma pré-condição ou uma base estrutural em que o próprio sistema capitalista necessita para sobreviver.

O capitalismo é um sistema criado em constante desenvolvimento, o qual para se manter em funcionamento necessita se reinventar a todo tempo. Um sistema que cria o obsoleto para criar o novo, estrutura essa alimentada pela inovação. Seria um sistema que cria e destrói ao mesmo tempo, o qual necessita da introdução de inovações, sejam técnicas ou tecnológicas, para que ocorra um salto qualitativo e rompa a barreira do *estado estacionário* (SCHUMPETER, 1997)¹².

Essa estrutura fundamentada no comércio é representada por um complexo arranjo de intercâmbio de transações, que geram uma teia de conexões criadoras de riquezas e, também, riquezas artificialmente criadas para mover a máquina capitalista de alavancar crescimento sem produção. Ou seja, a invenção técnica também possibilitou desenvolvimento ao comércio, como novos modelos contábeis, por meio da escritura comercial, que ajudou a institucionalizar um novo mundo de relações comerciais. “As inovações da escrituração comercial representavam não apenas a equalização entre os que produziam conhecimentos com base em regras, mas também uma mudança na maneira de conceber os ‘fatos’ particulares” (FARO, 2012, p.124).

Esse sistema criou uma fonte inesgotável e perigosamente volátil de se criar riqueza artificial de ativos intangíveis. Teria, dessa forma, o sistema financeiro como uma instituição¹³ intrínseca ao capitalismo, sendo a base estrutural da nova ordem econômica mundial. Sua estrutura compreende diversas instituições que fazem a

¹² Temo criado pelo economista Robert Solow o qual descreve um ponto em que o nível de investimento em capital se iguala a depreciação do próprio capital existente, sendo que nesse estágio o aumento de capital reduz o consumo. Ver: TAKADA, Thalles A. **Law And Economics, Joseph Alois Schumpeter e a Destruição Criadora. 2014.** 21 folhas. Pós-Graduação em Direito Internacional e Econômico – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

¹³ Nesse ponto, entende-se instituição no sentido econômico, como um ordenamento de agentes econômicos que em conjunto produzem um setor específico.

intermediação financeira entre poupadores e tomadores de empréstimos. Essas instituições compreendem desde bancos comerciais, bancos múltiplos, bancos de investimento, sociedades de crédito e financiamentos, entre outros.

O plano institucionalista do Direito e da Economia tornou-se cada vez mais relevante, sendo que o mercado financeiro, devido ao seu alto poderio econômico, assumiu um patamar mais elevado no que concerne à manipulação do ordenado econômico-jurídico. Faro ressalta o processo de *Financeirização* de tudo aquilo que se subordina por meio da interconectividade contratual, a determinação das prestações pecuniárias da Economia real à especulação praticada em mercados financeiros (FARO, 2005, p. 7).

Essas instituições utilizam o sistema normativo estabelecido para atuar como agentes financeiros, captando recursos de poupadores e emprestando a quem necessita de empréstimos, obtendo rendimento com um instrumento ficto criado por esse sistema para gerar rendimento, instrumento esse denominado de juros. Eduardo José Faria (2011, p. 15) analisou o entendimento de Schumpeter que denominou o indivíduo que procura apenas fazer render seu capital sem assumir risco como o *capitalista*. Essas instituições alimentam-se dos recursos do *capitalista* para emprestar para quem gasta com ativos reais.

Os recursos extras viriam de investidores dispostos a emprestar a esse pessoal e receber um rendimento por isso. O que une as duas pontas é o mercado de crédito. Ao abrir a linha de financiamentos, “o sistema bancário (...) interpõe sua garantia ampla entre os depositantes que emprestam dinheiro e os tomadores de dinheiro que buscam esses fundos para financiar a compra de ativos reais. A interposição desse véu monetário entre o ativo real é a marca registrada do mundo moderno” (FARIA, 2011, p. 14).

Necessitando apenas resguardar uma reserva em seus cofres, legalmente estabelecida normalmente pelo Banco Central de cada país, conhecido como recolhimentos compulsórios, as instituições financeiras emprestam todo o restante aos tomadores de empréstimos. Esse mecanismo se multiplica por várias vezes, gerando dessa forma a moeda escritural, devido ao efeito multiplicador do crédito (ASSAF NETO, 2011, p. 39). Assim, o sistema além de criar uma figura ficta de rendimento monetário, ainda consegue criar de um instrumento fiduciário que é a moeda, todavia de forma escritural, pelos ativos bancários que o próprio sistema financeiro possibilita que sejam criados.

Evidente que a moeda escritural não seria o único instrumento que o sistema financeiro criou para gerar valor na Economia, mas apenas um exemplo de como podem ser criados ativos invisíveis aos olhos humanos que representam valores para o mercado. Esse sistema possui inúmeros outros instrumentos usados para criar valor, convencionalmente chamados de títulos, ações, derivativos, entre outros. A crise de 2008 foi um exemplo de que esses ativos são apenas a representação de uma criação fictícia de alguns instrumentos criados e que no primeiro abalo dessa estrutura, esses valores desaparecem como desaparece a confiança, ou fidúcia, monetária de milhões de pessoas. Aqueles ativos antes criados passam a ter um valor menor e, simplesmente, parte daquilo que foi criado não existe mais.

Faria (2011, p. 21) descreve os fatores que desencadearam a crise de 2008:

Alguns fatores foram inéditos e específicos. E esse é o caso, por exemplo, do crescimento descontrolado de derivativos, da multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, das arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, da opacidade de novos tipos de operações e de fundos de investimento, dos níveis elevados e não controlados de alavancagem, dos conflitos de interesses de agências de classificação de risco, das políticas de redução que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição de risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou sem nenhuma regulamentação.

Destaca-se que partes dos ativos são criadas pelo próprio governo e, após uma crise como essa, parte dele também o socorro a esse sistema. Nesse contexto, tem-se o segundo ponto importante para entender o sistema capitalista, um sistema baseado no débito.

Da mesma forma que o sistema cria valores de ativos intangíveis, cria, também, o débito. Seria mais uma construção fictícia para pôr em funcionamento o esquema capitalista de valores. Nesse contexto o termo valor seria a representação numérica de comparação de ativos reais. A perda do valor, ou a desvalorização, daquilo que vale, é uma forma que o próprio sistema criou para movimentar sua estrutura. Os juros que remunera as instituições e os *capitalistas*, também cria desvalorização aos demais agentes não financeiros que se sujeitam às regras desse sistema.

A inflação seria o exemplo mais notório da perda do valor, pois o aumento do valor dos ativos reais não é acompanhado ao aumento do valor fiduciário. A

moeda que representava certo valor, agora não é capaz de comprar aquilo que esta representava. Ou seja, o modo de se gerar o valor também é uma armadilha para perder o potencial do que aquilo pode comprar, no caso a moeda. Essa é uma das faces do sistema, enquanto ele é normativamente criado para beneficiar agentes financeiros, o próprio sistema cria uma fragilidade em sua estrutura.

A inflação, cuja superveniência a que a ciência econômica atribui, principalmente, a excessiva criação de moeda pelo Estado, permite despesas imediatas (efeito visível), tributando implicitamente uma classe difusa e não coesa de pessoas com rendimentos fixo (os rendeiros, por exemplo), que não podem protestar. A inflação mina a médio prazo, a credibilidade da moeda nacional, o que impacta os capitais – efeito nefasto que se ocupará geração futura de políticos. As subvenções acordadas agora, para criar empregos ou preservá-los em uma empresa que deveria, de outro modo, fechar as portas, criam a aparência de efeito positivo imediato e visível, enquanto o custo, que mantém uma empresa periclitante ou a produção a custo injustificável perante a concorrência internacional, é suportado por consumidores que disse nem se dão conta (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 167).

Como na crise que faz desaparecer ativos intangíveis, a crise causada pela inflação também o faz. Resta, novamente, aos governos resolver aquilo que ele mesmo deu sustentação para que isso ocorra, todavia, suas ferramentas são limitadas e frágeis. O desaparecimento de ativos intangíveis causa escassez do valor monetário no mercado, portanto, a forma de abastecimento desse mercado é o governo criar papel moeda, aumentando o número de notas em circulação, e, ainda, em forma de empréstimos para as instituições financeiras que deram causa à crise, para que a confiança seja reestabelecida, novos empréstimos sejam realizados, nova moeda escritural seja criada, para que aquele círculo seja reestabelecido. Contudo, uma moeda não se cria somente pela impressão do papel, para se injetar moeda na Economia um novo débito é criado e os governos novamente criam ativos intangíveis para que isso aconteça, os títulos da dívida e do tesouro são exemplos desses novos débitos.

Logo, vê-se que a estrutura financeira e macroeconômica é um sistema determinado por variantes previamente estabelecidas para abastecer instituições. Essas instituições surgem, pois, o sistema jurídico é moldado para dar subsídio para que as instituições se beneficiem do sistema existente, um sistema também baseado

na riqueza sem produção, em um artifício denominado juros, no débito e no inchaço de ativos intangíveis.

Essa é a linha de pensamento é advogada por Posner (1988, p.3), que entende que a Economia dita as regras da criação jurídica, desde os atos emanados pelos juízes até a criação legiferante. “[...] o espírito da doutrina jurídica é de ordem econômica, ou pode fornecer um argumento em que alguma regra do Direito deva ser alterada ou para tornar o Direito mais eficiente” ¹⁴(POSNER, 1988, p. 3) (Tradução do Autor).

Nesse contexto, o sistema capitalista criou uma estrutura de dependência, em que toda sua formação envolve um processo econômico baseado nos fatores acima expostos. O Direito, nessa visão, deixaria de ser o agente controlador do sistema, e seria apenas instrumento moldado para que essa estrutura seja mantida.

A crítica constitucionalista de Grau (2014, p. 44) reflete esse parâmetro:

O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob *diverso regime*. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integralidade. Daí por que interessa ao capitalismo uma Constituição “progressista”. Justamente no ser “progressista” é que a Constituição formal não apenas ensejará a manutenção da “ordem capitalista”, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes.

Nesse ponto, não se pretender aplicar um ideal *reducionista* do Direito (BOBBIO, 2014, p. 56), submetendo o ordenamento jurídico a uma concepção econômica. Também não se discute critérios de validade, eficácia ou justiça, mas demonstrar um plano econômico que envolve o entrelaçamento com o Direito, criando um ordenamento sistemático dependentes entre si, os quais revelam uma ordem mais ampla, que é a forma do sistema capitalista se desenvolver.

Inobstante a existência de doutrinas contrárias, em capítulo posterior será demonstrado como essa ideia de ordenamento jurídico-econômico se desenvolve. Logo, a premissa do sistema como agente interventor envolve um amplo aparato normativo, denotando e inferência econômica no Direito e vice-versa. Essa concepção é explicitamente demonstrada na formação do sistema jurídico, bem

¹⁴ Texto original: the spirit of legal doctrine is economic, or it may provide an argument for why some rule of law should be changed to make the law more eficiente.

como na interpretação feita a ele pelos operadores do Direito. Destarte, em capítulo posterior será demonstrado o viés econômico na criação e entendimento do Direito.

2 O DISCURSO ECONÔMICO DO DIREITO

Inobstante as críticas que a contemporânea linha filosófico-jurídica a qual muitos doutrinadores seguem, corrobora-se com o entendimento de que os sistemas do Direito e da econômica são interligados e dependentes entre si. Essa comunicação entre ambos os sistemas e, conseqüentemente, entre as ciências econômicas e a ciência do Direito, é o ponto fulcral do desenvolvimento do presente trabalho. Dessa forma, coaduna-se com a lição de Sztajn (p.81, 2005):

O Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Por isso, cultores da teoria evolucionista da sociedade admitem que o conjunto de regras socialmente predispostas serve à organização das reações intersubjetivas e, em dado momento, se consagra como Direito posto. Se isso é verdade, fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação de norma.¹⁵

Logo, para vincular o pensamento econômico ao jurídico, fez-se necessário entender a Economia e o Direito como sistemas, derivados da sociedade, contudo, visualizado pela ótica da AED, sendo o viés econômico o sustentáculo da produção legiferante e, via de consequência, principal influência do Direito nesse paradigma estudado. A lógica argumentativa de Perelman (2005, p. 97) baseada no *real* entende a Economia como o aprofundamento de um vínculo da realidade pré-estabelecida de valores, como costumes, normas de cunho moral e a pura positivação destas normas, moldado no interesse socioeconômico. Todavia, o viés econômico funde-se à concepção argumentativa existente no Direito e cria a visão que o movimento Direito e Economia se apega.

Esse discurso econômico foi fortemente demonstrado por Habermas (2001, p.53) ao descrever o *breve século*, assim denominado por ele, em que a estrutura social foi moldada por eventos que eclodiram em seu seio e romperam com paradigmas existentes, alterando, também, o sistema jurídico existente. Ele dissertou sobre a força das *massas*, denominando de macro-sujeito o qual age coletivamente, a “inclusão simbólica das redes de comunicação”, o desenvolvimento

¹⁵ Ver: TAKADA, Thalles A. **A Análise Econômica do Direito e a Teoria Crítica**. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro J. Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas. 1 ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

tecnológico, as mudanças estruturais do sistema de ocupação, as transformações nas relações de trabalho, e diversos outros fatores que “revolucionaram ao longo do século XX a Economia bem como a formas de circulação e de vida” (HABERMAS, 2001, 56).

Habermas denominou como *fisiognomias* do século as censuras que foram marcadas por grandes eventos, e ressalta a importância dos eventos como Primeira e Segunda Guerra Mundial, e a Guerra Fria. Século marcado por antagonismos, “ao nível econômico dos sistemas sociais, ao nível político das grandes potências ou ao nível cultural das ideologias” (HABERMAS, 2001, p. 59). Para ele esse período de 75 anos abrangido entre esses eventos, significou não somente uma divisão cronológica do século, mas também “uma linha divisória das águas econômica, política e, sobretudo, do ponto de vista normativo” (HABERMAS, 2001, p. 61).

Idea essa congruente ao materialismo histórico de Stammler o qual acreditava que as alterações essenciais de circunstâncias econômicas condicionam necessariamente uma reforma paralela do Direito (STAMMLER, 1929, p. 23). Ele chega afirmar que na vida da sociedade humana não se rege outra lei senão a da Economia social, como matéria de convivência social entre os homens. Para ele, seria esta Economia social a realidade única na vida social, as leis¹⁶ dessa dinâmica seriam a única verdade dentro desse campo (STAMMLER, 1929, p. 28).

Segundo a concepção materialista da História, toda a ideia de justiça é uma simples imagem reflexa das verdadeiras realidades do estado econômico de Direito, sem substantividade própria, toda a forma de Direito que em nome da justiça se exige ou implante será igualmente, em verdade, obra das circunstâncias econômicas que a fundamentam[...] (STAMMLER, 1929, p. 30) (Tradução do Autor)¹⁷

O diálogo formado entre a Economia e o Direito reflete o fundo pragmático normativo do sistema jurídico existente. Esse ímpeto levou Posner (2009, p. 413) a afirmar que “as normas jurídicas devem ser vistas como instrumentais”, sendo que nos dias de hoje elas não estão tão consolidadas “a ponto de não poderem ser chamadas a justificar-se existencialmente como meios adaptáveis a um fim”. Uma

¹⁶ Entende-se aqui lei no sentido mais amplo, como leis econômicas.

¹⁷ Texto original: Según la concepción materialista de la Historia, toda idea de justicia es simple imagen refleja de las verdaderas realidades del estado económico de Derecho, sin substantividad propia alguna, toda forma de Derecho que en nombre de la justicia se exija o implante será igualmente, en verdad, obra de las circunstancias económicas que la fundamentan...

ampla gama de variáveis é determinante para o desenvolvimento legiferante. Edésio Fernandes descreve também como um processo histórico-social :

Complexo e multidimensional, esse processo de segregação socioespacial deve-se a uma combinação histórica de diversos fatores como as dinâmicas formais e informais do mercado de terras; centralização político-institucional; autoritarismo político-social; burocratização político-administrativa; e corrupção endêmica. De especial importância também tem sido a sobrevivência da estrutura fundiária concentrada e privatista do país; a natureza elitista da incipiente tradição de planejamento urbano; a renovação das práticas seculares de clientelismo político, etc. (FERNANDES, 2006, p.5).

Seria uma influência muito mais profunda e conectada ao complexo sistema econômico. Derivaria, assim, uma ordem normativa do econômico, com uma evidente correlação mercadológica. “O processo legislativo é mais assolado por pressões de grupos de interesse que o judiciário. Por essa e por outras razões, as leis escritas são muito menos regidas por juízos imparciais, no tocante ao interesse público[...]” (POSNER, 2009, p.415).

Para a compreensão desse liame econômico-jurídico, salutar seria entender o *modus operandi* desse sistema econômico, que hodiernamente é resíduo de uma forma capitalista e liberal de reger esse sistema. Dessa forma, deve-se compreender o mercado como meio e instrumento legiferante, partindo-se de sua função alocadora para as formas interpretativas do Direito que sopesam o viés econômico para tanto. Essa função alocadora seria a própria fundamentação do primeiro ponto abrangido nesse trabalho, o qual denota a intervenção econômica via sistema financeiro.

2.1 MERCADO E SUA FUNÇÃO ALOCADORA NA PERSPECTIVA NEOLIBERAL

Liberalismo não é nada mais do que o conhecimento da razão, aplicado às nossas relações existentes. O seu objetivo é uma 'ordem racional', um 'comportamento moral', uma 'liberdade limitada'; não anarquia, ilegalidade, individualidade¹⁸ (STIRNER, 1817, 93) (Tradução do Autor).

¹⁸Texto original: Liberalism is nothing else than the knowledge of reason, applied to our existing relations. Its aim is a 'rational order', a 'moral behavior', a 'limited freedom', not anarchy, lawlessness, selfhood.

Nesse ponto do trabalho visualiza-se a epistemologia da atualidade em uma versão mercadologicamente sistematizada, ou seja, trazendo o mercado não como sinônimo de capitalismo, liberalismo ou democracia, mas como o *modus operandi* desses sistemas. Mercado que padroniza a ética e a beleza, que coisifica o homem no sentido mais kantiano possível, que idealiza o ídolo e que legifera.

A produção normativa é a questão a ser debatida. Normas estas, hoje determinadas em grande proporção pelo mercado, determinam a postura e a conduta da sociedade. Para o filósofo e economista Hayek (1985) são as leis que dão o conceito de liberdade, para ele o principal princípio para o Direito. Ele trata do tema do Direito e da liberdade, demonstrando que a liberdade se sujeita ao Direito, e, conseqüentemente, à produção legislativa. Hayek também adentra ao tema da justiça social, desclassificando-a como justiça distributiva.

Hayek nos ensina, porém, que numa sociedade aberta não pode haver justiça distributiva simplesmente porque nela ninguém distribui; nela, funciona o jogo do mercado, que ele chama de “catalaxia” (termo usado originalmente também por Von Mises), no qual os resultados obtidos por cada um dos participantes não são nem pretendidos nem prognosticáveis pelos demais e, portanto, o resultado não pode ser classificado nem como justo nem como injusto (MAKSOUF, 1985, P. xx).

Alaôr Café Alves (2004) complementa essa concepção da distribuição, descrevendo como algo não natural; sendo um processo eminentemente social e político, sujeito às decisões públicas e privadas. A liberdade também observada por ele difere da concepção convencional e aproxima-se da de Hayek, no sentido da liberdade inserida em um sistema capitalista de mercado. Nesse sistema tudo é valor de troca, desde o jurista, o cientista do Direito, o filósofo do Direito e o bacharel do Direito. A liberdade nesse contexto seria ter esse valor de troca e poder desfrutar dele, ou seja, tendo a capacidade de troca os indivíduos podem viajar, ter acesso à cultura, saúde, bens de consumo, acesso a tudo. “A liberdade, portanto, não é algo que se tem ou não tem. A liberdade, nesse caso, comporta graduação, comporta mediações; não é algo absoluto” (ALVES, 2004, p. 92).

Para Hayek (1985, p. 144, A) a liberdade está subordinada ao Direito e, via de consequência, às Leis. Ele divaga na conceituação entre normas de organização, “como normas criadas para alcançar fins específicos, suplementar determinações positivas de que se façam coisas específicas ou se obtenham certos resultados”; e

normas de conduta justas que independem de vontade política, não fruto de uma criação intencional. Para ele a legislação origina-se da necessidade de estabelecer normas organizacionais, ou seja, “A grande maioria das resoluções aprovadas por assembleias representativas obviamente não formula normas de conduta justa, e sim medidas governamentais diretas”. (HAYEK, 1985, p. 147, A);

Todavia, a construção teórica de Hayek abrange, principalmente, a natureza da ordem do mercado, ou *catalaxia*. Seria para ele uma multiplicidade de fins distintos e incomensuráveis de todos os seus membros individuais. Quando homens vivem juntos e em paz, tornando possível a liberdade de seus valores, e sem entrar a um acordo e específico, porém beneficiando uns aos outros.

Em outras palavras, surgiu da descoberta de que a substituição de fins concretos obrigatórios por normas abstratas de conduta possibilitava ampliar a ordem de paz para além dos pequenos grupos voltados para os mesmos fins, porque permitia a cada indivíduo beneficiar-se com a habilidade e o conhecimento de outros, cuja existência até mesmo podia ignorar e cujos objetivos podiam ser totalmente diversos dos seus (HAYEK, 1985, p. 132, B).

Dessa forma, numa *catalaxia* os indivíduos são estimulados a contribuir para a satisfação das necessidades dos próximos sem tomá-las em consideração ou ter conhecimento. “A *catalaxia* concilia conhecimentos diferentes e propósitos diferentes que, sejam as pessoas egoístas ou não, diferirão muito de uma para outra” (HAYEK, 1985, p. 132, B). Assim, a sociedade não teria um fim específico, ou seja, a liberdade do pensamento, a possibilidade de discordância ou apenas a não concordância sobre um fim específico seriam a base da evolução da sociedade. Essa concepção não teria um objetivo unicamente econômico, seria aplicável a todas as ações do ser humano, embora Hayek enfatize as relações econômicas.

Desta forma a *catalaxia* seria um processo gerador de riquezas, equiparado a um jogo em que cada jogador utilizaria uma informação que possibilitaria satisfazer a necessidade sem ter um conhecimento Direito, acarretando a satisfação das necessidades em um âmbito coletivo. “Assim, na ordem de mercado, cada um é levado pelo ganho, que lhe é visível, a atender a necessidades que lhe são invisíveis e, para fazê-lo, a valer-se de circunstâncias particulares desconhecidas” (HAYEK, 1985, p. 140, B). Ou seja, agindo livremente conforme suas convicções morais os

homens visam seus próprios fins, não podendo prever nem controlar as consequências.

É nesse contexto que as políticas governamentais são utilizadas, com escopo geral e abstrato, oferecendo um instrumento polivalente, mas não específico, dependendo necessariamente da utilização do processo do mercado,

[...] política governamental não precisa ser norteadada pela busca de resultados particulares, podendo ter por finalidade assegurar uma ordem global abstrata, de caráter tal que garanta aos seus participantes a maior probabilidade de alcançar seus diferentes fins particulares, em grande parte desconhecidos. (HAYEK, 1985, p. 139, B)

Nesse ponto que Hayek demonstra que do substrato mercadológico deriva a normatização da sociedade. A normatização nem sempre seria positivada, mas poderia ter cunho moral ou ético, ou derivaria dos costumes empregados. Ou quando positivada responde aos anseios econômico-sociais. Richard Posner, com seu ideal pragmata, entende que quando as condições sociais e econômicas mudam rapidamente, a própria lei tende a mudar suas normas. “O interesse social da continuidade e na constância da lei, que é importante para possibilitar que as pessoas planejem seus assuntos, deve ser compensado pelo interesse social na adaptabilidade da lei à mudança [...]” (POSNER, 2010, p. 89, B). Posner entende ainda a lei como uma ordem estabelecida, e descreve os elementos para a teoria econômica do Direito:

(1) Para se caracterizar como lei, uma ordem deve ser obedecida por aqueles a quem destina; (2) deve tratar equitativamente aqueles que estejam na mesma posição em todos os aspectos importantes que a envolvam; (3) deve ser pública; (4) deve haver procedimentos de apuração da verdade de quaisquer fatos necessários à aplicação da ordem, em conformidade com suas condições. (POSNER, 2010, p. 89-90, B)

Poder-se-ia entender a ordem do mercado como uma força não intencional, consensual, a qual determina também a ordem jurídica e social. Teria então o mercado como um legislador? A *catalaxia* seria o fator alocador de recursos escassos que distribuiria o equilíbrio social corrigindo as desigualdades sociais? Unger (2010, p. 46) contesta salientando que toda Economia de mercado real se

organiza para distribuir de forma desigual o acesso aos recursos e oportunidades de produção.

O certo é que a sociedade é regida coercitivamente por normas impostas por seus cidadãos, em que o Direito é o veículo aplicador dessas normas. Isso não quer dizer que o indivíduo reage de acordo com a intenção do legislador, “é preciso, ainda, conhecer o ser humano e compreender suas interações com os demais” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 5). Contudo, o Direito não poderia dissociar-se da Economia, pois uma nova ideologia foi adaptada para o desenvolvimento social da atualidade, e essa nova ideologia é resultado de uma cultura mercadologicamente organizada.

Nessa linha, Ronald Coase buscou em outro aspecto estudar o mercado, tendo como base fundamental as instituições. Ele equipara os mercados a “instituições que existem para facilitar trocas, isto é, elas existem a fim de reduzir os custos de realizar transações de trocas”¹⁹ (COASE, 1988, p. 7) (Tradução do Autor). Com essa afirmação, Coase vai ao ponto central da AED, entendendo que o mercado é regido por alocações de fatores que geram custos, denominado por ele de *custos de transações*. Sua análise vai além, e demonstra a inserção de políticas e instrumentos interventivos em determinados mercados, a fim de corrigir determinadas falhas em sua estrutura. Importante afirmação compreende que “operar em determinados mercados depende, portanto, de um *sistema jurídico estatal*”²⁰ (COASE, 1988, p. 10) (Tradução do Autor).

Poderia entender o mercado como “uma instituição jurídica constituída pelo *Direito Positivo*, o Direito posto pelo Estado” (GRAU, 2012, p. 34). Na mesma linha de Hayek, a generalidade e abstração da lei garantiriam ao indivíduo contra a arbitrariedade estatal. Cada agente econômico necessita de garantias que o protejam do Estado (liberalismo político) e de outros agentes que atua no mercado (Liberalismo econômico) (GRAU, 2012, p. 37).

Seria a positivação das normas o resultado da visão do legislador dada ao sistema econômico vigente, o qual é estruturado pelo sistema capitalista, institucionalizado pelo Direito Positivo. Peña (2013, p. 131), por sua vez, utilizou outra vertente da AED. Ele descreveu a criação positiva de normas como um

¹⁹ Texto original: Market are institutions that exist to facilitate exchange, that is, they existing order to reduce the cost of carrying out exchange transactions.

²⁰ Texto original: Those operating in these markets have to depend, therefore, on the legal system of the State.

mercado ofertado pelo poder legislativo e executivo. As normas seriam bens criados por eles, e os grupos de interesses seriam os demandantes. Grupos como sistema de saúde, bancos, empresas e outros destinatários.

Pelo próprio sistema de mercado, o autor explicou o funcionamento do sistema jurídico, conseguiu demonstrar, pela teoria da AED, toda a formação de sua estrutura. Os poderes ofertantes desses bens seriam incentivados a legislarem de forma a cumprir os compromissos das campanhas eleitorais, levando a ser a criação das normas tendenciosas a certos grupos de interesse (PEÑA, 2013, p. 133). Surgindo assim, a figura da corrupção, que seriam condutas desses agentes que criariam externalidades negativas, como consequências imediatas da deterioração dos cofres públicos, tráfico de influências, nepotismo, entre outros (PEÑA, 2013, 135).

A instrumentalidade da Ciência Econômica dá fundamento ao estudo do Direito a entender que seu sistema normativo é influenciado pelo sistema econômico. Buscou aqui demonstrar uma visão que aborda mais o Direito Positivo, tendo em vista a predominância deste nos sistemas jurídicos dos países derivados do *Civil Law*. Contudo essa visão também é clara nos sistemas jurídicos de países preponderantemente jurisprudenciais. Mister se faz uma análise do sistema jurídico estrangeiro para depois apontar a Economia como oráculo guiador do sistemas jurídico brasileiro, focando os próximos tópicos nas decisões judiciais e produções normativas.

Desta forma, busca-se a introspecção econômica na criação da norma, como atuante o mercado e demais instrumentos e institutos que dele derivam, sendo um modelo criado de forma a manter um sistema atuante, uma vertente liberal que modela o sistema jurídico. Corresponderia, assim, a própria intervenção via sistema financeiro, em que o mercado fundamenta a criação de um sistema jurídico adequado a seus anseios. A argumentação vincula-se ao econômico na medida em que normas são criadas adaptando a necessidade legislativa à ordem de mercado, como o termo *catalaxia*, cunhado por Hayek, em que os indivíduos buscam a maximização pessoal agindo conforme o melhor para si, e, via de consequência, desloca a utilidade individual à coletiva, determinando um ponto de equilíbrio mercadológico. Essa teoria foi adaptada ao discurso econômico de Richard Posner (2010, p.89, B), que entendeu que as mudanças econômico-sociais são capazes de moldar o sistema legislativo.

Contudo, a influência econômica no Direito não se restringe apenas à criação de um sistema normativo positivo, mas também a um todo arcabouço ideológico que adapta também a leitura feita desse sistema normativo, no sentido hermenêutico, para um modelo economicamente moldado. Assim, para se demonstrar essa afirmação, necessário se faz entender o Direito em seu sentido pragmático e, via de consequência, demonstrar a influência econômica tanto no ordenamento jurídico estrangeiro quanto no nacional.

2.2 PRAGMATISMO, ECONOMIA E DIREITO

O problema básico é que o pragmatismo é mais uma tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina (POSNER, 2010, p.20)

Não seria possível analisar a influência econômica no sistema jurídico estrangeiro e nacional, sem se demonstrar o estudo do pragmatismo filosófico. Esse estudo revela importantes faces da construção legislativa e jurisprudencial do sistema jurídico de diversos países, principalmente os derivados do *Common Law*. Consideraria esse conceito não tanto como uma teoria, mas um conjunto de fatores empíricos que deram fundamento a sua criação.

Posner, um dos grandes estudiosos na atualidade do pragmatismo, demonstra toda uma historiografia de fundamento filosófico para conseguir determinar um conceito, voltado à Economia, porém não podendo afirmar como unânime na literatura mundial. Ele resgata a ideia de pragmatismo desde o tempo de Homero, da *Odisséia*, passando por Platão que sobrepôs o pragmatismo dos sofistas, os instrutores das técnicas retóricas empregadas nas contendas legais e políticas nos tribunais e assembleias de Atenas (POSNER, 2010, p. 21-23).

Recorreu a praticamente todos pensadores de linha pragmatista como Dewey, Pierce, Rorty, Holmes, James, entre outros. Todavia, foi para ele, Kuhn quem produziu a mais completa teoria pragmatista da ciência, a qual descreve que teorias científicas são adotadas não porque sejam verdadeiras, ou melhores aproximações à verdade, mas porque são mais bem adaptadas aos interesses e necessidades existentes (POSNER, 2010, p. 29). Em Pierce buscou-se o conceito de falibilidade, do anticeticismo e do antirrelativismo, no sentido da experimentabilidade das teorias, sendo flexíveis e refutáveis (DEWEY, 1998, p. 168).

De Dewey, além de outras influências, entendeu que métodos de investigações científicas e outras investigações são relacionados a aspectos práticos (POSNER, 2010, 77).

O pragmatismo filosófico seria o pano de fundo de um ideal que surgiu nos tribunais dos EUA, que se chamou de realismo jurídico. Foi uma crítica ao formalismo jurídico, o qual entendia o Direito apenas nos seus aspectos científicos. Focou na idiossincrasia nas decisões dos juízes, defendida pelo relativismo da verdade (GODOY, 2013, p. 25). Foi concebido em um período de transformação que “marcava a primeira parte do século XX. É contemporâneo do pragmatismo na filosofia, da geometria não-euclidiana, da teoria da relatividade de Albert Einstein, de novos métodos e abordagens na psicologia, como o freudismo e a psicanálise” (GODOY, 2013, p. 14).

De fato, o realismo jurídico aprofundava-se ainda mais no campo social, em termos empíricos, e aproximava-se mais à sociologia jurídica. Todo o campo estudado, no caso o jurídico, seria antecedido pelo fator empírico, pela ação humana, para depois surgir o Direito. As normas não são produzidas para moldar o homem, ela é o reflexo dele. A relação adequada a norma, e não é adequada por ela. Para, o pragmatismo e, conseqüentemente, para o realismo jurídico, o modelo lógico é a função quase sempre sociedade-Direito, e não Direito-sociedade, e especificamente aqui, Economia-Direito. Dessa forma, a conceito tão criticado de que o juiz decide o fato concreto para depois subsumir a norma, é uma hipótese verdadeira.

O ser humano seria agente do próprio destino (GODOY, 2013 p.30). Essa tese abriu campo não só para as disciplinas que exploram a cognição humana, como psicologia, psicanálise, medicina e sociologia, mas também para outras disciplinas que por anos os pensadores trataram de maneira estanque, como o Direito e a Economia. Essas conseqüências foram a própria criação da Economia comportamental e a AED.

O pragmatismo, no plano do realismo jurídico, tenta demonstrar que o Direito não pode ter qualquer estrutura lógica autônoma que garantam a segurança jurídica das decisões jurídicas, sem que as questões empíricas sejam analisadas (POSNER, 2010B, p. 32). Esse ponto revela a indagação de Rorty (1994, p. 20) da sua tentativa de entendimento mente-corpo. Sua investigação à atitude mental implicada no meio

social, antidogmática e anti-abstrativista. A compreensão da natureza do conhecimento e da mente.

Logo, pelo descrito alhures, aparentemente, o pragmatismo seria muito mais aplicável às decisões judiciais do que à criação legislativa, pois, em tese, a prática do Direito estaria restrita a fatos posteriores à normatização. Contudo, mesmo para países em que o Direito tem origem no *Civil Law*, pode ser percebida a presença do pragmatismo nos sistemas normativos positivos destes. Nessa senda, vale expor em linhas gerais o estudo de Posner que abrange o pensamento de Kelsen, o mais conhecido pensador positivista, poder-se-ia dizer. Conforme o mesmo menciona: “De fato, defenderei que o positivismo de Kelsen é o lado jurídico do Liberalismo pragmático [...]” (POSNER, 2010B, p. 195), o que seria uma afirmação que corroboraria com o escopo do trabalho, em que a função alocadora neoliberal deu ensejo a toda uma positivação da norma, de fundo kelseniano.

Essa dedução parte do princípio da estreita ligação entre o positivismo lógico e do pragmatismo, apesar da doutrina de Kelsen não se enquadrar àquela, mas ter elementos similares, em que prezam pela investigação empírica, como método de validação como ciência. Ele percebeu que Kelsen não estava tentando restringir o Direito ao sentido sintático da interpretação, ou seja, à estrutura pura da norma, mas estava tentando “oferecer uma definição universal do Direito” (POSNER, 2010B, p. 196), estava criando um recorte metodológico e demonstrando que o Direito pode ser também explicado em linhas estruturais das próprias normas; estava explorando o campo normativo positivo e não o criando.

A doutrina do Direito, de Hans Kelsen – também denominada Teoria Pura do Direito – é um programa para consideração científica, isto é, objetiva-intersubjetiva comprovável – do objeto “Direito Positivo”. Pode-se qualificá-la como uma teoria geral da dogmática do Direito Positivo (WALTER, 2007, p.37).

Todavia, não se poderia confundir o positivismo da Teoria Pura do Direito com o positivismo lógico, muito menos com o neo-positivismo. Mas conforme o próprio pragmatismo deduz, aquele “liga-se ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metódica” (WALTER, 2007, p. 43). Nessa senda, Posner (2010, p. 207, B) refere-se como um ponto significativo na teoria de Kelsen, o qual tem relevância ao Direito e à Economia, o espaço criado para extrair dessas fontes o auxílio na formulação de doutrinas legais.

Kelsen criou um vácuo descritivo que fez com que a norma jurídica fosse analisada em sua essência, porém para sua validade outros fatores deveriam ter validade. Nesse paradigma é que os fatores axiológicos entram no estudo do Direito, como as normas não-jurídicas, que seriam norma de moral e de costumes. Essa base deu sustentáculo ao que Kelsen denominou *grundnorm*, que seria a norma básica de toda a sociedade, não necessariamente uma norma jurídica. Ou seja, seria um mecanismo de dar um pré-entendimento ao empírico, fundamentando o sistema jurídico sem fazer parte dele.

Na linha pragmatista de Posner, no que entendeu da doutrina de Kelsen, seria a lei nada mais do que uma atribuição de competência. Para ele as próprias decisões judiciais seriam também uma lei em virtude de sua delegação, desde que estejam dentro desse limite da delegação (POSNER, 2010, P. 207, B). Kelsen nega que uma declaração prescritiva da norma pode ser derivada de uma declaração factual, entretanto Posner ressalta que para ele a validade da norma dependeria da derivação de outra norma, a qual poderia ser uma norma moral sem caráter coercivo. Como em trecho retirado da obra de Kelsen (1998, p. 75):

Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas de morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade de pretensão que exija que o Direito Positivo deve harmonizar-se com outro sistema moral e com ele venha a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste.

Essa visão diagnosticadora de Kelsen deu azo à criação de diversas teorias. Mesmo para os críticos da teoria Kelseniana, através dela foi possível entender a estrutura positiva do Direito e a ciência que o Direito descreve. Demonstrou um método, que delimitou seu objeto e apontou que “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo. Tão somente do Direito Positivo e não de determinada ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p.67). Nesse mesmo sentido, Paulo de Barros (2012, p. 34), através de seu entendimento semiótico, descreve que “o Direito Positivo é um complexo de normas jurídicas em um dado país”, já à ciência do Direito caberia descrever esse enredo normativo.

Contudo, inobstante essa posição dos autores aqui citados, restringindo o Direito Positivo às normas jurídicas, e a ciência do Direito a todo o entendimento

axiológico, técnico e interpretativo que o Direito proporciona, releva nesse trabalho a indução econômica da criação dessas normas jurídicas, bem como pelo método econômico de interpretação desse sistema normativo, apesar de Kelsen negar que a declaração prescritiva de uma norma pudesse derivar de uma declaração factual (POSNER, 2010, P. 207, B).

Essa forma de pensar nas normas jurídicas leva a extravasar a figura única do legislador, isto é, o Direito Positivo não seria apenas o modo de pensar do legislador, mas toda uma construção pragmática, revestida de influências econômico-social.

Veremos adiante que toda a concepção do positivismo jurídico, que atribui toda lei à vontade de um legislador, é fruto da falácia intencionalista característica do construtivismo, um retrocesso àquelas teorias segundo as quais as instituições humanas resultam de plano, teorias que conflitam irreconciliavelmente com tudo o que sabemos acerca da evolução do Direito e da maioria das outras instituições (HAYEK, 1895A, p.84).

O mercado cria tendências e normas jurídicas são adequadas aos seus anseios. A interpretação do Direito, em questões de grande repercussão, por vezes é restringida pelo fator econômico, e a substância econômica da decisão prevalece sobre as formas que o Direito Positivo cria. Esse ponto, em que a Economia sobressai ao Direito é apenas uma parte de todo um sistema interligado entre o Direito e a Economia. Nesse contexto, o campo empírico teria mais relevância do que a criação artificial do legislador, sem, evidentemente, desvalorizar a importância das normas jurídicas estabelecidas.

Portanto, o pragmatismo filosófico além de ter criado uma base teórica para desenvolvimento de uma corrente chamada de Realismo Jurídico, também fundamentou toda uma postura nas instituições jurídicas que deram maior importância à realidade empírica deparada pelo Direito. Esse ponto é de deves importância na posição em que a Economia toma em relação ao Direito, relevando um caráter determinista nas decisões judiciais.

2.3 INFERÊNCIA ECONÔMICA NO SISTEMA JURÍDICO ESTRANGEIRO

A vida do Direito não tem sido lógica: Tem sido experiência²¹. (HOLMES, 2011, p. 5) (Tradução do Autor)

Não tentando refutar a doutrina positivista anteriormente mencionada, entendendo que a doutrina kelseniana diagnosticou de maneira precisa a formação do corpo jurídico, especificamente normas jurídicas, busca-se demonstrar que a criação desse corpo jurídico é influenciada pela Economia, bem como a interpretação desse também o é. Primeiramente, vale estudar de forma breve o mecanismo jurídico dos países derivados pelo *Common Law*, demonstrando a nítida influência do pragmatismo jurídico em seu sistema jurídico.

A concepção desses países, principalmente nos países de língua inglesa, toma uma base diferente dos países originados do *Civil Law*, eis que a formação do sistema jurídico deve-se mais à jurisprudência do que a normas jurídicas. Desta forma, o Direito nesses países focou mais nas decisões judiciais do que na criação legiferante, tendo o Juiz um poder de decisão um tanto maior, embora, nos limites em que a própria jurisprudência estipula.

Se a legislação é deliberadamente vaga ou inadvertidamente ambígua, os juízes podem escolher entre várias interpretações diferentes. Às vezes a escolha de uma interpretação eclipsa a aprovação do projeto de lei, e neste caso o juiz faz lei mais do que o legislativo (COOTER; ULEN, 2010, p. 76).

O costume, a crença ou a necessidade em um tempo primitivo criaram as regras ou as normas. No curso do século, esses costumes, crenças e necessidades desapareceram, contudo as regras e normas não (HOLMES, 2011, p. 8). “Estas leis já existentes são chamadas de *Common Law*, porque elas supostamente estão enraizadas nas práticas comuns das pessoas” (COOTER; ULEN, 2010, p. 76).

Castro (2012, p. 49) demonstra em sua pesquisa toda a historicidade da *jurisprudência*, desde o surgimento de seus aspectos na Roma antiga, ao rompimento paradigmático devido ao catolicismo, que influenciou as crenças e costumes da Inglaterra, sendo que após a invasão dos povos normandos, com sua disputa com Igreja, ofereceu um contexto para a criação da sua própria *jurisprudência*, que adquiriu o nome de *common law*. Ele foca três elementos como base de formação do *common law*: “ (i) a criação dos tribunais de Westminster; (ii) a

²¹ Texto original: The life of the law has not been logic: it has been experience.

introdução do *writ* judicial; e (iii) o desenvolvimento dos sistemas de *writs*” (CASTRO, 2012, p. 51).

Contudo, não querendo aprofundar nos aspectos históricos de criação do *common law*, sendo que o presente trabalho não visa esse entendimento, mas sim, o seu funcionamento com as bases do pragmatismo e da Economia, o autor relata em certo momento que “os juristas do *common law* procuravam promover, assim como haviam feito com o *Law Merchant*, diversas mesclas pragmáticas” (CASTRO, 2012, p. 177). Também, ressaltou que:

Em toda a literatura econômica de cunho liberal, incorporou-se ao Direito anglo-americano e expandiu seu alcance com apoio de inovações puramente jurisprudenciais, ou mesclas pragmáticas entre “formas” mais tradicionais do *common law* e outras formas aplicáveis à “matéria” do social (CASTRO, 2012, p. 178).

Uma inovação jurisprudencial citado por ele foi o caso *Munn v. Illinois* em que versava sobre o preço dos armazéns de estocagens de grão, os quais os donos desses armazéns tentavam fixar livremente o preço desses. Contudo, visando o interesse público, dos agricultores e, conseqüentemente, da sociedade, a Suprema Corte decidiu em favor do estado de Illinois, sendo que a propriedade seria revestida de um interesse público, no qual afetaria toda a comunidade²² (CASTRO, 2012, p. 178).

Vários exemplos poderiam ser citados, como casos de externalidades negativas, como a poluição, em que propriedades privadas emitem resíduos poluentes que afetam direta ou indiretamente terceiros. Um exemplo foi o caso *Coke v. Forbes* em que gases emitidos por um produtor de sulfato de amônia prejudicava uma indústria de tecelagem, na medida em que esses gases produziam uma reação química dos produtos utilizados nos tapetes fazendo com que adquirissem uma cor escurecida e fosca. Uma ação foi ajuizada para impedir a produção de tais vapores. O juiz apesar de entender que o produtor dos gases não teria o Direito de inundar a propriedade vizinha, o mesmo provocou o dano de maneira acidental e ocasional, e a ordem judicial não foi concebida, resguardando o Direito ao autor de ajuizar ação com o intuito de cobrar os danos sofridos (COASE, 2008, p. 10). Resta claro que o

²² Essa decisão deu origem a uma nova doutrina denominada “utilidade pública”(public utility).

juiz sopesou a ordem judicial em detrimento ao dano futuro de cessar uma atividade econômica, analisando economicamente o Direito.

Outro clássico exemplo é o caso *United States v. Carroll Towing* o qual o juiz utilizou-se de cálculos matemáticos e racionais de custo-benefício para analisar o Direito, e o exemplo se manteve como padrão por mais de meio século na literatura da análise econômica da responsabilidade civil (*economic analysis of liability rules*). Foi um caso de naufrágio de uma barça denominada *Anna C.* ancorada em um píer em que carregava farinha de propriedade do governo dos Estados Unidos. Antes do acidente, a barça estava atracada junto a outras barças. As barças foram ligadas uma a outra em uma linha de ancoragem. No dia do acidente o rebocador *Carroll* foi enviado para remover uma barça do píer. No processo de remoção da barça foi removida a linha entre as barcas no píer, que acarretou na soltura de uma barca e resultou no afundamento de *Anna C.* Não havia trabalhadores em nenhuma das barças. Conseqüentemente o governo dos Estados Unidos processou a empresa *Carroll Towing Co.*, proprietária do rebocador *Carroll*.

Não havendo lei que determinasse a responsabilização de uma barça que não havia ninguém a bordo, que se soltou e provocou danos, o juiz Learned Hand utilizou uma fórmula para determinar o caso, que utilizava a probabilidade de que a linha poderia romper, as precauções que deveriam ter sido tomadas e a gravidade do dano ocorrido. Concluiu-se que a omissão da autora, que deixou sua embarcação amarrada sem alguém a bordo, foi considerada culpável. Decisão essa que aparentemente destoou dos padrões das decisões jurídicas, demonstrando haver culpa quando os investimentos em prevenções forem menores do que o dano esperado (ACCIARRI, 2014, p. 26).

Casos como estes, formam a jurisprudência no ordenamento jurídico desses países, utilizando diversos critérios para tanto. Esses casos denotaram uma influência econômica relevante, sendo o primeiro caso o qual envolveu a utilidade pública, em que prevaleceu a intervenção estatal no controle do monopólio sobre os preços; já o segundo caso demonstra o aspecto microeconômico da decisão, sendo que a análise econômica do caso demonstrou que seria muito menos eficiente, ou o prejuízo seria maior, em fazer cessar a atividade da indústria, reservando o Direito à indenização pelos danos ocorridos; e por fim, no terceiro caso, a análise econômica

é demonstrada em termos matemáticos, quiçá econometricamente, utilizando fatores probabilísticos na resolução do conflito.

A gama econômica é ampla para influenciar as decisões nos países do *common law*, os elementos pragmáticos são visíveis e balizam o entendimento jurisprudencial destes países. Os juízes teriam um poder grande de suplementar lacunas legislativas e criar as normas, no sentido kelseniano. Sistemas jurídicos como estes propiciam a interpretação do Direito no sentido da estrutura social-econômica à época, transformando os juízes em verdadeiros *Hércules*, como o juiz imaginário de Dworkin(1999, p. 287), “de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade”.

Não desprezando tanto o sentido semântico descrito por Dworkin, mas focando no pragmático, ele também dissertou acerca das decisões proferidas por juízes que utilizaram da Economia para fundamentá-las, principalmente em questões acidentárias, ilícitos civis e danos involuntários. “A chave para essas decisões é encontrada no princípio "econômico" de que é preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 333). Contudo, em sua teoria, o juiz *Hércules* não estaria alheio à legislação, muito menos, à interpretação que este deve dar à legislação aos eventos políticos e conjunturais à época.

Nessa senda, apesar dos juízes dos países do *common law* terem uma relativa maior flexibilidade para julgar através de suas convicções, essa não é absoluta. O ordenamento jurídico destes é criado através de um conjunto de normas, positivadas e jurisprudenciais, que limitam essa convicção. Uma das regras estabelecida advém do sistema econômico, sendo por vezes um limitador macro e por vezes microeconômico.

2.4 A INFLUÊNCIA ECONÔMICA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial. (SMITT, 2007, p. 55).

Percebe-se que para o caso nacional, o entendimento pragmático toma uma concepção um tanto diferente, por ter suas raízes vinculadas ao *civil law*, em que

preponderou mais a norma positivada a que decisões jurisprudenciais, derivadas dos costumes e crenças.

As tradições do *civil law* e do *common law* diferem significativamente no tocante à maneira como as normas jurisprudenciais são justificadas. Tradicionalmente, os juízes do *common law* justificam suas decisões judiciais fazendo referência a precedentes e normas sociais, ou a amplas exigências da racionalidade pressupostas pelas políticas públicas. Tradicionalmente, os juízes do *civil law* justificam sua interpretação de um código fazendo referência direta a seu significado, que os especialistas depreendem e expõem em extensos comentários (COOTER; ULEN, 2010, p. 76).

Não obstante as diferenças culturais e sistemas jurídicos diferentes, entende-se, em países do *common law* e *civil law*, que não só as “decisões judiciais passariam a ser orientadas por decisões econômicas, mas também a própria criação legiferante” (TAKADA, 2015, p.40). A criação legislativa seria o reflexo direto meio socioeconômico que ela advém.

Dessa forma, a influência econômica teria um forte peso na criação das normas, eis que países derivados do *civil law* tendem a ter um corpo de normas jurídicas mais extenso. Contudo, sem ignorar a proposição anterior da posição alocadora do mercado no sistema jurídico, deve-se também ressaltar que a norma jurídica tem a função interventiva estatal, apesar de entender que essas normas jurídicas são o reflexo do sistema econômico, ou melhor, da necessidade deste. Nessa linha, vale citar a lição de Eros Grau, no que se refere ao Direito e às relações econômicas:

- (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;
- (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;
- (iii) este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos (GRAU, 2014, p. 31).

Sua análise demonstra que o Direito Positivo seria um instrumento direcionador, em que não estaria para controlar, mas apenas regular de forma a não barrar o mercado. Revela para o autor um caráter mítico da própria legislação,

especificamente da constituição, sendo uma “forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso” (WARAT apud GRAU, 2014, p. 40). Esse hermetismo travestido de normas jurídicas é a própria realização da necessidade de manter-se o *status quo* da conjuntura econômica vigente.

A título de exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil separou quatro capítulos para tratar da ordem econômica. Mesclou elementos do liberalismo econômico com aspectos sociais, contudo adequando-se de uma forma aos interesses do capitalismo.

O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integridade. Daí por que interessa ao capitalismo uma Constituição “progressista”. Justamente no ser “progressista” é que a Constituição formal não apenas ensejará a manutenção da “ordem capitalista”, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes (GRAU, 2014, p. 44).

De ordem infraconstitucional surgem normas que refletem o mesmo paradigma constitucional, positivando o substrato mercadológico nos mais diversos dispositivos normativos, como o Código de Defesa do Consumidor, normas de defesa da concorrência, normas de defesa comercial, normas emanadas por agências reguladoras, lei de arbitragem, entre diversas outras. Nessa senda, sendo um reflexo da ideologia neoclássica, fundamentando a estrutura capitalista, a norma toma, desde sua criação, viés econômico e o Direito passa a ser regido pelos ditames da Economia. A demanda de grupos de interesses fortifica o aparato normativo criado e vincula todo o sistema do Direito à ordem econômica.

Frisam-se, no mesmo sentido, outros exemplos em que as normas de cunho econômico coadunam às necessidades do mercado, como o caso do monopólio, em que as próprias leis criadas confrontam entre si, como por exemplo, a Lei Antitruste e a Lei de Propriedade Industrial, enquanto de um lado, aquela regula a falha de mercado, da concentração de poder em um agente ou grupo pequeno de agente, de outro lado, esta visa incentivar o desenvolvimento à pesquisa e inovação, a qual criaria assim uma espécie de monopólio legal.

Contudo o vínculo econômico-jurídico não se restringe apenas à criação legislativa, mas atinge também o poder judiciário. Esses “jogos de interesses”

dimensiona toda a máquina judiciária e condiciona o interprete do Direito a decidir de maneira favorável ao mercado. Alguns exemplos são notórios em um passado próximo na história do judiciário brasileiro. Como as súmulas expedidas pelos tribunais superiores, as quais criaram uma redoma protetiva às instituições financeiras, como a súmula 596 do STF, a qual descreve que as disposições do Decreto 22.626 de 1933, conhecido como Lei da Usura, “não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”. Ou seja, a norma que foi criada para combater os juros exorbitantes, entendidos como problema central do desincentivo ao investimento, bem como a norma que criminaliza aquele que se beneficia da oferta de dinheiro, do tráfico de capital, seriam aplicáveis a todos os agentes econômicos, salvo aqueles integrantes do sistema financeiro nacional.

Ainda pode ser citada a súmula 382 do STJ a qual indica que a fixação de juros superiores a 12% ao ano, por si só, não indicaria abusividade; ou a súmula 283 do STJ, a qual equipara as operadoras de cartões de créditos às instituições financeiras que, conseqüentemente, “os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”. Evidente que as decisões baseadas em termos econômicos abrangem demais tribunais e juízes monocráticos, contudo, poder-se-ia demonstrar as súmulas pelo seu nível de maior abrangência.

Pérsio Arida (2005, p. 70-71), jurista que defende a historicidade da norma pelos aspectos econômicos, traz uma indagação a respeito do tema, se a opção utilizada pelos tribunais foi correta.

É de se perguntar se, diante dos efeitos catastróficos da aplicação do teto de 12%, não teriam os parlamentares corrigido rapidamente o erro. Ao tornar o dispositivo constitucional inoperante, evitamos a desmoralização publicados defensores da medida. Demos assim uma sobrevida ao pensamento populista, presente hoje não na defesa dos 12%, mas na pressão política por juros mais baixos independente da conjuntura econômica enfrentada pelos país.

As decisões judiciais demonstram que por vezes a norma é interpretada economicamente, sendo revelados diversos fatores intrínsecos a uma estrutura comercial e mercadologicamente criada. A questão econômica é privilegiada, de forma a adaptar a certos grupos existentes nesse mercado. Percebe-se o grande peso que a intervenção econômica via sistema financeiro possui, primeiramente

criando um ordenamento jurídico positivo voltado a atender as necessidades de instituições e grandes grupos ligados ao mercado financeiro e, posteriormente, uma postura do Direito voltado a adequar as normas existentes a outras necessidades surgidas no mesmo sistema.

Essa última concepção releva a Economia ao nível argumentativo do Direito, como forma de razão jurídica, trazendo em sua lógica um contexto econômico, que possibilita o interprete “reconstruir”, no sentido mais pejorativo, a norma jurídica. Ou seja, conforme exposto, demonstrou-se que a influencia no Direito através do fator econômico advém antes da criação da norma jurídica e, também, posteriormente a sua criação. Esse aspecto demonstra a intervenção via mercado, em que o Estado se submete às suas regras e o sistema econômico-jurídico é moldado a partir de suas instituições e agentes.

Em capítulo posterior, abordar-se-á a intervenção econômica pelo Estado, em que o mesmo assume uma posição ativa e age com intuito de organizar a ordem econômica, utilizando o ferramental jurídico para tanto. A intervenção via Estado ocorre efetivamente através de políticas tributárias, em que normas jurídicas de Direito Tributário são criadas e o Estado aloca recursos em determinado setor, com o intuito de alterar distorções havidas no mercado, podendo ter fim corretivo ou de incentivo.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO SISTEMA ECONÔMICO: IMPOSIÇÃO DE NORMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O jurista não é superior ao economista e nem vice-versa. O que sucede é que cada um tem um muito distinto objeto de trabalho (BECKER, 2004, 148)

Em todo o corpo do trabalho demonstrou-se a influência do pragmatismo econômico ao Direito. Todavia, sabe-se que o mercado, apesar da tentativa de tratá-lo como um ser autônomo, não está livre de interferências e falhas. Distorções são inerentes ao seu modo de operar e apesar da preponderância que a Economia revela sobre o Direito, no sentido aqui estudado, salienta-se que o Direito também se utiliza de instrumentos para atingir o mercado em certos aspectos e, conseqüentemente, atingir o sistema econômico.

O entendimento de Becker (1998, p. 8) revela a função jurídica coordenada ao sistema econômico, demonstrando que a Economia toma frente em relação às transformações sociais, o qual o Direito acompanha de forma subordinada:

São os sociólogos e os economistas os especializados na aceleração da História. Eles traduzem, imediatamente, o ritmo da evolução do homem. Mas esta evolução se introduz no Direito somente depois duma *mise en forme* subordinada à função moderadora, coordenadora e retificadora do método jurídico. Noutras palavras, aquela evolução só emerge no mundo jurídico depois de transfigurada pela atividade jurídica do homem que – moldando, retificando e coordenando os “dados” sociais e econômicos – constrói um desenvolvimento de ação social prática: a regra jurídica (o Direito Positivo).

A norma, seja ela jurídica ou não, fundamenta-se em certos ditames econômicos, e o Direito modela-se de forma a manter o *status quo* operante. Quando se trata do Estado intervindo na própria ordem econômica, não poderia ser diferente, o elemento digressivo de viés econômico não se alteraria, mas se alocaria em função de necessidades outras. Assim, o Estado dispõe de normas que permitem a alocação de fatores em determinados setores, sendo essas voltadas à tentativa de organização do sistema econômico de forma direta e indireta.

Ocorre a intervenção normativa de maneira direta, quando envolve a ação do próprio Estado em determinado setor, ou quando o mesmo concede esse Direito a particulares, regulamentando a iniciativa privada; já a intervenção normativa

indireta dispõe de duas formas: i) com caráter coercitivo mediante sistema tributário e ii) com caráter fiduciário mediante o mercado aberto e o mercado financeiro internacional; a intervenção normativa indireta visaria o controle dos fluxos monetários (CASTRO, 2005, p. 5).

O Direito Tributário é justamente o instrumento fundamental do Estado para poder realizar sua intervenção na Economia. A utilização do instrumental jurídico-tributário com esta finalidade fez surgir, nos últimos anos, uma nova ciência: a Política Fiscal (BECKER, 1998, p. 593).

Grau (2014, p.16) descreve, como caracterização da sociedade moderna, o monopólio da tributação pelo Estado: “O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparelho do Estado moderno é por um lado a divisão do trabalho, por outro a monopolização da tributação e da violência física”. Esse monopólio não implicaria na mudança de regime de uma sociedade; a intervenção do Estado não indica necessariamente na *reforma social*, podendo ser ela utilizada para alcançar objetivo exatamente oposto, que é a manutenção do regime capitalista conservando e impedindo a reforma social (BECKER, 1998, 595).

Nesse contexto, foi-se criando um complexo sistema normativo que permite tanto organizar a própria fórmula de serviço, de assistência e de produção, quanto montar um sistema de estímulos e subsídios. Esse Estado, hodiernamente, toma uma concepção ativa, tentando substituir parcialmente o próprio mercado no que concerne à coordenação da Economia. Torna-se dessa forma centro de distribuição de renda, ao determinar preços, taxar e subsidiar (FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 26).

Seria nesse ponto a norma jurídica de cunho tributário o objeto da investigação, desde sua formação até sua influência nos demais campos das ciências sociais. Nessa senda, faz-se importante citar Bobbio (2001, p.40) o qual se aprofundou no estudo da norma jurídica e criou uma importante teoria, na qual descreve que o Direito pode ser intersubjetivo, como também um fenômeno social. Dizia ele que “[...] a função categorial da intersubjetividade é dada pelo fato de que ela serve o filósofo do Direito para distinguir o Direito da moral (que é subjetiva) e da Economia (que relaciona o homem das coisas).” (BOBBIO, 2001, p. 40).

A norma jurídica, de cunho tributário, tomou relevância no sistemas jurídico-tributário, na medida que se tornou um subterfugio para o Estado controlar falhas inerentes ao próprio sistema econômico, especificamente, em seu modus de operar,

por meio do mercado. Dessa forma, uma análise específica, revela situações outras, em que para o estudo do Direito só seria possível analisar com o instrumental fornecido pela ciência econômica.

3.1 NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: SUA CRIAÇÃO E REFLEXO NO SISTEMA ECONÔMICO

A norma que cria a *obrigação tributária* cria um dever. Objetiva assim a constituição de uma regra de conduta, função inerente à relação jurídica do *dever-poder*. Seria uma relação jurídica perfazendo por um fato natural abarcado por uma norma jurídica, a qual a norma, dentro de um ordenamento jurídico, atribuiria uma conduta prescrita (WALTER, 2001,44). Dessa forma, classificariam as normas de cunho tributário, especificamente as que instituem tributos, como *normas de conduta*, coercitivas, localizadas em um subsistema positivo denominado Direito Tributário, que prescrevem ao indivíduo determinada conduta.

A norma jurídica tributária nada seria, em termos de eficácia, sem o fato jurídico que dá ensejo à coercibilidade do Estado. Esse fato relevante para o Direito, de consistência primordialmente econômica:

[...] constitui um critério, um índice ou indício para a aferição da capacidade econômica ou contributiva dos sujeitos aos quais se atribui. Por outras palavras, em sua essência, substância ou consistência, é o fato gerador um fato econômico, ao qual o Direito empresta relevo jurídico (FALCÃO, 1964, p. 62).

Considerando a norma jurídica em um plano semiótico estaria ela sujeita às leis formais da significação ou dos símbolos abstratos, que contêm uma carga de categoria de significações (VILANOVA, 1997, p. 195). A prescrição da norma toma forma de ação-tipo quando o destinatário, que ela persegue, encontra a situação descrita (CARVALHO, 2002, p. 35). Em termos gerais, necessariamente deverá haver uma situação prévia que se enquadre no enunciado prescritivo da norma, à qual estaria aquele, que criou a situação, coagido a cumprir a determinação desse enunciado. Logo, determina que a existência de um “fato econômico de relevância jurídica”, com previsão em lei tributária, faz nascer o dever de contribuir.

Claro que essa elucidação seria uma espécie de mimetismo normativo. Uma constrição derivada da sistematização influenciada pela doutrina alemã, sendo que o

presente trabalho envereda-se para a concepção econômica pragmática, na criação e interpretação da norma jurídica. Doutrina aquela duramente criticada por Godoy (2013, p. 15), no que tange à sua aplicação aqui em comento:

Percebe-se no realismo jurídico uma hostilização perene à teorização sistemática, típica do modelo alemão e do Direito de índole romana. Por exemplo, a suposta teoria brasileira do Direito Tributário, centrada no delírio da regra matriz de incidência, seria motejada pelos realistas, que descortinariam que toda essa verborragia sem sentido encobre interesses de advocacia elitista, preocupada tão somente com lucros de grupos empresariais que manipulam a normatividade fiscal em nome de suposta legalidade abstrata.

Essa crítica não estaria distante da proposição que o discurso econômico influenciaria diretamente o Direito, no caso a produção legiferante. Contudo, nesse diapasão sistemático, ressalta-se que o subsistema do Direito Tributário não estaria restrito a normas coercitivas. Pela pluralidade normativa e necessidade pragmática, esse subsistema expressa outros fatores que determinam o modo de caminhar da questão sociedade-Economia. Refere-se à norma, não propriamente à que impõe uma conduta de forma coercitiva, mas às normas autorizativas, como regras, que dariam validade à execução de um Direito, como, a título de exemplo, a própria Constituição Federal quando estabelece a norma geral e determina sua função; e as normas *derrogativas* que possuem um conteúdo para anular outra norma, como normas que criam imunidade e isenção (WALTER, 2009, p. 48).

A norma positiva de Direito Tributário faria parte do sistema tributário, não obstante seu entrelaçamento a outros sistemas, como o financeiro, previdenciário, monetário, etc. A leitura do presente capítulo tem uma abrangência mais macroeconômica, focando na prerrogativa coercitiva do Estado, na sua função fiscal, contudo, sem perder a abrangência da AED, embora analisando o aspecto interventivo e os reflexos que dela advém.

Portanto, não descartando a teoria já consagrada do Direito Tributário, a AED intenta focar no entendimento pragmático econômico da criação da norma. Ou seja, a AED revela uma ordem diversa, a qual explica o Direito Tributário em outra concepção. Nesse contexto, mister se faz apresentar as teorias econômicas que possibilitam que tal feito seja possível, por meio ferramentas capazes de demonstrar a construção da norma jurídica tributária, sua introdução no sistema jurídico-

econômico e seus reflexos, no que concerne à (in)eficiência, demonstrada pelas *externalidades*.

A criação da norma jurídica tributária, no aspecto aqui estudado, de finalidade eminentemente interventiva, é instituída por razões diversas. Nesse ponto, utilizando o ferramental econômico, especificamente a teoria dos jogos, busca-se uma linha de compreensão para o surgimento de tais normas. A referida ferramenta teórica simplifica um quadro de proposições econômico-normativas, que demonstram o surgimento de normas jurídicas, envolvendo todo um aparato econômico, axiológico, político e social.

Na mesma linha, utiliza-se outra ferramenta teórica da Economia, denominada de Teoria da Externalidade para demonstrar os reflexos ocasionados pela intervenção do Estado por meio da criação legiferante tributária. O referido ferramental teórico possibilita alcançar visões além das previstas pelo legislador, bem como além da visão que a doutrina clássica do Direito consegue perceber.

3.1.1 Teoria dos Jogos: um modelo econômico da criação da norma tributária

A Teoria dos Jogos foi uma ferramenta matemática que surgiu nos anos 1930, e começou a ter destaque a partir do trabalho de John von Neumann e Oskar Morgenstern denominado *The Theory of Games and Economic Behavior* publicado em 1944. Consiste na análise da tomada de decisão de dois ou mais participantes, os quais por intermédio de escolhas racionais individuais implicariam na otimização do bem-estar particular e em uma piora na situação no âmbito coletivo, contudo, a teoria demonstra que um equilíbrio pode ser alcançado.

O exemplo clássico da Teoria dos Jogos é o *Dilema do Prisioneiro* no qual dois indivíduos, A e B, são presos acusados de cometerem um crime conjuntamente. Todavia, os presos encontram-se em celas separadas, e é feita uma proposta a ambos. Caso o preso A confesse o crime e o preso B não, o preso A seria condenado apenas um ano de prisão, e o preso B seria condenado a sete. Caso o preso B confesse o crime e o preso A não, o preso A seria condenado a sete anos de prisão e o preso B apenas a um. Caso os dois confessem o crime, seriam condenados a três anos de prisão, e caso nenhum confesse, ambos seriam soltos por ausência de prova (MANKIWI, 2001, p. 357).

Dessa forma, tomando a atitude de maneira individual, maximizando sua utilidade particular, ambos tenderiam a confessar o crime, caso contrário ambos seriam levados a acreditar que poderiam ser condenados a sete anos. Percebe-se que, no caso do *Dilema do Prisioneiro*, o ato de confessar seria dominante e as tomadas de decisões levariam isso em conta. É nesse sentido que:

O Direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ações que responde às ações de outras pessoas. A *teoria dos jogos* lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. Consequentemente, a teoria dos jogos aumentará nossa compreensão de algumas regras e instituições jurídicas (COOTER e ULEN, 2010, p. 56).

No caso da confissão por ambos os jogadores haveria o chamado *Equilíbrio de Nash*, pois não haveria melhora no bem-estar se apenas um jogador mudasse sua escolha, muito diferente do *Ótimo de Pareto*²³, que seria um equilíbrio que não haveria como otimizar o bem-estar, a mudança de qualquer dos jogadores iria causar um prejuízo no bem-estar geral, no caso seria se ambos os jogadores não confessassem o crime.

Todavia, essa mesma estratégia poderia tomar rumos diferentes quando ocorresse tal situação de maneira reiterada. O indivíduo já não agiria somente com sua racionalidade particular, mas consideraria a atitude passada do outro indivíduo para tomar sua decisão. Dessa forma, o modelo utilizado na Teoria dos Jogos pode ser aplicado em outras questões que envolvem o Direito. A Teoria dos Jogos poderia agregar outras concepções às teorias do Direito ajudando a descrever normas e valores, ampliando o campo de estudo. Contudo, neste caso, busca-se apenas demonstrar de forma concisa o universo jurídico tributário da constituição da norma.

Nesse contexto, pode-se dividir a análise de constituição da norma em três campos: i) o sistema político; ii) normas e custos de transação e iii) competitividade internacional .

²³ Desenvolvido por Vilfredo Pareto, ótimo de Pareto é uma situação econômica em que não é possível a melhora de um agente sem que haja a piora na situação de outro agente.

3.1.1.1 Modelo dos Jogos Políticos: grupos de interesses x população

Parte-se do pressuposto de que o sistema político é um conjunto de agentes representativos de uma parcela da população, em que se englobam instituições políticas que visam o governo de uma nação, imperando o modelo democrático. Pressuposto esse muito diferente do sentido filosófico clássico da *polis* grega, da liberdade de falar, da libertação dos afazeres cotidianos, em prol da administração da ágora (ARENDDT, 1993, p. 117). O sentido político hodierno toma conotação pragmática, reduzindo-se a questões econômicas, com abordagem estratificada em setores corporativos.

Os jogos, nesse contexto, são resultado dessa estratificação corporativa, em que de um lado o jogador seria o grupo de interesse demandante daquela norma e de outro lado parte da população de menor poder aquisitivo, que simplesmente entram no jogo, pois as regras devem ser seguidas. Os grupos de interesses são formados para obterem vantagens “[...] que não seriam acessíveis, ou apenas a custos bem superiores, por iniciativa individual ou pelo mercado privado” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 175). Objetiva obter vantagens por meio da política.

De fácil visualização é uma norma que estabelece subsídios para grandes empresas do agronegócio, na qual impera uma renúncia fiscal em detrimento da parcela menos abastada. Percebe-se que a teoria dos jogos tomou conotação diferente do clássico *dilema do prisioneiro*, pois, nesse caso um dos jogadores não teve o poder de escolher. As regras do jogo são determinadas por agentes *políticos* que devem equilibrar o Direito do sufrágio dessa parcela menos abastada, com os interesses dos grupos corporativos, os financiadores de campanhas. O dilema do prisioneiro nesse caso não seria mais uma simples matriz quadrada, mas um complexo modelo matemático de equilíbrio entre normas jurídicas, em que os jogadores em um âmbito coletivo demandam interesses e estratégias na alocação de fatores.

O cidadão vota nas eleições e nos referendos. Seu interesse próprio é votar para que sejam adotadas ações e programas estatais dos quais receberá perceptível vantagem. A vantagem pode ser financeira ou moral. O cidadão pode, por exemplo, favorecer o político ou o partido político que promete apoiar causas culturais,

morais ou caritativas que lhe são caras (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p.162).

Sendo aquela uma análise matemática, porém do sistema político, em que fatores axiológicos e culturais têm grandes influência, bem como um ambiente de informações assimétricas, pode-se afirmar que *ótimo de Pareto* é improvável de ser alcançado. Entretanto, pode-se dizer que o *Equilíbrio de Nash* possa, pois, até mesmo para a classe menos abastada a escolha de certo *político* implicaria em um aumento do bem-estar, pelas regras que já estão impostas.

Esse esquema de equilíbrio que a teoria dos jogos propicia é amplamente utilizado por Mackaay e Rousseau (2015, p.157) utilizando um esquema de jogador mais agressivo e menos agressivo, equiparando seus arranjos ao contrato social:

O arranjo a que se chega é voluntário, no sentido em que cada jogador encontra nele seu interesse, considerando a situação em que se encontraria se agisse de outra forma. Esse é o motivo pelo qual as pessoas o aceitam. Isso constitui um contrato social que tem característica “forçada”, visto que tem base na opção subjacente de utilizar a força (o *hold up*), que se evita com o acordo.

O modelo dos jogos políticos, no referido exemplo, é apenas uma simplificação do surgimento de determinada norma tributária. Não há como ignorar outras funções da norma, podendo ela ser simplesmente arrecadatória ou com objetivos *extrafiscais*, sendo estes os que mais se aproximam do sistema econômico. O modelo partiria, assim, do viés econômico, especificamente do comportamento dos agentes econômicos.

A consequência negativa da utilização da política pública para o abastecimento dos grupos de interesses é a perda da impessoalidade dessas políticas. Fragilizam-se os atos públicos, os quais tendem a externar uma concepção republicana, com objetivo de um bem coletivo, limitando-se à interesses particulares. Objetivos esses que são amplamente difundidos nas campanhas eleitorais dos grupos políticos. Cria-se, assim, a figura da corrupção, a qual em detrimento do patrimônio público, o setor privado beneficia-se de maneira ilícita, desconstituindo a figura eleitoral e corroborando com o com os jogos de interesses políticos.

Seria dessa forma a corrupção um elemento no modelo dos jogos políticos, não como parte integrante deste, mas como a repercussão desfavorável do equilíbrio entre os jogadores. Esse determinante é ponto fulcral no entendimento do

comportamento dos agentes. O equilíbrio é determinado por variáveis externas, cognitivas, decorrente da função comportamental do indivíduo com os fatores de seus meios²⁴.

3.1.1.2 Normas x custos de transação

O segundo ponto a ser aplicado à Teoria dos Jogos é a questão da instituição de tributos e seus custos de transação. Como a AED busca maximizar a eficiência das relações jurídicas, entende-se que para cada transação existe um custo implícito para sua execução. A criação da norma tributária também implicaria em surgimento de custos de transação, como o custo do processo legislativo e os custos de uma possível intervenção judiciária em litígios na área que a norma incide.

O jogo gira em torno da criação da norma a atingir um determinado objetivo, relacionado à ordem econômica, sendo que seu processo de instituição revelaria custos baseados na própria estrutura que o poder legislativo necessita. Conforme Rachel Sztajn e Érica Gorga (2005, p. 177), uma norma submetida ao processo legislativo não pode ser alterada com facilidade, sendo o processo legislativo considerado um custo irrecuperável (*sunk cost*). Ainda que uma lei seja aprovada, haverá mais custos em sua alteração, caso necessário.

Os custos podem atingir outras esferas do poder, incidindo diretamente no judiciário, quando uma norma de difícil interpretação tende a gerar um número maior de demandas judiciais, o que refletiria em uma maior necessidade de apreciação do poder judiciário. O poder executivo também seria diretamente atingido, sendo que a norma tributária é o fundamento para a administração pública em determinados setores, principalmente no setor fiscal. Ademais, um maior número de normas infralegais seria necessário para a regulamentação ou entendimento pelas instituições do poder executivo, aumentando ainda mais os custos de transação. A sociedade sofreria com a alteração que a norma tributária gera, desde os operadores do Direito, até profissionais que lidam com questões que necessitam do entendimento dessa norma, como contadores, administradores de empresas, empresários, entre outros.

²⁴ Em tópico posterior será demonstrada a teoria comportamental que dá base ao entendimento das tomadas de decisões dos indivíduos, que é a base do equilíbrio do mercado.

A norma tributária pode não atingir a eficiência necessária para sua criação. “O processo legislativo eficiente requer que os benefícios provenientes da mudança da lei superem os custos perdidos no processo de reforma”(Sztajn e Gorga, 2005, p. 177). Ter-se-ia, dessa forma, um jogo entre norma e custo, um equilíbrio deve ser alcançado para que a norma tributária atinja o objetivo almejado, sem que os custos de transações transformem tal política em um alto ônus social. Não seria apenas um simples método contabilístico de crédito e débito, mas uma análise de *custo de oportunidade*²⁵, em que os ganhos de determinada norma tributária superem as perdas. Ou seja, na intervenção coercitiva do Estado, por meio de política tributária, pode haver sucesso na correção de determinado setor, porém os custos de transações poderiam tornar-se onerosos de tal forma que a norma utilizada tornar-se-ia ineficiente. Doutrinadores da AED chegam a dizer que normas feitas por juízes tendem a ser mais eficientes do que as normas criadas por um processo legislativo, em razão da sistematicidade pragmática das decisões judiciais (POSNER, 1998, p. 569). Todavia, tratando-se de normas tributárias, para esses doutrinadores, teria o poder legislativo uma maior vantagem do que o poder judiciário, de adequar às necessidades econômicas à época. “Acima de tudo, as ferramentas legislativas para redistribuir a riqueza são muito mais flexível e poderosas do que as judiciais”²⁶ (POSNER, 1998, p. 570).

O ponto fulcral é tentar chegar a um equilíbrio entre norma e custos, em que a sociedade sinta os benefícios de maneira economicamente eficiente. Entretanto, uma melhor análise desse entendimento será feito em momento posterior, quando for explanada a Teoria da Externalidade, a qual demonstrará que o reflexo de uma imposição tributária em outros setores alheios ao pretendido pelo formulador de política.

3.1.1.3 Livre Mercado x Intervenção em âmbito internacional

²⁵ Custo de oportunidade é conhecido nas ciências econômicas por uma escolha que o indivíduo pode fazer levando em consideração que estaria deixando de escolher outra opção. Mensura-se o que o indivíduo perdeu para ganhar o que ele escolheu. Dessa forma, a análise de custo de oportunidade no teorema utilizado não pode mensurar apenas custos monetários, mas também custos sociais não contabilizados.

²⁶ Versão original: Above all, the legislative tolls for redistributing wealth are much more flexible and powerful than the judicial”

O terceiro ponto a ser aplicado à Teoria dos Jogos seria a criação da norma tributária quanto à competitividade internacional. A relação entre Estados, nesse exemplo, implicaria na formação de um jogo, em um *tradeoff*, entre a defesa da concorrência interna de um país e o bem-estar advindo da importação de produtos estrangeiros, ou pelas consequências da entrada de produtos em um país.

Essa discussão já é antiga quanto ao tema do livre mercado no âmbito internacional. A ideologia do liberalismo econômico é divulgada desde os tempos de Adam Smith, que tentou demonstrar os benefícios do comércio. Adam Smith criou a teoria da vantagem absoluta, a qual demonstrava que a especialização de um país em determinado produto acarretaria em ganhos de eficiência no mercado mundial. Quando todos os países se especializassem em determinados produtos, haveria um aumento no bem estar coletivo, sendo que o comércio entre eles alcançaria um ganho em termos econômicos, o qual sozinho não seria possível. “Os países podem se beneficiar da capacidade de negociar uns com os outros. O comércio permite aos países especializar-se no que fazem de melhor e desfrutar de uma maior variedade de bens e serviço” (MANKIW, 2001, p.9).

Já David Ricardo corroborou a teoria de Smith criando a teoria das vantagens comparativas, demonstrando que mesmo que um país não possua vantagem absoluta sobre a produção de determinados bens, esse pode se especializar na sua produção e mesmo assim obter vantagens no comércio internacional, demonstrando que o comércio beneficia todos os países.

A perturbadora inovação de Ricardo foi mostrar que a lógica da especialização nacional da produção se aplicava muito além do terreno desse simples contraste. A vantagem comparativa, afirmou, já basta para justificar a especialização na produção. Em nosso vocábulo atual, dizemos que um país goza de vantagem comparativa na produção de um bem se for capaz de produzi-lo a um custo de oportunidade mais baixo que outro (UNGER, 2010, p. 34).

Em contraposição, tem-se a doutrina difundida por John Maynard Keynes (1996) o qual defendeu a ação efetiva do Estado nas principais questões econômicas. Suas ideias surgiram no auge do pensamento econômico utilitarista, em que o desenvolvimento do mercado de capitais mundiais e os progressos na produção e nos transportes acarretaram na concentração de imensas corporações, trustes e carteis (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p. 556). As crises, em decorrência

dessa concentração, resultadas da anarquia do mercado, dentre as quais se destacou a crise de 1929, fizeram com que a ideia neoclássica fosse reelaborada.

Keynes entendeu o sistema capitalista como um fluxo circular de renda, entre famílias e empresas, sendo que o dinheiro vai das empresas para o público sob a forma de salários, ordenados, aluguéis, juros e lucros. Essa sistematização propiciou fundamento a sua teoria na medida em que o governo deve intervir na medida em que esse fluxo não corresponda de maneira eficaz. Para ele os países deveriam equilibrar sua balança comercial, compensando as importações com suas exportações. Defendia a ideia da utilização de impostos para financiar os orçamentos e compensar os desequilíbrios (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p.562). Ideia essa oposta à dos economistas liberais alhures.

O jogo, nesse contexto, gira em torno da liberdade de mercado ou da intervenção, no que se trata do comércio internacional. Evidente que a proteção nesse caso, em regra, é de ordem tributária. A imposição de tributos com intuito extrafiscal busca resguardar uma relativa segurança nas divisas internacionais dos países. Dessa forma, muito semelhante ao *dilema do prisioneiro*, os jogadores seriam países que buscam maximizar suas riquezas. Um exemplo, utilizando a teoria das vantagens comparativas, seria demonstrar que se ambos os países não intervissem no comércio internacional, focando apenas na especialização da produção, o bem-estar geral atingiria o *ótimo de Pareto*. Contudo, caso um país protegesse sua Economia interna, com o objetivo de bloquear a entrada de produtos estrangeiros, e o outro não protegesse, aquele iria se beneficiar do comércio internacional em detrimento deste. O contrário também acarretaria o mesmo, um país se beneficiaria em detrimento do outro. Logo, levando em consideração as escolhas racionais, ambos tenderiam a proteger suas Economias internas, e o mercado em geral não alcançaria o *equilíbrio de Pareto*. Ressalta-se que, pela ótica da *teoria das vantagens comparativas*, haveria uma diminuição do bem-estar geral quando os países intervissem em suas Economias, criando barreiras para o comércio internacional.

O surgimento da norma tributária visando a proteção do comércio internacional é uma consequência da necessidade intervencionista do Estado. O Direito nesse caso toma corpo instrumental, fornecendo os mecanismos de controle necessários. Vê-se que a “defesa da concorrência” é uma obra de cunho alocativo, podendo ser a instituição de um tributo ou de um subsídio para determinado setor.

Aqui não se determina as vantagens da adoção do livre comércio entre os países ou da intervenção por eles, mas busca-se o entendimento do sistema jurídico criado a garantir, principalmente, a eficiência da norma jurídica tributária, principal meio para a efetivação de políticas tributárias.

Portanto, as três proposições acerca da norma tributária são uma simplificação do conteúdo de criação da norma. É uma forma metodológica de apresentar o Direito sob o enfoque da AED, demonstrando que o Direito, por vezes, pode ter concepção instrumental, sendo um mero ato regulatório da Economia, e, por vezes, ser o principal agente do sistema social. Pretendeu-se criar uma linha objetiva analisando aspectos relevantes e determinantes do sistema jurídico-econômico, sendo que a política, os custos e o mercado internacional são pilares fulcrais para a construção do sistema jurídico tributário.

Evidente que os indivíduos são seres sociais; reduzir o comportamento humano a termos matemáticos seria inconsistente. A Teoria dos Jogos denota um protótipo teórico, uma demonstração simplória da constituição das normas. O *mundo da vida* não poderia ser descrito como uma equação ou como uma matriz de agentes. Tem-se apenas uma forma analítica e básica de apresentar a regulação do mercado, pela necessidade econômica e disciplinada pelo Direito, buscando ferramentas ainda não utilizada pela clássica literatura jurídica.

Se for mencionado o caso Brasil, um sistema tributário extremamente prolixo, demasiadamente cheio de decretos, orientações, portarias e leis, denota a ineficiência de um sistema extremamente custoso para a sociedade. Portanto, talvez, por tais razões econômicas, misturadas a jogos de interesses e “financiamentos legislativos”, dito sistema jurídico tributário por vezes é ineficiente, coberto de normas contraditórias e inócuas, pretensiosamente criadas para abastecer um determinado setor da Economia, que o jurista Alfredo Augusto Becker denomina de *carnaval tributário* (2004) ou *manicômio jurídico tributário* (1986).

A teoria dos jogos é uma simplificação das regularidades sociais de eventos que não são puramente produtos de uma liberalidade humana, mas também não poderia considera-los somente como uma questão de ordem dos fenômenos naturais (MACKAAY e ROUSSEAU, 215, p. 44).

Claro que a teoria dos jogos, no sentido aqui estudado, é um movimento de coordenação, em que participantes diversos impõem uma conduta estratégica na tentativa de maximização da utilidade dentre as regras expostas. Não é um modelo

que descreve pormenorizadamente os fatos e fundamentos que ensejam a criação da norma e sua aplicação, mas um modelo que estuda a norma por um aspecto peculiar, levando em consideração comportamento, estratégia, cognição do indivíduo em um meio social e econômico.

3.1.2 Teoria da externalidade: o reflexo das normas jurídicas tributárias

Nesse ponto, a Economia pode demonstrar porque suas ferramentas melhor analisam as normas jurídicas tributárias, no que se refere aos impactos por ela causados. Tendo como premissa que o indivíduo é racional e responde a incentivos, os reflexos de uma política tributária inferem direta e indiretamente na tomada de decisão dos indivíduos. “Conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições” (SZTAJN, 2005, p. 75).

O tributo, instrumento do Estado, surge através de uma norma tributária, que objetiva por vezes a arrecadação e também sua intervenção no domínio econômico, formando assim o sistema tributário, que é um complexo modelo de arranjos normativo e econômico. A inserção de um tributo em um mercado em equilíbrio ou necessitando de interferências, não funciona de forma reta e com função linear. A Teoria da Externalidade explica alguns fatores alheios à vontade do legislador ou do formulador de políticas tributárias, demonstrando os reflexos em outros setores nos quais a norma tributária não objetiva alcançar.

O efeito direto da imposição de um tributo é o aumento do preço do produto e, conseqüentemente, redução de sua demanda. No curto prazo, ocorre uma distorção no equilíbrio de mercado, causada pela imposição do tributo, em que uma fatia do mercado deixa de consumir. Essa a diminuição da quantidade consumida no mercado é denominada, em termos econômicos, de *peso morto*. No longo prazo esse mercado tende a alocar os fatores, reduzindo a produção até chegar ao equilíbrio, mesmo com a interferência do tributo.

Já o reflexo indireto da imposição de um tributo é uma questão mais profunda e de difícil análise, sendo que fatores comportamentais e alheios à relação jurídico-tributária surgem. Para que seja possível tal análise, por uma questão metodológica, delimitam-se esses efeitos exemplificativamente, sem mensurar

valores, pois esse não é objetivo do trabalho, mas sim elucidar questões de substrato econômico que influenciam o Direito.

Essa noção de externalidades decorrentes da imposição de um tributo pode ser entendida pela noção da teoria econômica comportamental, ou teoria do comportamento não mercadológico, em que analisa as tomadas de decisões dos indivíduos, conforme as condições do seu meio. Decorre desta forma do entendimento de que o indivíduo tende a maximizar sua riqueza, sendo que cada imposição normativa influenciaria a decisão de cada indivíduo a ser tomada, havendo, mesmo que involuntariamente, uma análise de probabilidade de eventos a ocorrer.

Nesse contexto, a ciência econômica criou alguns princípios para explicar o agir do indivíduo, sendo que para a análise da teoria da externalidade no âmbito normativo tributário três princípios devem ser esboçados: i) pessoas enfrentam *tradeoffs*; ii) pessoas racionais pensam na margem; iii) pessoas respondem a incentivos.

Tradeoffs são basicamente decisões que as pessoas tomam. Decisões pelas quais para realizar algo devem deixar de realizar outra coisa. Podendo ser desde simples escolhas entre dois produtos, como o qual levar, até grandes decisões, como deixar um emprego para obter outro ou qual tratamento médico escolher, sendo que uma escolha errada pode implicar em sua morte. Em âmbito coletivo a sociedade se depara com diversos *tradeoffs*. “O *tradeoff* clássico é aquele entre ‘armas e manteiga’. Quanto mais for gasto em defesa nacional para proteger o país de agressores externos (armas), menos se pode gastar com bens pessoais para aumentar o padrão de vida (manteiga)” (MANKIWI, 2001, p. 4).

Esse simples raciocínio embasa toda uma teoria econômica, podendo ser ligado a produção, consumo, políticas públicas, etc. O governo ao implantar uma política pública sempre estará enfrentando um *tradeoff*. A título de exemplo: taxar uma atividade poluidora ou deixar a atividade poluir, para que a taxa não reduza o lucro dessa atividade e, conseqüentemente, não reduza os salários dos empregados dessa atividade ou a oferta de emprego?

A ciência econômica também possui como princípio a compreensão de que as pessoas racionais pensam na margem, ou seja, a tomada de decisão de cada um sempre irá ponderar o ganho de um acréscimo do fator ali empregado. Em termos mais simples, a ideia de margem para Economia significa valorar a necessidade

conforme as consequências. Exemplificando, uma microempresa que adota o regime simples de contribuição possui benefícios fiscais em que alíquotas de tributos são reduzidas a fim de alavancar as empresas de baixo faturamento. Ocorre que o regime simples tem um teto para o faturamento bruto da empresa, e no caso do faturamento da empresa ultrapassar esse teto, automaticamente sairia do regime e passaria a pagar alíquotas normais para as empresas. Nesse caso, a ideia de pensar na margem seria calcular se compensaria a empresa passar do teto do regime, pois as alíquotas maiores poderiam implicar em uma redução do lucro da empresa. O típico exemplo de pensar na margem no âmbito tributário é o planejamento fiscal, em que empresas ou pessoas naturais planejam a forma de contribuição sem implicar em evasão fiscal, e por vezes esse planejamento ocorre involuntariamente.

O princípio de que as pessoas pensam na margem deriva de uma das teorias que embasam as ciências econômicas, denominada de *Escolha Racional*, a qual explica os “[...] fenômenos sociais, demonstrando como eles surgem a partir da busca deliberada ou intencional do auto interesse dos atores sociais (e especialmente, das pessoas físicas).”²⁷ (LOVETT, 2006, p. 238) (Tradução do Autor). Ademais, o objetivo do trabalho não é se aprofundar nas teorias econômicas, mas demonstrar como elas ajudam a analisar o efeito causado por normas tributárias.

Outro princípio que demonstra a reação dos indivíduos pela imposição de um tributo é o de que as pessoas respondem a incentivos. Isso quer dizer, se há a imposição de um tributo sobre um produto, as pessoas tendem a comprar menos desse produto; se o câmbio é taxado, as pessoas tendem a importar menos; se é criada uma contribuição sobre ativos financeiros, a especulação tende a diminuir. “Como as pessoas tomam decisões comparando custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou os benefícios se alteram. Isto é, as pessoas respondem a incentivos” (MANKIWI, 2001, p. 7). O princípio em comento foi utilizado por diversas teorias para entender o comportamento humano, como a teoria utilizada pela AED da Aversão ao Risco, empregada na Análise Econômica do

²⁷ Texto original: is to explain social phenomena by showing how they arise from the deliberate or intentional pursuit of self-interest by social actors (and especially, individual persons)

Direito Contratual²⁸, sendo a cognição do indivíduo capaz de tentar entender as incertezas do meio em que vive, gerando um grau de aversão.

Outra teoria derivada do princípio de que as pessoas respondem a incentivos é a teoria do efeito manada, a qual tenta explicar a corrida aos bancos quando uma informação em um ambiente de incerteza é repassada e vários depositantes resgatam seu crédito junto às instituições bancárias. O efeito manada ocorreu visivelmente na crise de 1929, e foi responsável pela falência de diversas instituições financeiras (GALBRAITH, 2009).

Os princípios e teorias acima descritos são apenas algumas ferramentas que tentam entender as tomadas de decisões dos indivíduos. Evidente que cada tomada de decisão possui um grau de subjetividade particular, dependendo da utilidade de cada participante. No âmbito coletivo essas decisões são capazes de criar grandes mudanças na estrutura da sociedade e, por conseguinte, da Economia. Dessa forma, essa simples elucidação é necessária para demonstrar o efeito causado pelas normas tributárias, efeito este conhecido como externalidades.

A teoria da externalidade foi utilizada inicialmente pelas ciências econômicas analisando os impactos da produção no meio ambiente. Seria, nesse sentido, uma falha de mercado, sendo o impacto da ação de alguém sobre o bem-estar dos que estão em volta. A poluição é o exemplo clássico, quando uma fábrica emite fumaça na fabricação de seus produtos, causará um malefício a quem estiver perto. Dessa forma, quanto mais a empresa poluidora produzir, visando a maximização do lucro, mais fumaça emitirá. Ter-se-ia, assim, a externalidade negativa (MANKIWI, 2001, p. 11). Outros exemplos são a contaminação de rios, emissão de odores, barulhos, entre outras externalidades provenientes da produção. Nesses casos, o governo necessita regulamentar a poluição com o objetivo de aumentar o bem-estar da população, ou minimizar os seus efeitos nocivos.

A externalidade também pode criar efeitos positivos, exemplo disso é o conhecimento, “[...] quando um cientista faz uma descoberta importante, ele produz um recurso valioso que pode ser utilizado por outras pessoas” (MANKIWI, 2001, p. 11). Outro exemplo seria a criação de abelhas, que poderia trazer efeitos benéficos

²⁸ Ver: TAKADA, Thalles A.; MUNIZ, Tânia L. **CONTRATOS INTERNACIONAIS SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**. In: CONPEDI/UEPB. (Org.). DIREITO E ECONOMIA II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. DIREITO E ECONOMIA II. 1ed. João Pessoa:, 2014, v. , p. 287-301.

a uma plantação de flores localizada nas proximidades, em decorrência da polinização que as abelhas fazem.

A teoria da externalidade teve maior importância no estudo do Direito, na medida em que Coase a utilizou em sua teoria dos custos sociais. Ele baseou-se inicialmente na abordagem do economista Arthur Cecil Pigou a qual trata de arranjos intercambiáveis. Exemplificando, quando uma pessoa presta serviço à outra, ela pode, incidentalmente, causar um impacto a pessoas alheias a relação entre as duas. Quando esse impacto é benéfico nada pode ser feito, mas quando esse impacto é maléfico, causando um desserviço, uma compensação pode ser cobrada. “O propósito de Pigou é descobrir se seria possível fazer qualquer melhoria nos arranjos existentes que determinam o uso dos recursos” (COASE, 2008, p. 19). Ele mensura não só o ganho em relação ao custo, mas também as despesas decorrentes de danos causados a terceiros, ou seja, utilizando arranjos, Pigou tentava determinar o impacto social.

Mas, para Coase, a teoria pigouviana era indeterminada e criou uma confusão entre os economistas na forma de interpretá-la. Coase entendeu e utilizou parte do legado de Pigou, contudo, criou sua teoria com um sistema de determinação de preços. Inicialmente, utilizou a análise de um arranjo com apenas dois agentes, um criador de gado e um agricultor. A possibilidade de externalidade negativa seria quando o gado do pecuarista destruísse as terras plantadas pelo agricultor. A análise de Coase consistia em comparar um sistema de determinação de preços em que o pecuarista pudesse ser responsabilizado e um sistema em que ele não fosse responsabilizado (COASE, 2008). Assim, em termos gerais, ele poderia mensurar os custos das transações realizadas no mercado, envolvendo a alocação de fatores e demonstrando que a realocação ocasionada pelo Direito só será eficiente quando o aumento do ganho decorrente do aumento da produção for maior do que os custos para sua implantação, levando em consideração todos os custos de transação envolvidos. Em sua tese, Coase expôs que uma transação entre as partes poderia beneficiar ambos os produtores, diferenciando da tese de Pigou que previa que o livre mercado alocaria eficientemente os fatores de produção.

A noção de externalidade como falha de mercado dá ensejo à intervenção estatal. “Desde Marshall e Pigou concorda-se que as externalidades constituem a

prima facie para a intervenção governamental em uma Economia de mercado”²⁹ (COASE, 1988, p. 24) (Tradução do Autor). Os instrumentos interventivos, conforme já mencionados, podem ser de ordem direta e indireta, sendo a aplicação de tributos uma de suas formas. No caso da poluição altas taxas podem ser cobradas, podendo as mesmas serem utilizadas para a própria atenuação da poluição ou para a reparação de efeitos causados por ela, levando em consideração a imprescindibilidade das empresas para a Economia.

O mundo deve ter fábricas, siderúrgicas, refinarias de petróleo, maquinário pesado e barulhento, ainda que à custa de alguma inconveniência à vizinhança e os autores de ações judiciais podem ser instados a aceitar algum desconforto não-razoável em prol do bem comum (COASE, 2008, p. 19).

Evidente que existem diversas formas de se tentar diminuir a poluição, como equipamentos que inibem a emissão de fumaças ou equipamentos para filtrar a emissão de líquidos em um rio, bem como alternativas diferentes de controle da poluição, como o crédito de carbono, que é a compra do próprio Direito de poluir. Inobstante, aos diversos mecanismos de controle de externalidades, de relevância para esse trabalho, especificamente, seria a intervenção estatal a qual é a alocação de fatores, podendo ser social ou, mesmo, um Direito, em que é uma opção minorar os efeitos prejudiciais em detrimento de outro setor do mercado. A realocação desses fatores envolve um complexo de arranjos produtivos. O sistema econômico, especificamente o mercado nele existente, é um arranjo de agentes econômicos, no qual a realocação de fatores implicaria, necessariamente, em transformações nesses arranjos produtivos e, conseqüentemente, aumentariam os custos de transações.

Essa lógica é aplicada ao instrumento interventivo coercitivo, o qual utiliza a instituição de normas tributárias para a correção de falhas de mercados ou para o incentivo de determinados setores da Economia. A teoria dos jogos demonstrou que a imposição de um tributo gera um equilíbrio entre custos e a instituição desse tributo, todavia é a teoria da externalidade que melhor explica os efeitos dessa política tributária.

²⁹ Texto Original: Since Marshall and Pigou it has been agreed externalities constitute a *prima facie* case for government intervention in a market economy.

A título de exemplo, uma política que visa incentivar certo setor, como o automobilístico, a qual reduz o imposto sobre os produtos industrializados com o objetivo de aumentar as vendas dos automóveis, desenvolvendo o setor e, conseqüentemente, aumentando o número de empregos, pode ser uma medida benéfica à Economia no curto prazo, todavia no longo prazo os custos sociais podem ser maiores do que os ganhos dessa política. No curto prazo os empregos podem ser mantidos ou até aumentarem, o produto interno do setor pode obter ganhos até mesmo em um cenário de recessão, mas gradativamente a alocação dos fatores para esse setor pode trazer conseqüências trágicas para a Economia. A produção e o consumo de veículos novos vão aumentar, contudo, caso a malha rodoviária não aumente na mesma proporção, como conseqüência poderá ocorrer um inchaço de veículos, aumentando o número de engarrafamentos, causando perda de tempo e produtividade aos agentes econômicos; pode haver, ainda, um aumento no número de acidentes e mortes, que causam um aumento na demanda de leitos de hospitais e um maior gasto governamental com medicação; outra decorrência é própria emissão de monóxido de carbono causador da poluição e diversos outros malefícios sociais; economicamente pode ocorrer um aumento no consumo de combustível e de seu preço, causando inflação; todas essas hipóteses representam custos sociais.

Ainda há de ressaltar que a alocação dos fatores para o exemplo alhures é um mecanismo artificial, por vezes estaria apenas evitando temporalmente a necessidade do mercado da diminuição do consumo de veículos, e prorrogando a desaceleração econômica, em detrimento de altos custos sociais. Evidente que em um caso como esse a teoria dos jogos no que concerne à questão política poderia ser novamente aplicada, tendo em vista que objetivos outros podem estar envolvidos, como interesses eleitorais, sindicais ou de grandes corporações.

O exemplo acima se refere a um específico caso de externalidades aplicado às políticas tributárias. Ocorre que a externalidade estaria presente em qualquer instituição de tributos, variando o grau em cada caso. Por vezes, as externalidades não são percebidas de forma mensurável, como o exemplo, levando anos para entender que a política de incentivos em determinado setor causou mais prejuízos do que benefícios. A AED tem um importante papel em demonstrar que por vezes os benefícios pela instituição de um tributo podem ser menores do que os custos sociais causados por ele.

Nesse ponto, as teorias da Economia comportamental citadas acima podem tentar entender de melhor maneira as causas das externalidades decorrentes da instituição de tributos. Poderia relacionar a imposição de um tributo como uma sanção legal, comportando-se da mesma maneira do que preço, o qual cria um (des)estímulo no mercado de consumo. Estaria esse (des)estímulo ligado a noção de que pessoas respondem a incentivos, isto é, os indivíduos seriam desencorajados a consumir em um setor tributado, tendo em vista a elevação do preço desse setor. Quanto maior for a tributação de certo setor, maior seria o risco de se consumir, pois o aumento do preço implicaria em um retorno relativamente menor.

Em uma Economia altamente tributada, os indivíduos seriam levados a agir de forma a mensurar seus atos, assumindo ainda mais postura racional. A alta tributação implicaria em altos custos privados, em uma carga suportada pelo setor produtivo. Essa carga tributária também levaria a outro jogo, entre o risco assumido em sonegar o tributo ou arcar com os custos dele decorrente. A noção de probabilidade estaria implícita nesse jogo, no risco da ilicitude ser descoberta e, talvez, o custo de acaba sendo maior do que o benefício de não pagar o tributo. Evidente, que essa noção de probabilidade estaria relacionada à noção de mundo do indivíduo. Um país altamente tributado deveria ter também, conseqüentemente, uma máquina administrativa mais eficiente para fiscalização. Quando menor o risco de ser descoberto, maior será a sonegação fiscal e, via de consequência, maior será a tributação do indivíduo que não sonega.

Esse ciclo vicioso poderá chegar a um ponto em que políticas fiscais de aumento de tributo não necessariamente aumentariam a arrecadação, em vista da evasão fiscal ocorrida que também tenderia a aumentar. Essa é a explicação da curva de *Laffer* pela qual a arrecadação chega a um ponto que, posteriormente, aumento de tributos podem diminuir a arrecadação (MANKIWI, 2001, 172-173). Assim, retornando a ideia de externalidade, os efeitos, nesse sentido mais macro, seriam diversos. Acarretando desde a redução da mobilidade social, aumentando a quantidade de indivíduos à margem do sistema legal, e criando ainda mais desigualdades sociais e pobreza.

3.2 Uma Teoria do Comportamento Humano

A noção de externalidades voltadas às consequências da utilização de políticas tributárias para a intervenção do Estado no sistema econômico é apenas uma proposição teórica para explicar as transformações em um campo incerto totalmente dependente do fator humano, que constitui a base social. Essa explicação é uma das diversas vertentes que a Economia comportamental pode fornecer. Poder-se-ia dizer que, talvez, a maior contribuição que a AED possa ter trazido ao estudo do Direito é ter conseguido envolver a teoria comportamental da Economia às questões jurídicas. Esse novo campo estudado pela Economia aliou o empirismo às teorias do campo da psicologia, neurociência e demais ciências sociais. Contrariando as doutrinas tradicionais da Ciência Economia, a Economia Comportamental entende que as transformações sociais são o fruto das relações humanas, da vivência, experiência, da noção que cada indivíduo tem do mundo.

Como a Economia é a ciência que estuda a alocação dos recursos pelos indivíduos, individualmente e em um âmbito coletivo, envolvendo suas relações em meio a instituições como firmas e mercados, a psicologia do comportamento individual pode ser a base de sustentação da Economia (CAMERER, 1999, p. 10575). Essa teoria entendeu que o *mundo da vida* não se comporta de maneira linear, as riquezas são limitadas, os recursos escassos e os atos volitivos dependem de fatores adversos, sendo que a influência do meio seria fator determinante para a cognição humana. Por anos a ciência econômica tratou o indivíduo como um ser dotado de racionalidade. Ressaltou que as decisões em âmbito individual eram tomadas conforme sua racionalidade visando o máximo interesse pessoal, ou seja, o utilitarismo econômico determinou por anos o pensamento econômico.

A idiosincrasia, ou a mencionada *catalaxia*³⁰, era a expressão do equilíbrio formado pelos agentes *maximizadores*. “Os economistas geralmente pressupõem que as interações tendem ao equilíbrio, independente de ocorrerem em mercados, eleições, clubes, jogos, equipes, empresas ou casamento” (COOTER; ULEN, 2010, p. 37). Contudo, esses conceitos básicos da Economia como de equilíbrio,

³⁰ Ver capítulo primeiro.

maximização e eficiência³¹ são sopesados por uma linha analítica que aprofunda, ainda mais, a Economia comportamental.

A Economia comportamental tratou as mesmas questões, mas voltando-se principalmente na análise do indivíduo. Salientou que os mesmos são dotados de racionalidade limitada, consequência lógica da impossibilidade dos indivíduos preverem os resultados das suas decisões. A certeza divulgada pelos antigos cientistas acerca da racionalidade humana é contrastada pelo entendimento de que as variantes cognitivas que regem as emoções, como o medo, afeições e ódio, explicam a maioria das ocasiões nas quais o indivíduo se afasta da racionalidade (KAHNEMAN, 2011, p. 14).

O autor entendeu que a escassez aprimorava o indivíduo na tentativa de resolvê-la.

A escassez leva, precisamente, à criação de instituições para enfrenta-la. Tais instituições visam, especialmente, como se verá adiante, a permitir que cada um se sirva do bem escasso segundo suas necessidades (não desperdiçar) ou adapte suas necessidades à escassez, e estimulam o espírito empreendedor, a fim de descobrir novas fontes de aprisionamento, ou outras formas de exploração de recursos conhecidos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p.27-28).

Evidente que a doutrina econômica clássica também analisou o indivíduo, o denominado *Homo Economicus*. Adam Smith em seu trabalho já discutia a respeito do egoísmo, solidariedade, felicidade, paixão e justiça. A natureza moral da sociedade foi analisada principalmente pelo enfoque comportamental.

Essa é a natureza desse sentimento, que é apropriadamente chamado de remorso. De todos os sentimentos os quais podem penetrar na paixão humana é o mais terrível. É composto da vergonha no sentido de impropriedade de conduta passada; de tristeza para os efeitos da mesma; de pena para aqueles que sofrem por ele; e o pavor e terror do castigo da consciência da justiça que provoca ressentimento nas criaturas racionais (SMITH, 2005, p.76) (Tradução do Autor)³².

³¹ A Economia ressalta a importância de certos elementos para o entendimento científico. O equilíbrio é o ponto que em um mercado a quantidade ofertada se equipara a demandada; a maximização é a tendência individualista do indivíduo de buscar a melhor para si, determinando um equilíbrio coletivo; a eficiência é chegar a um resultado dispendendo o menor custo possível.

³² Texto original: Such is the nature of that sentiment, which is properly called remorse. Of all the sentiments which can enter the human breast the most dreadful. It is made up shame from the sense of impropriety of past conduct; of grief for the effects of it; of pity for those who suffer by it; and the dread

Keynes também procurou demonstrar que o *Homo Economicus* age conforme sua concepção de mundo, através de suas experiências pode-se determinar suas tomadas de decisões. Ele criou uma fórmula para demonstrar a ideia de racionalidade, a qual, baseada em um conjunto de premissas, demonstrou que o indivíduo toma suas decisões com uma noção de probabilidade. Essa noção seria a capacidade de perceber relações de probabilidades de fatores subjetivos, os quais são dependentes do tipo de informação disponível, experiência e intuição (CATÃO, 1992, p. 62). Haveria uma relação do indivíduo com sua noção de mundo e de um conjunto de incertezas. “O postulado da escolha racional prevê que adaptarão seus conhecimentos de forma a reduzir a incidência dos ônus que o Direito lhes impõe” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 670).

Ressalta-se que essa noção ocorre de maneira inconsciente, sendo a própria consciência humana capaz de formulá-la. Ou seja, ele entende que o indivíduo analisa o cotidiano, e com sua noção de probabilidade de chegar a um resultado, toma a decisão que melhor entender. A cada nova informação, que influencie na sua tomada de decisão, modificará o valor da relação de probabilidade. Logo, Keynes demonstrou em termos matemáticos que a racionalidade humana está correlacionada à experiência adquirida por cada indivíduo.

A ciência econômica entendia que os indivíduos reagem a incentivos e são avessos aos riscos. Consequentemente, proporcionou uma teoria para prever os efeitos de uma sanção legal sobre o comportamento humano. “Generalizando, podemos dizer que a Economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma como a ciência suplanta o bom senso” (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).

A área de incerteza em que o indivíduo situa-se reclama uma percepção adversa a um entendimento simplesmente econômico e jurídico. O instrumentalismo da Economia comportamental tenta suplementar essa lacuna, como uma introspecção de âmbito cognitivo e empírico, fornecendo uma ferramenta que vai *Para além do Direito*³³. Esse campo possibilita o entendimento de variados sistemas

and terror of punishment from the consciousness of the justly provoked resentment of rational creatures.

³³ Título do livro de Richard A. Posner

sociais, ou melhor dizendo, o entendimento do entrelaçamento desses sistemas. Vale citar, a título de exemplos, questões enfrentadas pelo Direito como o feminismo, defesa da sexualidade, família, adoção, entre outros.

Um exemplo da teoria da Economia comportamental que merece ser demonstrado mais detalhadamente foi descrito por Posner (2009, p.125-131), que criou a *função utilidade do juiz*, o qual tenta explicar as variantes que influenciam os juízes em suas decisões. Seu modelo consiste em seis variáveis: Popularidade, Prestígio, Interesse Público, Reforma de Sentença, Reputação e Votação.

A primeira das variáveis, a *popularidade*, Posner cita o trabalho de Robert Cooter, o qual disserta que os Juízes buscam o *prestígio*³⁴ entre advogados e litigantes que apresentam casos diante deles, que por vezes “[...] ignoram (os) efeitos de suas decisões sobre outras partes que não as do litígio” (POSNER, 2009 p. 126). Decorre principalmente da boa estima no meio profissional em que atuam.

O *prestígio* manifesta-se essencialmente na atribuição do título de Juiz em meio aos colegas da categoria. É uma tendência que implica no repúdio por parte destes ao ingresso de novos Juízes no Poder Judiciário, pois com o aumento do número de Juízes acarretaria em uma desvalorização da profissão.

O *interesse público* adentra ao corpo da *função utilidade dos juízes* na medida em que os mesmos visam o promover o interesse público. Conforme sua posição social, para ele os juízes estariam em posição privilegiada aos demais membros da sociedade, eis que são os que detêm o poder de decisão. Logo sua visão estaria influenciada acerca do interesse social.

A *reforma da sentença* é corolário aos ditames alhures, pois Juiz algum gosta de ver suas sentenças reformadas. Porém, Posner dá menor peso a essa variável na função, sendo que vários julgados não são passíveis de recursos (ou inviável), como no caso de tribunais superiores.

A *reputação* é uma variável potencialmente importante na função utilidade do juiz, tanto perante os outros juízes, sobretudo no mesmo tribunal, quanto a profissionais de Direito como um todo. Neste ponto, Posner faz menção a que a *reputação* se confunde com a *popularidade*.

³⁴ Posner entende que o Prestígio que Cooter menciona é na verdade a Popularidade.

A última variável que Posner traça é a *votação*, que implica no peso da decisão dos Juízes em seu voto³⁵. O Voto do juiz reveste-se de um teor muito além de simples decisão, está sim arraigado de ponderações políticas, de perspectivas futuras, jogos de interesses, ou seja, o voto é uma nítida demonstração do poder que o Juiz pode ter, sendo que poderá influenciar a conjectura atual de uma maneira inimaginável. É também um reflexo comportamental de cada juiz, que poderá criar precedente a outros juízes seguirem. Mais além, Posner menciona o poder de consumo do voto, que independente de seu valor como instrumento de poder de sua atividade, tem relação com a utilidade que deriva do ato de expressar suas opiniões.

A *função utilidade do juiz* é uma fórmula voltada para os valores pessoais do julgador, como uma visão egocêntrica, decidindo de maneira conforme a situação que o privilegia. Talvez uma visão *solipsista* ou apenas atos involuntários condicionados a um *status* que a profissão gera, chegando ao ponto de todos assemelharem-se uns aos outros e serem indiscerníveis. Ou ainda, o indivíduo (o julgador) não sentiria mais o mundo, mas apenas a si próprio (JARDIM, 2011, p. 141). Sobretudo, o exemplo da *função utilidade do juiz* é um modelo comportamental que a ciência econômica proporciona. Analisar o indivíduo é, principalmente, entender que o individual determina as condições gerais, isto é, a macroEconomia é em razão determinada por elementos microeconômicos.

Nessa senda, o comportamento dos indivíduos também é determinado por normas de condutas, não apenas a sanção determinaria seu comportamento, mas regras impostas pelo Estado. A teoria dos jogos e da externalidade demonstram um pouco dessa sistematização. Seria a norma jurídica de Direito Tributário a variante determinadora de parte do comportamento social, no plano aqui estudado, quando fatores além do Direito devem ser analisados, principalmente, para entender os reflexos causados por ela.

Essa reação causada pela imposição de um tributo pode refletir em diversas esferas. A principal é o aumento do preço daquilo que é tributado e, conseqüentemente, a diminuição da demanda. Contudo, essa é a visão básica do modelo econômico, o comportamento humano reage de maneiras diferenciadas, resultando em conseqüências não previstas pelo legislador. Como descreve Tversky e Kahneman (2011, p. 448) “[...] muitas questões são baseadas em crenças relativas à

³⁵ No Brasil a votação é válida apenas nos tribunais, pois o juízo de primeira instância a decisão é monocrática.

probabilidade de eventos incertos”; seria, conforme demonstrado por Keynes, a relação subjetiva da probabilidade.

A natureza abstrata da norma, especificamente aquela que prescreve condutas como as de ordem tributária, requer um conhecimento que por vezes ultrapassa as pretensões racionalistas da mente humana individual (HAYEK, 2014 p. 84), sendo que as escolhas racionais não inferem de forma linear à previsão normativa. “Ao reagir à mudança das circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça o *melhor*” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31). Essa base comportamental é descrita por Paul Slovic (Apud Kahneman, 2012, p.171) quando os cidadãos comuns são “[...] orientados pela emoção mais do que pela razão, facilmente influenciados por detalhes triviais e inadequadamente sensíveis às diferenças entre probabilidades baixas e insignificamente baixas”.

Isso é a demonstração de que o estudo do Direito não depende apenas de uma linguagem jurídica, como alguns doutrinadores tentam demonstrar, mas, sobretudo, da interdisciplinaridade que outras ciências sociais possam complementar. Direito não se observa apenas no plano sintático, apenas na linguagem, mas é um arranjo social de valores e experiências, complementado por inferências econômicas, psicológicas, naturais, políticas, religiosas, entre outras. Para se analisar o Direito deve buscar o instrumental de outras ciências, pois delas ele depende, mas principalmente depende do principal agente social, que é o ser humano.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se que alinhar o Direito por intermédio do pensamento econômico não é contaminar a ciência jurídica, mas agregar conhecimento a uma disciplina que havia se tornado estanque na propositura de conhecimento especializado. É fato que as transformações sociais são seguidas em um ritmo mais lento pelo Direito Positivo imposto pelo Estado. O sistema econômico transforma-se em um ritmo dinâmico, devido a diversos fatores, principalmente em decorrência do fenômeno da globalização, que reconfigurou o processo produtivo, informacional e social.

Restaria à ciência do Direito suprir essa lacuna temporal e adaptar sua doutrina a um entendimento interdisciplinar. O Direito, como ciência, não poderia deixar subtender-se apenas à linguagem jurídica, atendendo ao preconceito de parte da velha doutrina que o trata como um sistema autônomo, sendo que não o é. Direito é um sistema aberto e interligado a outros sistemas sociais, com os quais compõe um sistema único, que é o social.

Assim, apresentou-se, inicialmente, o Direito e a Economia como sistemas interligados, e concluiu-se que ambos constituem um ordenado intrínseco a um modelo ideológico liberal, que molda tanto a ordem econômica quanto o ordenamento jurídico, o qual dá sustentáculo para a manutenção dessa ordem. O sentido pragmático, no qual a Economia é o principal fator, busca entender o Direito como resultado das vicissitudes econômicas surgidas na sociedade, sendo o mercado um dos fatores que influenciam a formatação de um Direito posto à ordem de tais necessidades.

Para tanto, a AED foi uma ferramenta teórica que possibilitou utilizar teorias econômicas para comprovar a proposição de que o ordenamento jurídico é criado em função de uma ordem econômica. Sendo assim, o discurso econômico do Direito, o qual o trabalho denomina como título central, é uma afirmação de que o Direito deve ser estudado pelo viés econômico, bem como ferramentas das ciências econômicas podem ser utilizadas para melhor atender ao estudo jurídico.

No sentido pragmático estudado, o mercado possui um poder alocador que formata toda a prática do Direito, determinando o Direito Positivo aos anseios econômicos. Esse sentido também vincula a leitura do ordenamento jurídico que o operador do Direito faz, sendo que, por vezes, o determinante econômico vincula as

decisões tomadas pelos juízes e tribunais do poder judiciário. Essa afirmação foi demonstrada no capítulo segundo de maneira exemplificativa, sendo utilizados casos específicos do Direito estrangeiro e nacional. Viu-se que a própria hermenêutica jurídica pode ocorrer de forma econômica, quando o intérprete analisa o caso concreto e sobrepõe os ditames econômicos em posição privilegiada, sejam questões de eficiência, bem-estar social, de base utilitarista, ou outras questões que envolvem essa base economicista.

Contudo, foi evidenciado que o sistema econômico também não opera de forma autônoma. O mercado, ainda que operando de forma quase livre, possui imperfeições. Nesse ponto, o trabalho demonstrou a segunda proposição do *Discurso Econômico*: - o Estado como agente intervencionista, na sua função de corretor de distorções, como regulador e incentivador de certos setores da Economia.

Assim o capítulo terceiro, analisou a norma jurídica tributária, a principal ferramenta jurídica utilizada pelo Estado na função intervencionista que desempenha. Mais uma vez utilizou-se de ferramentas econômicas para criar um modelo teórico que explica de maneira específica a criação da norma jurídica tributária, no intuito da intervenção econômica. Por meio da *Teoria dos Jogos* ilustrou-se três modelos teóricos, sendo necessário analisar sob o aspecto dos grupos de interesses, custos de implementação das políticas tributárias e da proteção do mercado internacional; modelos esses que demonstram a utilização da norma jurídica tributária. Foi, também, através da *Teoria da Externalidade* a qual demonstrou que a norma tributária vai além da intenção do legislador, podendo alcançar setores ou resultados não pretendidos por ele. Ou seja, pode-se afirmar que, por vezes, uma política intervencionista obtém resultados benéficos apenas no curto prazo, sendo que o custo social gerado por ela é maior do que seus benefícios, sendo ineficiente pela ótica da AED.

Pode-se concluir, que Direito e Economia são ciências sociais ligadas a fatores empíricos, que o indivíduo é o principal agente determinante na transformação dessas ciências. Logo, a AED trouxe a teoria comportamental, uma importante ferramenta de análise desses sistemas. Ou seja, toda a interação entre indivíduo e norma, seja via mercado ou via Estado, seja explicada pelas *Teorias dos Jogos ou da Externalidade*, é um reflexo direto do comportamento humano. Normas

de conduta, ou até mesmo as de organização, somente atingirão seu escopo quando condizerem com o intuito comportamental do indivíduo, buscado pela norma.

A AED fornece à literatura jurídica um modelo que tenta complementar o estudo do Direito sem refutar a tradicional doutrina. Aplicar as teorias econômicas ao estudo do Direito é enriquecer a epistemologia jurídica e demonstrar que Direito deve, também, ser entendido em outros aspectos. Dessa forma, o trabalho não afirmou que o Direito se submete à Economia, porém analisou um aspecto do estudo do Direito no qual a Economia prepondera. Esse aspecto é consentido pelo pragmatismo decorrente do modelo empírico no qual a Economia se desenvolve.

Deixa-se claro que o trabalho não faz apologia ao discurso econômico prevalecendo sobre Direito, mas diagnostica uma parcela do Direito que existe uma prevalência econômica. A Economia afeta o Direito como o Direito a afeta. Os sistemas são abertos e entrelaçados; impossível seria entender Direito sem entender outros sistemas sociais, como a Economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do Direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALVES, Alaôr Caffé. **As Raízes Sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica**. In: Alaôr Caffé Alves, Celso Lafer, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Junior, Tercio Sampaio Ferraz Junior: O que é filosofia do Direito?- Barueri, SP: Manole, 2004.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da Política: ensaios e conferências**. Rio de Janeiro: Releume-Dumará, 1993.

ARIDA, Pérsio. **A pesquisa em Direito e Economia: em torno da historicidade da norma**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. STAJN, Rachel. Direito e Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Alfredo A. **Teoria geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BECKER, Gary S. **The economic way of looking at life**. John m. Olin law & Economics working paper no. 12. Chicago, 1992.

BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre liberdade. Tradução de Wanberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BOOBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

CAMERER, Colin. **Behavioral economics: Reunifying psychology and economics**. Proc. Natl. Acad. Sci. USA Vol. 96, pp. 10575–10577, 1999.

CARVALHO, Paulo de B. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Paulo de B. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus F. **Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem Pós-Neo-Clássica.** Rev. Jur., Brasília, v. 7, n. 74, p.10-18, ago/set, 2005.

CASTRO, Marcus F. **Formas jurídicas e mudança social: integrações entre Direito, a filosofia, a política e a Economia.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CATÃO, Luis. **Do tratado sobre a probabilidade à Teoria Geral: o conceito de racionalidade em Keynes.** Revista de Economia Política, vol. 12, n. 1, janeiro-março, 1992

COASE, Ronald H. **O problema do custo social romanizado.** Tradução coordenada por Luciano Benetti Timm. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies Vol. 3 [2008], No. 1, Article 9.

COASE, Ronald H. **The Firm, The Market and The Law.** Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COASE, Ronald. **O problema do custo social romanizado.** Tradução coordenada por Luciano Benetti Timm. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies Vol. 3 [2008], No. 1, Article 9.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** In: Revista Filosofia Política n. 2, 1985.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga.** Tradução de Fernando de Aguiar. Martins Fontes: São Paulo, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, Amilcar A. **Fato gerador da obrigação tributária.** Edição Financeiras S. A., 1964.

FARIA, José E. **O Estado e o Direito depois da crise.** Saraiva: São Paulo, 2011.

FERNANDES, Edésio. **A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil.** In: Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Betânia Alfonsin e Edésio Fernandes organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio S. **Apresentação: o pensamento jurídico de Norberto Bobbio.** In: BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2014.

FISCHER-LESCANO, Andreas. **A teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt.** Tradução de Rúrion Melo. Novos Estudos 86, Março 2010.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order: An Economic Account: What Does Economics Have to Do with Law?** Princeton: Princeton University Press, 2000.

GALBRAITH, John K. **The great crash, 1929**. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 1929.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Maísca Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: edição do autor, 2013

GODOY, Arnaldo. **Direito, literatura e propriedade intelectual. Posner, a criptomnésia e o plágio inconsciente**. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br>. Acessado em: 03/09/2013.

GRAU, Eros R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación en el capitalismo tardío**. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, S. A., 1999.

HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão: 2014.

HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e Economia política**. Volume I: São Paulo, Visão. 1985.A

HOLMES JR, Oliver W. **The common law**. Toronto: University of Toronto Law School, 2011.

HUNT, E.K.; LAUTZENHEISER, Mark. **História Do Pensamento Econômico: Uma Perspectiva Crítica**. Tradução de André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JARDIM, Eduardo. **Hannah Arendt: pensadora da crise e de um novo início**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. P. 142.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, John M. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

LOVETT, Frank. **Rational choice theory and explanation: Rationality and Society**. Vol. 18, n. 2, pp. 237-272, 2006

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Marta da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise económica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia: Princípios de Micro e MacroEconomia**. Tradução da 2. ed. Original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MIGUEZ, Gonzalo C. **Economía de las instituciones: de Coase y North a Williamson y Ostrom**. In: MIGUEZ, Gonzalo C. La nueva economía institucional. Revista vasca de economía: Ekonomiaz. N.º 77 - 2.º trimestre: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ORREL, David. **Economitos**. Tradução: Adriana Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Best Business, 2012.

PEÑA, Jairo Andrés Castaño. **Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana**. Revista Derecho del Estado n.º 31, julio-diciembre del 2013.

PERELMAN, Chaiim. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Pietro Nasset. Editora Martin Claret Ltda: São Paulo, 2000.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. A

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. B

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Fifth Edition. New York: Aspen Law & Business, 1998.

POSNER, Richard A. **Kelsen, Hayek, and The Economic Analysis Of Law.** Disponível em: http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/07-05.pdf.

POSNER, Richard A. **Law and Literature: A Misunderstood Relation.** Cambridge, Massachusetts, and London, England :Harvard University Press, 1988.

POSNER, Richard A. **Para além do Direito.** Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RAMOS, César A. **A concepção republicana de liberdade como não dominação.** In: Crítica Revista de Filosofia, Londrina, v. 12, n. 36, p. 301 – 336, out. 2007.

RICARDO, David. **Princípios de Economia política e tributação.** Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. Editora Nova Cultural Ltda: São Paulo, 1996.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza.** Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SALAMA, Bruno M. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Fundação Getúlio Vargas. Estudo 22. V.5 n.2: Março 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. Teoria do **Desenvolvimento Econômico: Uma Investigação Sobre Lucros, Capital, Crédito, Juro e o Ciclo Econômico.** Tradução de Maria Sílvia Possas, Editora Nova Cultural Ltda. São Paulo: 1997.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas.** Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments.** São Paulo: Metalibri, 2006.

STAJN, Rachel. **Law and Economics.** In: ZYLBERSZTAJN, Decio. STAJN, Rachel. Direito e Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STAMMLER, R. **Economía y Derecho según la concepción materialista de la história: una investigación filosófico-social.** Madrid: Editora Reus, 1929.

STIRNER, Max. **The ego and his own.** Harper & Row, Publishers: New York, 1817.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics.** In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. **Tradições do Direito.** In: ZYLBERSZTAJN, Decio;

SZTAJN, Rachel(org.), Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

TAKADA, Thalles A. **A Análise Econômica do Direito e a Teoria Crítica.** In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro J. Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas. 1 ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. **Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses.** In: KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

UNGER, Roberto M. **A reinvenção do livre-comércio: a divisão do trabalho no mundo e o método da Economia.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

WALTER, Robert. **A teoria pura do Direito.** In: KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito: introdução à problemática jurídica. Versão condensada pelo próprio autor. 6ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.