

March, 2008

O que é Pesquisa em Direito e Economia?

Bruno Meyerhof Salama

nov 2007
artigos DIREITOGV
working papers

O QUE É “DIREITO E ECONOMIA”?
UMA INTRODUÇÃO À EPISTEMOLOGIA
DA DISCIPLINA PARA O ESTUDANTE,
O PROFISSIONAL E O PESQUISADOR EM DIREITO

Bruno Meyerhof Salama

03



nov 2007
artigos DIREITOGV
working papers

O QUE É “DIREITO E ECONOMIA”?
UMA INTRODUÇÃO À EPISTEMOLOGIA
DA DISCIPLINA PARA O ESTUDANTE,
O PROFISSIONAL E O PESQUISADOR EM DIREITO

Bruno Meyerhof Salama

03

 FUNDACÃO
GETULIO VARGAS



DIREITOGV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

COLEÇÃO DE ARTIGOS DIREITO GV (WORKING PAPERS)

A Coleção de Artigos Direito GV (*Working Papers*) divulga textos em elaboração para debate, pois acredita que a discussão pública de produtos parciais e inacabados, ainda durante o processo de pesquisa e escrita, contribui para aumentar a qualidade do trabalho acadêmico.

A discussão nesta fase cria a oportunidade para a crítica e eventual alteração da abordagem adotada, além de permitir a incorporação de dados e teorias das quais o autor não teve notícia. Considerando-se que, cada vez mais, o trabalho de pesquisa é coletivo diante da amplitude da bibliografia, da proliferação de fontes de informação e da complexidade dos temas, o debate torna-se condição necessária para a alta qualidade de um trabalho acadêmico.

O desenvolvimento e a consolidação de uma rede de interlocutores nacionais e internacionais é imprescindível para evitar a repetição de fórmulas de pesquisa e o confinamento do pesquisador a apenas um conjunto de teorias e fontes. Por isso, a publicação na Internet destes trabalhos é importante para facilitar o acesso público ao trabalho da Direito GV, contribuindo para ampliar o círculo de interlocutores de nossos professores e pesquisadores.

Convidamos todos os interessados a lerem os textos aqui publicados e a enviarem seus comentários aos autores. Lembramos a todos que, por se tratarem de textos inacabados, **é proibido citá-los, exceto com a autorização expressa do autor.**

O QUE É “DIREITO E ECONOMIA”? UMA INTRODUÇÃO À EPISTEMOLOGIA DA DISCIPLINA PARA O ESTUDANTE, O PROFISSIONAL E O PESQUISADOR EM DIREITO

MINUTA PARA DISCUSSÃO – 13.11.2007

Bruno Meyerhof Salama *
Enviar comentários para Bruno.Salama@fgv.br

Índice:

I. Introdução

II. Direito e Economia Positivo

- (A) Reduccionismo, explicação e predição
- (B) Escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência
- (C) Análise positiva, meios e fins

III. Direito e Economia Normativo

- (A) Versão fundacional
- (B) Versão pragmática
- (C) Versão regulatória

IV. Conclusão

* Bruno Meyerhof Salama é professor da Direito GV, doutor por UC Berkeley, e diretor do Instituto Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia - FGVILACDE (bruno.salama@fgv.br). O autor agradece os gentis comentários enviados por Carolina Leister, Christian G. da Rosa, Ivo T. Gico Junior, Luciano B. Timm e Marcelo Perlman. O presente trabalho contém diversos trechos extraídos de obras estrangeiras e traduzidos livremente pelo autor. Com isso, não há citações em língua estrangeira. Todos os erros são de responsabilidade exclusiva do autor.

* * *

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade.¹ As dificuldades na formação de linhas complementares de análise e pesquisa surgem porque as duas metodologias diferem de modo bastante agudo: enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica.² Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento. Mas em meio à turbulência, nas últimas décadas este diálogo tornou-se fértil também. A partir das obras do inglês Ronald Coase e do italiano Guido Calabresi, tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições. Esta disciplina tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”. Neste texto, utilizarei a primeira expressão.

Eu gostaria de começar este texto desmistificando uma visão equivocada do que seja a disciplina de Direito e Economia. Uma parcela considerável dos estudantes, profissionais e pesquisadores em Direito que tem qualquer nível de familiaridade com o Direito e Economia acreditam que a disciplina se propõe a dar respostas definitivas para dilemas normativos. Estas pessoas acreditam, erradamente, que a disciplina contém um conjunto de predicados que levarão, necessariamente, a resultados do tipo “juízes e legisladores devem adotar a regra X na situação Y porque esta é a solução eficiente para o problema Z”. Pior ainda, acreditam que a disciplina se limita a análises desta natureza.

Guido Calabresi já há muito observou que a hipótese de que o Direito e Economia possa ter as respostas definitivas é “ridícula”.³ Mas isso não quer dizer que a discussão sobre eficiência seja insignificante, porque a percepção do que possa ser uma regra eficiente em uma

¹ Na obra clássica de John Rawls: “Um certo consenso nas concepções da justiça não é, todavia, o único pré-requisito para uma comunidade humana viável. Há outros problemas sociais fundamentais, em particular os de coordenação, eficiência e estabilidade”. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

² Sobre o assunto vide COOTER, Robert. “The Confluence of Justice and Efficiency in Economic Analysis of Law” in PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles (eds.) *The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers*, Edward Elgar Publishing, Inc., 2005, pp. 222-240.

³ CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics” *Journal of Legal Education* v. 33, 1983, p. 363.

situação específica pode contribuir para a formulação de políticas públicas melhores e mais justas. O formulador de política pública que persegue objetivos não eficientes deve ter ciência dos custos que impõe à sociedade. Mas o principal problema, como aponta Anthony Ogus, é que a obsessão com a discussão sobre eficiência desvia a atenção sobre a existência de um certo nível de análise na disciplina de Direito e Economia que é meramente descritivo/explicativo da realidade jurídica, e não se relaciona diretamente com essa discussão sobre eficiência.⁴

O objetivo deste trabalho é o de descrever a epistemologia da disciplina de Direito e Economia para que se possa pautar o debate e esboçar uma agenda de pesquisa para o país. Optei por dividir o trabalho em quatro seções.

A seção I trará notas introdutórias sobre a epistemologia da disciplina, e tem por objetivo situar o Direito e Economia no contexto das disciplinas jurídicas.

A seção II enfocará a epistemologia da dimensão descritiva da disciplina, o Direito e Economia Positivo. A análise inicia-se com a discussão do argumento de que a microeconomia é útil para a análise do Direito. Mostrarei que este argumento possui três versões distintas: (a) uma versão “reducionista” (pouco proveitosa, porque reduz o Direito à Economia), (b) uma versão “explicativa” (baseada na hipótese de que a Economia possa explicar o Direito, ou, num enquadramento mais moderado, que a Economia possa explicar parte do Direito) e (c) uma versão “preditiva” (que enfatiza a utilidade da Economia para o estudo das conseqüências das instituições jurídico-políticas e da interpretação dos textos legais). Segue-se então uma explanação sobre cinco conceitos centrais para a análise em Direito e Economia Positivo, a saber, (a) escassez, (b) maximização racional, (c) equilíbrio, (d) incentivos e (e) eficiência. A seção II é concluída com notas sobre a utilidade do Direito e Economia Positivo para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos.

A seção III examina a comunicação entre os conceitos de eficiência e justiça. Partirei da idéia de que haja pontos de contato entre os dois conceitos. Afinal, muitas das nossas intuições sobre noções de justiça poderiam ser igualmente explicadas sob a ótica da busca pela eficiência; os exemplos vão desde “não roubarás” até “a punição deve ser proporcional ao crime”. Isso quer dizer que é comum que a solução eficiente seja também justa, se bem que nem sempre ocorra

⁴ OGUS, Anthony. “What Legal Scholars can Learn from Law and Economics”. *Chicago Kent Law Review*, v. 79, n.2, 2004, p. 383.

desta forma. Mostrarei que a discussão sobre custos e benefícios é onde começa a discussão do que seja justo, e não onde essa discussão acaba. A questão, portanto, não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão da eficiência na discussão do justo. Para organizar as idéias, discuto três versões do argumento de que a eficiência e justiça se comunicam, às quais dou o nome de (a) versão “fundacional” (identificada com os primeiros trabalhos de Richard Posner), (b) versão “pragmática” (identificada com a fase madura de Posner) e, finalmente, (c) versão “regulatória” (identificada com a obra de Guido Calabresi).

À guisa de conclusões, a seção IV contém algumas notas sobre a introdução da disciplina de Direito e Economia no currículo das faculdades de Direito brasileiras, e também a sugestão de uma agenda de pesquisa em Direito e Economia para o país.

I. Introdução

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições jurídico-políticas.⁵ Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.⁶ Para Nicholas Mercurio e Steven Medema, trata-se da “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”.⁷

É comum destacar duas dimensões distintas, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e

⁵ Aqui tomo o termo “instituição” no sentido empregado por Douglass North, segundo o qual as instituições “são as regras do jogo em uma sociedade, ou, mais precisamente, são as restrições que moldam as interações humanas... [sendo] perfeitamente análogas às regras do jogo em uma competição esportiva” (NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, pp. 304). Isso quer dizer que as instituições compreendem tanto as regras formais (Constituição, leis ordinárias, etc.) quanto as regras informais (normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, etc.) que pautam a atuação dos diversos indivíduos e entes sociais (inclusive empresas, consumidores, sindicatos, órgãos de imprensa, ONGs, igrejas, escolas, congressistas, juízes, partidos políticos, funcionários públicos, etc.).

⁶ POSNER, Richard A. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

⁷ MERCURIO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3.

Economia Normativo. O Direito e Economia Positivo se ocupa principalmente de estudar as repercussões práticas do Direito sobre o mundo real. O Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.

Por ser a ciência “instrumental por excelência”,⁸ a Economia é uma poderosa ferramenta para analisar um vasto conjunto de temas. Mas até algumas décadas atrás, sua interface com o Direito estava confinada a um pequeno grupo de questões, especialmente antitruste, regulação de mercados e cálculo de danos monetários. A originalidade da disciplina de Direito e Economia esteve em estender o ferramental analítico da Economia às mais diversas áreas do conhecimento jurídico, inclusive direitos de propriedade, contratos, responsabilização civil, responsabilização penal, direito societário, dentre muitas outras.

A idéia de concatenar os estudos de Direito e de Economia é, naturalmente, bem mais antiga do que a disciplina de Direito e Economia.⁹ É que aqui tomo a expressão “Direito e Economia” como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da *Law and Economics*.¹⁰ A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “*Law and Economics*”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik* para designar a disciplina) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*.¹¹ Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise*

⁸ POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, p. 15.

⁹ Desde Adam Smith, Thomas Malthus, e Karl Marx, a economia política já se vem ocupando da análise dos institutos jurídicos sob a ótica econômica. Para um apanhado histórico sucinto, vide por exemplo MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics* in Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0200 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com/>).

¹⁰ Como observa COELHO, Cristiane de Oliveira, “identificar qual a teoria econômica que melhor reflete o núcleo central do Law & Economics não é tarefa fácil. A maioria dos pesquisadores que se debruçam atualmente sobre o tema prefere não entrar nesse debate, contentando-se em apresentação a Análise Econômica do Direito como uma escola eclética, que comportaria diversas tradições”, in “A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico” (maio de 2007), Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Paper 050107-10.

¹¹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 6ª Ed., 2003.

Económica do Direito.¹² Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*).¹³

A disciplina de Direito e Economia origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico.¹⁴ A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que posteriormente se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito principalmente através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – e apenas uma pequena parte – do conteúdo da disciplina de Direito e Economia.¹⁵ Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite.

A segunda tradição central à disciplina de Direito e Economia, o realismo jurídico, surge nas faculdades de direito norte-americanas¹⁶ e escandinavas¹⁷ na primeira metade do século XX. O projeto acadêmico dos realistas jurídicos era o de estudar as leis como elas de fato funcionavam, ao invés das leis conforme previstas nos códigos e livros. Do realismo jurídico advém a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, de modo a procurar entender as

¹² Em Portugal, a Análise Econômica do Direito está ainda pouco desenvolvida, particularmente quando se faz uma comparação com o estágio de desenvolvimento da disciplina na Espanha. Cf. Online Encyclopedia of Law & Economics (<http://users.ugent.be/~gdegeest/tablebib.htm>) items 0365 (Portugal) e 0385 (Espanha).

¹³ KIRAT, Thierry. *Economie du droit*, Paris : La Découverte, Collection Repères, 1999.

¹⁴ KITCH, Edmund W. “The Intellectual Foundations of ‘Law and Economics’”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 184.

¹⁵ É interessante notar que o primeiro programa de Direito e Economia de que se tem notícia (criado no fim dos anos 1950 na Universidade de Chicago nos Estados Unidos por Aaron Director) derivou justamente do projeto de pesquisa em antitruste que ocorria naquela escola. MERCURO, *supra* n. 7, p. 53.

¹⁶ Vide por exemplos os clássicos LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962; FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Tudor, 1935; e COHEN, Felix S. *The Legal Conscience: Selected Papers*. New Haven: Yale University Press, 1960.

¹⁷ Vide ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003.

motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a formulação e aplicação do Direito.¹⁸

De disciplinas com temário e metodologias tão variadas como a economia política e o realismo jurídico, não poderia surgir disciplina outra, que não uma com metodologia e temário também bastante variados. A Enciclopédia Virtual de Direito e Economia (*Online Encyclopedia of Law & Economics*, de acesso aberto no website <http://encyclo.findlaw.com>) distingue detidamente diversas vertentes do movimento de Direito e Economia: a Escola de Chicago, a Escola de New Haven, a Escola Austríaca, a Escola Institucionalista e a Escola Neo-Institucionalista. Há ainda outras vertentes que não constituem necessariamente outras “escolas”, mas que complementam algumas das já mencionadas: o campo do Direito, Economia e Desenvolvimento; a Teoria dos Jogos aplicada ao Direito; o Direito e Economia Comparado; o Direito e Economia Experimental; o campo do Direito, Economia e Antropologia; e o Direito e Economia Comportamental. Com algum esforço e pesquisa, acredito que seria possível encontrar ainda outras vertentes.¹⁹ Assim sendo, neste trabalho enfocarei linhas predominantes e relativamente influentes dentre esses movimentos, e deixarei de fora a pormenorização dos pontos de contenção.

Mas afinal: seria o Direito e Economia uma disciplina jurídica ou uma disciplina econômica? As opiniões divergem. Wolfgang Fikentscher afirma categoricamente que “Direito e Economia é basicamente uma área do direito. [A disciplina] diz aos profissionais do direito se o seu trabalho tem valor econômico, e por que”.²⁰ Em sentido oposto, Gerrit De Geest afirma que “o Direito e Economia é provavelmente uma das mais controversas disciplinas da ciência

¹⁸ Os realistas estavam particularmente interessados na antropologia e sociologia. Um exemplo clássico é *The Cheyenne Way*, publicada em 1941 conjuntamente pelo jurista Llewellyn e pelo antropólogo Hoebel (LLEWELLYN, Karl e HOEBEL, E. Adamson, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press, 1941). A obra descreve a regulação “jurídica” da vida dos índios Cheyenne a partir de um extenso trabalho de campo nas aldeias Cheyenne conduzido em 1936, mostrando como se operava a regulação daquelas sociedades que não possuíam governo formalmente organizado.

¹⁹ Por exemplo, há quem enxergue nos ordoliberalis de Freiburg, na Alemanha dos anos 1930, um grupo de estudo em Direito e Economia. Os ordoliberalis enfatizaram a necessidade de que o Estado regulasse o mercado de modo a garantir que os mercados livres viessem de fato a produzir resultados próximos de suas potencialidades teóricas. Um dos pontos centrais para os ordoliberalis seria a discussão do chamado “paradoxo liberal”, isto é, a noção de que a liberdade poderia levar tanto à ditadura (na política) quanto aos monopólios (na economia). Alguns ordoliberalis propuseram resolver este paradoxo através de um desenho constitucional apropriado.

²⁰ FIKENTSCHER, Wolfgang. *Culture, Law and Economics*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 43.

econômica”.²¹ Henry Hansmann adota posição conciliadora e propõe a seguinte reflexão: “quando é que a pesquisa acadêmica em Economia se torna pesquisa acadêmica em Direito e Economia? Talvez a melhor resposta seja: quando a pesquisa é conduzida *por*, ou *para*, estudiosos do direito.”²² Já Posner observa que “o propósito de se criar um campo próprio e denominá-lo Direito e Economia [...] é o de identificar a área da pesquisa em economia em que o conhecimento dos aspectos doutrinários e institucionais do direito são relevantes”.²³ Como se vê, a questão é controversa, e o debate tem contornos similares àqueles de outras áreas interdisciplinares (por exemplo, seria a História do Direito uma disciplina do Direito ou da História? E a Sociologia Jurídica? E a Antropologia Jurídica? Etc.).²⁴ Há bastante bibliografia discutindo a posição do Direito e Economia no quadro das ciências sociais, mas não me parece que a questão tenha muita relevância prática.²⁵

Assim sendo, ao longo deste texto ressaltarei principalmente (a) a interdisciplinariedade da disciplina de Direito e Economia, (b) a relevância da disciplina nas faculdades de Direito, particularmente no campo da pesquisa e da especulação crítica, e (c) o fato de que tanto juristas quanto economistas têm dado contribuições relevantes para o desenvolvimento da disciplina de Direito e Economia.²⁶ Este último ponto é particularmente interessante e pode ser ilustrado pelo perfil de alguns expoentes do movimento. No encontro inaugural da Associação Americana de Direito e Economia, reconheceu-se a existência de quatro “pais” (*founding fathers*) da disciplina:

²¹ DE GEEST, Gerrit. *The debate on the scientific status of law & economics*, European Economic Review, Volume 40, Issues 3-5, 1996, p. 999.

²² HANSMANN, Henry. “The Current State of Law and Economics Scholarship”. *Journal of Legal Education*, v.33, 1983, p. 218.

²³ POSNER, Richard A. “The Law and Economics Movement”, *The American Economic Review*, v. 77. Issue 2, maio de 1987, pp. 3-4 (notando a seguir que “a economia do direito é o grupo de estudos econômicos edificadas sobre o conhecimento detalhado de alguma área jurídica; se o estudo é conduzido por alguém com formação jurídica, econômica, ou com ambas as qualificações, é um ponto de pouca importância”).

²⁴ O pano de fundo desta discussão é a filosofia essencialista, isto é, a visão de que as coisas têm pelo menos algumas propriedades essenciais sem as quais perdem sua identidade própria (por exemplo, intuitivamente, Sócrates não poderia deixar de ter a propriedade de ser um ser humano; mas poderia não ter sido ateniense, se tivesse nascido noutra cidade). Cf. AUDI, Robert (ed.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: University Press, 2001, p. 281-3 (*Essentialism*).

²⁵ Para citar algumas referências: COOTER, Robert. “Comment: Place of Economics in Legal Education”. *Journal of Legal Education*, V. 33, 1983, p. 237; KLEVORICK, Alvin K. “Reflections on the Current State of Law and Economics Scholarship”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 239; GELLHORN, Ernest e ROBINSON, Glen O. “The Role of Economic Analysis in Legal Education”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 247; STIGLER, George J. “What Does an Economist Know”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 311; CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics”. *J. Legal Educ.*, v. 33, 1983, p. 359.

²⁶ PARISI, Francesco. “Coase Theorem” in BLUME, L. e DURLAUFE, S. (eds.) *New Palgrave Dictionary of Economics*. Macmillan Ltd., 2007.

Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Henry Manne.²⁷ Repare que, dentre estes quatro notáveis, um deles, Posner, não possui formação como economista (estudou Letras e depois Direito); um deles, Coase, não tem formação jurídica (só econômica); somente os dois últimos (Calabresi e Manne) possuem treinamento formal tanto em Economia quanto em Direito.²⁸

O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado.²⁹ Tendo surgido nos Estados Unidos nas Universidades Chicago e, logo depois, Yale, o movimento espalhou-se primeiro pelos Estados Unidos,³⁰ e depois pelo mundo. Desde os anos 1980, o Direito e Economia vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil.³¹ Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está

²⁷ O notável Gary Becker poderia também ter sido incluído nesta lista, por ter sido o primeiro economista a utilizar o ferramental da Economia moderna para analisar os chamados “mercados implícitos” (como o “mercado do crime”, por exemplo). Na lista dos “pais” da disciplina seria possível acrescentar também outros nomes, especialmente os de Harold Demsetz, Robert Cooter, William Landes, Richard Epstein, George Priest, dentre outros. Talvez fosse até conveniente acrescentar os nomes de James Buchanan, Gordon Tullock (“pais” da teoria da Escolha Racional) e Oliver Williamson (“pai” da Teoria Neo-Institucionalista).

²⁸ Também interessante notar que Posner e Calabresi tornaram-se juízes federais, além de serem professores de Direito.

²⁹ Nas palavras de Ron Harris, trata-se do “mais influente movimento de pensamento jurídico no período pós-Segunda Guerra Mundial” (HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” in *Theoretical Inquiries in Law*, 4 *Theoretical Inq. L.* 659, 2003). Para Bruce Ackerman, estaríamos diante do “mais importante desenvolvimento na academia jurídica no século XX” (ACKERMAN, Bruce A. *Law, “Economics, and the Problem of Legal Culture”*. *Duke Law Journal*, v. 1986, n. 6, 1986, pp. 929-34).

³⁰ Nos Estados Unidos a disciplina já vem sendo lecionada em todas as boas faculdades de Direito desde os anos 1970/80. Para se ter uma idéia de sua influência naquele país, basta mencionar que, já em meados da década de 1980, pelo menos três notórios membros da Suprema Corte Americana declaravam-se “adeptos” da disciplina de Direito e Economia (a saber, Antonin Scalia, Robert Bork e Douglas Ginsburg, conforme DONOHUE III, John J. “Law and Economics: The Road Not Taken”, *Law & Society Review*, v. 22, N. 5, 1988, p. 904).

³¹ Algumas boas obras brasileiras incluem PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005; ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (eds.) *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel e Teoria Unificada da Colusão*. Há diversos artigos sendo publicados em revistas jurídicas pelo país, e há também artigos interessantes disponíveis nos websites da X e da XI Conferência de Direito e Economia da Associação Latino Americana e do Caribe de Direito e Economia – ALACDE (www.alacdebrasil.org). Há, ainda, diversos artigos importantes sendo traduzidos no contexto das atividades do ILACDE-FGV (o Instituto Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia), alguns dos quais estão publicados e disponíveis *online* no *Jornal Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia* (<http://services.bepress.com/lacjls>).

em estágio avançado,³² e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.³³

II. Direito e Economia Positivo

(A) Reduccionismo, explicação e predição

O argumento central do Direito e Economia Positivo é o de que os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do Direito. Robert Cooter observa que esse argumento possui diversas versões, três das quais podem ser destacadas: (a) a versão reducionista, (b) a versão explicativa, e (c) a versão preditiva.³⁴

Reduccionismo

A versão reducionista – radical, minoritária, e pouco proveitosa – sugere que o Direito possa ser reduzido à Economia, e que categorias jurídicas tradicionais (como direitos subjetivos, deveres jurídicos, culpa, negligência, etc.) possam ser substituídas por categorias econômicas. Cooter nota que o argumento a favor da redução do Direito à Economia “é similar ao argumento de que, em psicologia, a mente possa ser reduzida ao comportamento”, para concluir, com ironia, que tal argumento “é tão ridículo que somente um acadêmico poderia contemplá-lo”. Um debate importante, como sugere Ejan Mackaay, é a discussão de quais simplificações da

³² Notadamente, o *Institut für Recht und Ökonomik* (Hamburgo, Alemanha), o *Institut für Genossenschaftswesen* (Münster, Alemanha), o *Forschungsstelle für die oekonomische Analyse des Rechts* (Saarbrücken, Alemanha), o *Max-Planck Institute for Research into Economic Systems* (Jena, Alemanha), o *Institut für Recht und Oekonomie* (Kassel, Alemanha), o *Instituto de Derecho y Economía de Universidad Carlos III* (Madrid, Espanha), o Centre of Advanced Studies in Law & Economics, Universiteit van Gent (Gent, Bélgica), o *Rotterdam Institute of Law and Economics* (Roterdã, Holanda) e a *Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli* (Roma, Itália). Desde 1990, o renomado programa de mestrado em Direito e Economia (*Erasmus Program in Law & Economics*) ocorre simultaneamente nas universidades de Bolonha, Hamburgo, Roterdã, Ghent, Hamburgo, Aix-en-Provence, Haifa, Estocolmo, Madrid, Manchester e Viena (Fonte: *Online Encyclopedia of Law & Economics*).

³³ Referências européias incluem DEFFAINS, Bruno e KIRAT, Thierry (eds.) *Law and economics in civil law countries*. Amsterdã e Nova Iorque: JAI, 2001; e SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2004. Sobre a evolução da disciplina na academia européia, vide VAN DEN BERGH, Roger. “The growth of law and economics in Europe”. *European Economic Review*, V. 40, n. 3, 1996, pp. 969-977.

³⁴ COOTER, Robert. “Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books”. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982, p. 1260.

realidade possam ser admissíveis dentro de um modelo oposto ao reducionismo, que é “inaceitável”.³⁵ Com esta visão reducionista, portanto, não perderemos tempo.

Explicação

A segunda versão do argumento em questão é mais proveitosa, e diz respeito à capacidade explicativa da teoria econômica. A Economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas. A idéia é a de que os sistemas jurídicos poderiam ser compreendidos como sendo a resultante da maximização de recursos escassos por parte das pessoas, que ocorre de forma relativamente coordenada. Por exemplo, a regra geral da responsabilização subjetiva, baseada na existência de “culpa”, seria explicada como resultante da tentativa de dar incentivos para que tanto os potenciais causadores de danos, quanto as potenciais vítimas, tomem atitudes para mitigarem as chances de ocorrência e extensão de danos; já a posterior adoção da regra de responsabilização objetiva resultaria dos altos custos de prova da culpabilidade em alguns casos.

O problema é que a explicação de institutos jurídicos como resultante da maximização relativamente coordenada de riqueza deixa de lado uma série de fatores culturais e históricos. Daí a necessidade de uma articulação mais branda dessa versão explicativa, no sentido de que a teoria econômica possa elucidar a estrutura lógica do Direito, ainda que esta elucidação seja apenas parcial. Isso significaria, para usar as palavras de Cooter, que “a economia explica o direito, mas não chega a uma explicação completa” pois “não capta toda a realidade subjacente”.³⁶ Ou seja, a Economia ilumina problemas e sugere hipóteses, mas se torna mais rica quando conjugada com outros ramos do conhecimento, notadamente a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia e a Filosofia.

Predição

A terceira versão do argumento é a de que a Economia pode ser aproveitada para prever as conseqüências das diversas regras jurídicas. Trata-se aqui de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso. A disciplina de Direito e Economia retira as conseqüências do fenômeno jurídico da periferia,

³⁵ MACKAAY, Ejan. *Schools: General in* Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0500 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com/>).

³⁶ COOTER supra n. 34.

trazendo-as para o centro do debate. Busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional e ao formulador do Direito entenderem os prováveis efeitos que advirão como conseqüências das diferentes posturas legais.

Tomemos a discussão sobre a extensão dos direitos de propriedade intelectual. Da perspectiva tradicional, a análise parte dos textos e princípios jurídicos. O que quer dizer tal artigo da Lei da Propriedade Industrial? Como se reflete o princípio da liberdade de expressão sobre determinada questão? Será que tal conduta se subsume a este ou àquele artigo da lei? Da perspectiva do Direito e Economia, a análise parte da funcionalidade dos institutos jurídicos. Afinal, para que serve uma patente? Quais os *tradeoffs* (custos e benefícios) envolvidos na ampliação (ou redução) da patente? Aliás, o caso específico da propriedade intelectual é interessante para mostrar, como sugerimos logo nos primeiros parágrafos deste trabalho, que a análise econômica não fornece respostas definitivas. Afinal, de um lado, quanto mais ampla e duradoura for a patente, tanto maiores serão os incentivos à inovação, e tanto menores serão os incentivos à circulação. Mas por outro lado, a própria restrição à circulação dificulta a inovação porque a tecnologia patenteada também pode servir de insumo para outras inovações. Este debate convida à pesquisa empírica e a uma análise mais complexa, que torne mais transparentes – e portanto mais justas – as escolhas normativas que se venha a fazer.³⁷

Se, como vimos acima, o poder explicativo da teoria econômica é mais forte em alguns campos do que em outros, então o poder preditivo também há de ter suas limitações. Isso quer dizer que a “lógica econômica” é provavelmente mais útil para analisar o comportamento dos agentes em algumas áreas do Direito do que em outras. Mesmo assim, já em 1982 Cooter observara que “não há dúvida de que a economia explicou o direito com mais sucesso do que os juristas achavam provável vinte anos antes, quando o movimento [de Direito e Economia] começara”.³⁸

³⁷ Interessante notar que, no caso da propriedade intelectual, essas lições sobre a função dos institutos jurídicos viraram princípios. Por exemplo, a Carta de Adelphi, elaborada pela Real Sociedade Britânica para o encorajamento das artes, manufaturas e comércio, sugere que os países devem levar em consideração uma série de princípios no curso das discussões sobre a propriedade intelectual. Por exemplo: “1. As leis que regulam a propriedade intelectual devem servir como meios para atingir fins criativos, sociais, e econômicos, e não como fins em si mesmas; [...] 9. As leis de propriedade intelectual devem levar em conta as circunstâncias sociais e econômicas dos países em desenvolvimento.” Fonte: Website do Ministério da Cultura (<http://www.cultura.gov.br/>).

³⁸ COOTER supra n. 34.

(B) Escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência

Um dos possíveis panos de fundo para o Direito e Economia – a meu juízo, o mais proveitoso – é a Teoria Neo-Institucionalista.³⁹ Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”);⁴⁰ (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado).⁴¹

Seja como for, o Direito e Economia Positivo emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia. Ainda que haja aqui e ali abertura cognitiva para outras ciências, utiliza-se principalmente os modelos microeconômicos marginalistas, aproveitando-se também da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos. Para que se possa entender concretamente de que estamos falando, convém ponderar sobre a relevância de cinco conceitos centrais: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.

³⁹ A Teoria Neo-Institucionalista desenvolveu-se principalmente a partir das obras de Oliver Williamson e Douglass North, e emprega a ciência econômica para analisar as normas e regras sociais que sustentam a atividade econômica. Ela é chamada de “neo” (ou seja, nova) para destacar a oposição às teorias institucionalistas antigas, especialmente as de John R. Commons e Thorstein Veblen. Na Teoria Neo-Institucionalista o conceito central são os “custos de transação” (ao invés dos “custos de produção” da Teoria Institucionalista original). Vide WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985, pp. 85-163.

⁴⁰ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: University Press, 1990.

⁴¹ Sobre esse ponto, vide ULEN, Thomas S. “A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law”. *University of Illinois Law Review*, v. 2002, 2002.

Escassez

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”.⁴² A escassez força os indivíduos e os entes sociais a realizarem escolhas e a incorrerem em *tradeoffs*. Isso quer dizer que nem todos os objetivos e desejos poderão ser atendidos. Nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais.

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

Maximização racional

A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note que a idéia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar,⁴³ e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades. Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a

⁴² ROBBINS, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, em “The Concise Encyclopedia of Economics”, disponível em <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/bios/Robbins.html>.

⁴³ Com exceção às crianças e àqueles com retardamento mental, como sugere POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

favor de um projeto de lei.⁴⁴ Claro que no cálculo de maximização entram os custos e benefícios monetários e também aqueles não monetários (tais como poder, prestígio, sensação do dever moral cumprido, etc.).

Portanto, a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis.⁴⁵ Por exemplo: consumidores maximizam seu bem-estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem-estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por diante.

A suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos. Ou seja: o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados *ex ante*) excederem os custos marginais (estimados *ex ante*).

Para ilustrar, suponha que uma empresa saiba que seus produtos às vezes causarão danos a seus consumidores. Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que sempre existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto a empresa investirá para tornar seus vôos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizarem seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: (a) dos custos para tornar os produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os custos para treinamento de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias, etc.), (b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregadas; (c) dos danos à reputação da empresa no caso de

⁴⁴ Assim é que a noção de maximização de auto-interesse tem repercussões importantes também para a própria conformação da lei. Uma delas diz respeito ao fato de que congressistas são, como todos os demais indivíduos, maximizadores de auto-interesse. Nada do que os legisladores fazem é motivado pelo interesse público em si, e as legislações são resultado de barganhas políticas, isso é, de negociações entre os grupos cujos interesses de fato se fazem representar. Sobre o ponto vide POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 473-474.

⁴⁵ Além disso, geralmente se partirá da premissa de que as preferências dos indivíduos são completas, reflexivas, transitivas e contínuas.

acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); (d) dos custos relacionados à responsabilização civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); (e) da probabilidade de que, no caso de acidentes, haja responsabilização civil ou penal da empresa ou de seus diretores (o que dependerá, dentre outras coisas, dos requisitos legais que fixarão os parâmetros para determinação da culpabilidade); e (f) dos custos para mitigar as perdas decorrentes dos acidentes caso eles ocorram. Para estimar todas essas variáveis, a empresa necessitará de informações da sua área técnica e comercial, e de seus advogados também. De posse dessas estimativas, a empresa irá investir para tornar seus produtos e serviços mais seguros *até o ponto em que tais investimentos se paguem*. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem inferiores aos benefícios marginais. No momento em que os investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança.

Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana.⁴⁶ A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*,⁴⁷ nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo freqüentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”. Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima, os mesmos

⁴⁶ Assim, uma hipótese será mais “científica” na medida em que for “falsificável”, no sentido popperiano do termo, e também conforme discutido por FRIEDMAN, Milton, “The Methodology of Positive Economics”, em *Essays in Positive Economics* 3, Chicago University Press, 1953. Mas como bem observou Posner, “ainda que muitos economistas positivos sejam seguidores de Karl Popper e, portanto, acreditem que a falsificabilidade seja a característica definidora de uma teoria científica, na prática os economistas empíricos enfatizam muitos mais a confirmação do que a falsificação”. POSNER, *supra* n. 44, p. 487.

⁴⁷ A expressão faz parte da gramática weberiana. Vide WEBER, Max. *A ética protestante e o 'espírito' do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 158.

passam a ser vistos como “intencionalmente racionais” ainda que limitados por aptidões cognitivas.⁴⁸

A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório (ou seja, é randômico). David Friedman ilustra o ponto com o seguinte exemplo: “imagine uma pessoa que esteja ponderando a respeito de duas decisões que deve tomar: que carro comprar, e em qual político votar. Nos dois casos, a pessoa pode melhorar sua decisão (ou seja, tornar mais provável que a decisão atinja seus interesses) investindo seu tempo e esforço no estudo das alternativas disponíveis. No caso do carro, a sua decisão determina com certeza que carro comprar. Já no caso do voto em político, a decisão sobre em qual candidato votar altera em apenas 1/10.000.000 a probabilidade de que o candidato a receber seu voto ganhe [(ou seja, a probabilidade de que seu voto seja decisivo na eleição de determinado político é baixíssima)]. Se o candidato for eleito mesmo sem receber o voto dessa pessoa, essa pessoa estaria perdendo seu tempo; se o candidato não for eleito mesmo com o voto dessa pessoa, essa pessoa também estaria perdendo seu tempo. Assim, essa pessoa irá racionalmente investir muito mais tempo na escolha de que carro comprar [do que na decisão de em quem votar], porque esse é um investimento muito mais proveitoso do seu tempo. Por isso, é comum que os votos sejam caracterizados por uma *ignorância racional*; é racional manter-se ignorante quando a obtenção de informação custa mais do que seu benefício.”⁴⁹

O papel das premissas é provavelmente o aspecto metodológico do Direito e Economia que traz maiores dificuldades aos profissionais do Direito. Os economistas tentam captar grande parcela da dinâmica comportamental das pessoas com a menor quantidade possível de premissas. A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (ela é obviamente imperfeita), mas sim se essa premissa consegue captar o suficiente para tornar inteligível e previsível uma realidade complexa.⁵⁰ Isso significa que a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a

⁴⁸ SIMON, Herbert. *Administrative behavior*. New York: Macmillan, 2a. ed., 1961, p. xxiv. (definindo racionalidade limitada (*bounded rationality*) como o comportamento que é “intencionalmente racional, mas também limitadamente racional” (*intendedly rational, but only limitedly so*).

⁴⁹ FRIEDMAN, David D. *Price Theory: An Intermediate Text*. South-Western (1986, 1990), capítulo 1 (disponível em <http://www.daviddfriedman.com>).

⁵⁰ BAIRD, Douglas G. “The Future of Law and Economics: Looking Forward”. *University of Chicago Law Review*, v. 64, 1997, pp. 1129-1165.

racionalidade de cada comportamento individualmente tomado. A força da aplicação da Teoria dos Preços às questões jurídicas decorre justamente da quantidade de hipóteses que podem ser formuladas a partir de premissas comportamentais tão simples. Quando se aceita que, de um modo geral, a demanda (isto é, a procura) diminui quando o preço aumenta, há muitas idéias que podem fazer sentido: se a fiscalização é eficiente, o “custo” de se falar ao celular ao dirigir aumenta (e a “procura” pela atividade de se falar ao celular ao dirigir cai); se a palavra dada em contrato vai ser rapidamente executada em juízo, o custo de agir oportunisticamente aumenta (e sua “procura” cai); e assim por diante.

Por isso, é preciso ressaltar – na verdade reiterar – que a premissa racionalidade é instrumental. A idéia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões.⁵¹ Por exemplo, ao invés de se testar se os mutuários individualmente tomados se comportam racionalmente, deve-se testar se uma mudança da legislação que torne a execução de garantias mais rápida e eficaz causará diminuição das quebras de contratos (ou se causará queda nas taxas de juros). Um mercado pode comportar-se racionalmente (e portanto as “leis” de oferta e procura são úteis para prever conseqüências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada.⁵²

Equilíbrio

O terceiro conceito é o de equilíbrio, que é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Suponha, no exemplo que utilizamos alguns parágrafos acima, que haja não uma, mas duas empresas de transporte aéreo. Acidentes nos vôos da empresa A causam um aumento da percepção de risco por consumidores, o que reduz a procura de passagens aéreas tanto nos

⁵¹ “Com Milton Friedman [...] a metodologia econômica encontra enfim uma saída para enquadrar-se ao conceito de ciência. O requisito de veracidade e realismo empírico das premissas teóricas deixa de ser um ponto central para a Economia sendo que o único teste relevante para mostrar o grau de cientificidade de uma hipótese passa a ser apenas a comparação de suas previsões com a experiência fática. Ou seja, uma teoria econômica deverá agora ser julgada somente quanto ao seu poder de previsão face aos fenômenos que pretende explicar. A veracidade das premissas é abandonada em favor da acuidade das previsões.” COELHO, Cristiane de Oliveira, “A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico” (maio de 2007), Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Paper 050107-10.

⁵² Para uma análise de alguns desdobramentos deste ponto vide PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor*, no prelo.

vãos da empresa A quanto naqueles da empresa B. Até que ponto a empresa A investirá em lobby para que o governo faça melhorias nos aeroportos? Isso dependerá, dentre outras coisas, das expectativas da empresa A sobre quanto a empresa B investirá em lobby. Os investimentos em lobby das empresas A e B resultarão da maximização racional das duas empresas, e este resultado é portanto um equilíbrio. A disciplina de Direito e Economia ajuda a entender os equilíbrios que surgem nos mercados, nas eleições, nos jogos competitivos, nos esforços de produção em equipe, etc.

A seguir, considere também que os acidentes estejam arranhando a imagem dos políticos. Como isso poderá afetar a disposição do governo de investir na melhoria dos aeroportos? Como afetará a legislação sobre a responsabilização penal e administrativa das empresas de transporte aéreo e de seus funcionários? Os investimentos públicos efetivamente realizados, e a formatação da legislação que regula o setor aéreo, serão os equilíbrios que surgem quando as empresas estão tentando maximizar seus lucros, os consumidores estão tentando maximizar seu bem-estar e os políticos estão tentando maximizar seus votos.

Ao longo do tempo, os processos sociais levam a rearranjos nos equilíbrios existentes. Ejan Mackaay ilustra este ponto com as chamadas “guerras urbanas” que se travaram na Holanda, em Amsterdã. Em fins dos anos 1970, aproximadamente 3000 invasores de residências desocupadas (e seus simpatizantes dentre o público em geral) entraram em choques com a polícia. Para Mackaay, explicações como “o clima dos novos tempos” e as altas taxas de desemprego até poderiam ter “alguma plausibilidade”, mas não tocariam no “coração do problema” porque “não esclarecem como indivíduos possam ter agido racionalmente, como de fato fizeram, e ainda assim chegarem a um desastre coletivo.”

A fonte desses choques, segundo Mackaay, estava na legislação sobre locações então vigente na Holanda. Tal legislação congelara os preços dos aluguéis e tornara os despejos de locatários inadimplentes extremamente lentos e complicados. Logo, os locadores que finalmente retomavam seus imóveis a deixá-los desocupados (além é claro de reduzirem novos investimentos na manutenção dos imóveis já existentes e na construção de novos imóveis para locação). Por conseguinte, naquela ocasião havia diversos imóveis desocupados na cidade de Amsterdã. Isso levou diversas pessoas a invadirem tais imóveis, uma prática que as cortes e tribunais holandeses estavam relutantes em impedir. Força policial foi finalmente usada após

algumas vitórias dos locadores nos tribunais, e no momento da desocupação pela polícia surgiram os choques. Nas palavras de Mackaay, este problema da legislação de aluguéis “explica o ‘clima’ que surgiu em Amsterdã naquele período. Cada passo neste processo é o resultado de escolhas transparentes e racionais dos agentes envolvidos no jogo. O desastre final [dos confrontos entre a polícia e os ocupantes] é um efeito perverso que a lei deveria buscar evitar”.⁵³ Parece-me que semelhanças com conflitos fundiários brasileiros são bem mais do que meras coincidências.⁵⁴

Incentivos

A idéia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências (sejam elas quais forem), e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis (as situações de equilíbrio), sugere que os indivíduos possam também responder a incentivos.

Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios.⁵⁵ Isso quer dizer que, na média, os consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Os produtores, por sua vez, irão geralmente seguir o caminho o oposto, e na média produzirão maior quantidade de um bem quando o preço de venda em mercado sobe, e menor quantidade quando o preço cai.⁵⁶ As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de

⁵³ MACKAAY, Ejan. *Schools: General in* Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0500 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com/>).

⁵⁴ Vide por exemplo BUCHMAN, Gabriel. *Determinantes do Mau Funcionamento do Mercado de Arrendamento de Terras no Brasil*. Prêmio IPEA Caixa, 2006. Tema: Distribuição de Renda e Inclusão Econômica e Social (sugerindo que o desenvolvimento “do mercado de arrendamento de terras [...] é comprovadamente relevante tanto para gerar uma eficiente alocação de recursos como fomentar um melhor acesso do pobres rurais à terra [...] Enquanto o mercado de arrendamento abrange 45% do total das terras agrícolas nos Estados Unidos e 25% na Europa, no Brasil esse número se resume a apenas 2,43%. Num contexto ideal de direitos de propriedades bem definidos, no qual os proprietários tivessem total segurança jurídica, e se o mercado de crédito e de seguros fosse perfeito, o mercado de arrendamento de terras cumpriria, então, uma função de realizar um matching perfeito entre terras inaproveitadas e trabalhadores rurais produtivos sem terra”).

⁵⁵ No entanto, Gary Becker sugere que o aumento de preço pode levar à redução da demanda mesmo quando os indivíduos não forem “racionais”. O ponto é tangencial à discussão deste texto e por isso não precisa ser tratado a fundo. Vide BECKER, Gary Becker. *An Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, pp. 151-158.

⁵⁶ Para tornar a explicação mais simples, deixei de lado o problema da intensidade da resposta dos consumidores e produtores às mudanças de preço, isto é, das elasticidades.

acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (devido, por exemplo, ao prazer de dirigir em alta velocidade ou ao menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

É importante notar também que incentivos legais podem gerar efeitos em direções opostas. Por exemplo: a eliminação do foro privilegiado para congressistas poderia causar alguma diminuição da corrupção (fruto de maior temor da sanção criminal), mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (fruto do maior temor da perseguição política). Isso quer dizer que a aplicação da Teoria dos Preços serve muito mais para apontar os *tradeoffs* (isto é, os custos e benefícios das possíveis escolhas) do que para indicar verdades absolutas. A visualização de *tradeoffs* torna o processo decisório mais transparente e, portanto, mais democrático.

Eficiência

O termo “eficiência” tem diversas acepções. Uma das mais comuns⁵⁷ diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Por exemplo, a produção de uma fábrica de automóveis será eficiente se não for possível produzir mais automóveis sem ter que também contratar mais funcionários, comprar novas máquinas, ou realizar novos investimentos. Mas é possível tornar a análise mais interessante, fugindo de exemplos óbvios como este. Suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes, que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto das vítimas dos acidentes). A seguir, suponha que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 0.1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhões ($0.1\% \times \$100 \text{ milhões} = \1

⁵⁷ Especialmente nas análises feitas desde a perspectiva da chamada “Economia do Bem-Estar”.

milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre.⁵⁸

O parágrafo anterior descreve a eficiência como a busca da otimização da relação entre *output* e *input*. Há, contudo, outras duas acepções do termo “eficiência” que aqui nos interessam: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.⁵⁹ Começemos pela eficiência Paretiana. Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto.⁶⁰

Dessa perspectiva, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua.⁶¹ Por isso, um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável.⁶² Afinal, em tese a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria ótima no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria este único detentor de bens em uma situação pior. Note que, pelo critério Paretiano, praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade, e isso é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de políticas públicas.

O ótimo de Pareto se completa com um outra noção, o chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”) mas prejudique

⁵⁸ Essa discussão tem reflexos importantes na seara jurídica. Uma de suas implicações é a de que as regras jurídicas disciplinando atividades perigosas – na verdade, as regras jurídicas de um modo geral – não são imperativos absolutos. A conveniência de cada regra está intimamente ligada à quantidade de recursos disponíveis, ao contexto cultural e grau de desenvolvimento de cada sociedade.

⁵⁹ Vide COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley, 4a. ed. pp. 16-17, e p. 48.

⁶⁰ É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando portanto indiferentes).

⁶¹ Aqui, a noção de melhora é subjetiva e diz respeito às preferências de cada indivíduo; ou seja, um indivíduo melhora quando ele prefere uma nova configuração, qualquer que seja ela.

⁶² Em uma dada estrutura podem coexistir diversos ótimos de Pareto.

outro grupo (os “perdedores”). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada (afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse toda a sociedade). A lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo.

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores *possam* compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas *ainda que haja perdedores*. Para ilustrar, considere este exemplo. A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra.

A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, como por exemplo (a) o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, “R\$1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico”) e (b) a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.

(C) Análise positiva, meios e fins

A pertinência entre meios jurídicos e fins normativos traz implicações para própria legitimidade do Direito. Como nota Richard Epstein, suponha que “alguém proponha uma certa

regra X que sob o argumento de que tal regra tenha determinadas propriedades normativas justas porque atinge os fins Y. Uma outra pessoa perguntará: ‘será que a regra vai atingir os fins pretendidos?’ As indagações sobre a conexão entre os meios e os fins parece uma empreitada intrinsecamente descritiva. Alguém poderia argumentar, por exemplo, que o propósito de regras de ‘responsabilidade pelo fato do produto’ é melhorar o bem-estar dos consumidores. Você pode aceitar essa proposição e entender que o objetivo normativo está correto. Mas há uma premissa subsidiária, fática, que deve ser estudada independentemente. Você deve propor a seguinte questão: ‘quando você olha para as regras existentes, elas atingem os seus objetivos declarados?’ Para responder a tais questões, você tem que apelar para algum ferramental descritivo, geralmente a microeconomia, para entender se os arranjos institucionais defendidos por este ou aquele grupo conduzirá às conseqüências prometidas. Se houver uma grande falha entre os meios e os fins, como é tão comum nos debates políticos, então é possível mostrar que os fins não são atingíveis pelos meios propostos, e com isso o debate normativo entra em curto-circuito”.⁶³

Para dar concretude aos argumentos, tomemos uma situação recente do contexto brasileiro como exemplo.⁶⁴ Em março de 2006, a Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE) apresentou Projeto de Lei nº 45/06, cuja intenção seria a de acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor - CDC um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. O intuito da medida seria, naturalmente, o de proteger os consumidores.⁶⁵

Mas a verdade é que, se o projeto for aprovado, dificilmente atenderá seus muito louváveis fins de proteger os consumidores, e o ferramental teórico da disciplina de Direito e

⁶³ EPSTEIN, Richard A. “Positive and Normative Elements in Legal Education”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 255, 1985, p. 257-258.

⁶⁴ Por este exemplo ilustrativo, agradecimentos ao Prof. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

⁶⁵ O argumento apresentado em defesa do projeto de lei era o de que a oferta de condições mais vantajosas para novos consumidores ensejaria uma presunção de que os termos do contrato anteriormente firmado com os consumidores antigos teriam se tornado excessivamente onerosos, justificando sua revisão em favor desses consumidores antigos.

Economia nos ajuda a entender o porquê. Se os consumidores antigos tivessem a possibilidade de exigir os benefícios concedidos em promoções destinadas a atrair novos clientes, tais promoções ficariam muito mais custosas para as empresas e, dessa forma, bem menos atrativas. Se este Projeto de Lei for aprovado, as empresas serão induzidas a competir de outras formas (por exemplo, realizando campanhas publicitárias) ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Tudo isso, naturalmente, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores.

A pertinência entre meios e fins normativos complementa o ideal de razão pública descrito por John Rawls em “O Liberalismo Político”.⁶⁶ O ideal da razão pública diz respeito às condições para o discurso político em uma democracia liberal. De acordo com Rawls, em uma democracia liberal os cidadãos devem oferecer as razões verdadeiras para as políticas públicas adotadas. Da mesma forma, a legislação deve atender aos propósitos a que se destina, para que se fortaleça a confiança pública, o debate democrático, e a própria legitimidade do Direito. Num certo sentido, é para isso que serve o Direito e Economia Positivo: para verificar a pertinência entre meios e fins normativos.

III. Direito e Economia Normativo

O desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável. Há, portanto, algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça. Mas até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça? Até que ponto o Direito, enquanto “ciência normativa”, deve integrar cálculos de custo e benefício? A questão é espinhosa e mesmo os autores identificados com o movimento de Direito e Economia divergem. De modo geral, creio que seja possível identificar três respostas distintas, conforme se entenda que a maximização de riqueza seja (a) fundação ética para o Direito, (b) um possível objetivo a ser perseguido, a partir de uma visão pragmática do Direito, ou (c) parte de um contexto amplo de estudo do moderno Estado de Bem-Estar, em que os institutos jurídicos são vistos como instrumentos integrantes de políticas públicas. À primeira versão daremos o nome de

⁶⁶ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2ª edição, 2000. É claro, também, que a pertinência entre meios e fins normativos complementa diversas outras boas teorias sobre o processo democrático, notadamente a teoria de “ação comunicativa” de Habermas.

“fundacional”, à segunda de “pragmática”, e à terceira, na falta de termo melhor, daremos o nome de “regulatória”.

A maximização de riqueza como fundação ética para o Direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970,⁶⁷ e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro cujo título é bastante sugestivo, “A Economia da Justiça” (*The Economics of Justice*).⁶⁸ Dizer-se que a tese de Posner causou polêmica seria dourar a pílula; a tese foi verdadeiramente explosiva, e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos.⁶⁹ É bem verdade que esta discussão passou quase despercebida no Brasil, e o porquê disso aqui não vem ao caso. O fato é que a crítica expôs uma série de deficiências da tese de Posner, levando-o a posteriormente rever seu posicionamento. Já no início dos anos 1990, Posner havia abandonado definitivamente a idéia de que a maximização de riqueza pudesse ser fundacional ao Direito.⁷⁰ Desde então, Posner publicou vasta obra atribuindo um papel mais discreto à maximização de riqueza e defendendo o pragmatismo jurídico. Assim, esta versão a que aqui denominamos de “fundacional” perdeu força, embora outros destacados autores – notadamente Louis Kaplow e Steven Shavell – insistam em defendê-la, ou pelo menos em defendê-la no contexto de uma democracia firmemente estabelecida como aquela dos Estados Unidos.⁷¹

A primeira subseção a seguir contém uma exposição resumida da visão fundacional da maximização de riqueza, enfocando também as principais críticas a ela endereçadas. A subseção seguinte expõe a posição madura de Posner, em que a defesa da maximização de

⁶⁷ Dentre tais artigos de Richard Posner destacam-se: “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n.1, 1979, pp. 103-140; “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, pp. 281-306; e “The Homeric Version of the Minimal State”. *Ethics*, v. 90, n.1, 1979, pp. 27-46.

⁶⁸ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

⁶⁹ Dentre estas críticas destacam-se: COLEMAN, Jules. “The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner’s ‘The Economics of Justice’”. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 5, 1982, pp. 1105-1131; DWORKIN, Ronald M. “Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 191-226; KRONMAN, Anthony T. “Wealth Maximization as a Normative Principle”. *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 227-242; e MICHELMAN, Frank I. “A Comment on ‘Some Uses and Abuses of Economics in Law’”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n.2, 1979, pp. 307-315.

⁷⁰ Literalmente: “tanto ao defender um papel significativo para a justiça corretiva quanto ao insistir na atribuição de um papel apenas limitado à maximização da riqueza, este livro altera alguns de meus pontos de vista anteriormente publicados”. POSNER, *supra* n. 44, p. 44.

⁷¹ Vide KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

riqueza tem papel bem mais discreto e insere-se em um contexto jusfilosófico mais amplo, o do pragmatismo jurídico. A terceira subseção examina a proposta da Escola de New Haven de Direito e Economia, enfocando pontos chave da obra do seu maior expoente, Guido Calabresi. Sem questionar os pressupostos metodológicos dos modelos microeconômicos de análise do Direito, Calabresi sustentou que a eficiência jamais poderia ser fundação ética do Direito, pois os sistemas jurídicos devem, em primeiro lugar, ser justos, e apenas em segundo lugar, devem contribuir para a maximização da riqueza e redução dos custos sociais.⁷² Calabresi colocou o problema da maximização de riqueza e da diminuição dos custos sociais em um contexto amplo de discussão dos meios e fins para a atuação do Estado Regulatório moderno, e suas reflexões são importantes para pautar uma proposta de agenda de pesquisa em Direito e Economia para o Brasil. Antes que se dê prosseguimento, é importante ressaltar que a divisão do Direito e Economia em “escolas” é justificável apenas de um ponto de vista histórico. Atualmente, a maior parte dos autores da disciplina seguem posições ecléticas, não mais sendo possível enquadrá-los nesta ou naquela categoria.

(A) Versão fundacional

A idéia central desta hipótese “fundacional” é a de que as instituições jurídico-políticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza. Dessa ótica, a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas é a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade.⁷³ Isto leva à noção de que a maximização de riqueza seja fundacional ao Direito, no sentido de que possa ser o critério ético que venha a distinguir regras justas de injustas.

Dessa perspectiva, a noção de “riqueza” tem um sentido específico; não se trata simplesmente do valor de mercado dos bens produzidos ou detidos pelas pessoas. A riqueza, a que Posner alude quando trata da “maximização da riqueza”, diz respeito à soma de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: os preços de

⁷² CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

⁷³ Daí a relação com o conceito de eficiência (e com o conceito de eficiência potencial de Pareto em particular) e com a teoria coaseana de redução dos custos sociais.

procura (quanto o indivíduo estaria disposto a pagar por bens que ainda não possui) e os preços de oferta (quanto o indivíduo precisaria receber para vender bens que já possui). Posner ilustra o ponto relatando uma negociação para a compra e venda de uma coleção de selos entre A e B.⁷⁴ Se A estivesse disposto a pagar até \$1000 pela coleção de selos de B, então a coleção vale \$1000 para A (afinal, A estaria indiferente entre ter a coleção de selos ou ter \$1000). Se B estivesse disposto a vender a coleção de selos por pelo menos \$900, então a coleção vale \$900 para B (porque B estaria indiferente entre ter a coleção de selos ou ter \$900). Assim, se B vender a coleção de selos para A por, digamos, \$1000, a riqueza da sociedade aumentará em \$100. Vejamos: antes da negociação, A tinha \$1000 em dinheiro e B tinha uma coleção de selos que valia \$900, representando uma riqueza total de \$1900. Após a venda dos selos, A tem uma coleção de selos que vale \$1000 para si, e B tem \$1000, e isso quer dizer que o valor total após a venda é de \$2000. Ou seja: com a venda desta coleção de selos, a riqueza da sociedade foi maximizada em \$100.⁷⁵

A venda dos selos deixou a sociedade mais rica no valor de \$100, e por isso esta compra e venda maximizou a riqueza da sociedade - independentemente dos efeitos sobre o PIB.⁷⁶ Isso quer dizer que a noção de maximização de riqueza é diferente da noção de maximização do PIB. Para entender como isto é possível, imagine que um indivíduo trabalhe quarenta horas por semana em uma empresa por um salário de \$1000. Então, ele decide mudar de emprego e vai trabalhar em outra empresa para ganhar salário inferior, de apenas \$500, porém trabalhando apenas trinta horas por semana. Ora, essas dez horas adicionais de lazer valem pelo menos \$500 para este indivíduo, ou então ele jamais teria trocado de emprego. Portanto, a mudança de emprego gera valor, ainda que o PIB caia (pode-se supor que o PIB cairá porque haverá um indivíduo produtivo que estará trabalhando menos). A seguir, suponha, para ilustrar numericamente, que essas dez horas adicionais de lazer valham \$600 para este mesmo indivíduo (isso quer dizer que se o emprego inicial pagasse pelo menos \$1100 pelas quarenta horas de trabalho, este indivíduo não teria mudado de emprego). Nesse caso, a mudança de emprego deixará o primeiro empregador mais pobre. Mas quanto ele ficará mais pobre? Em princípio, menos do que \$100, porque se fosse mais do que \$100, então este primeiro

⁷⁴ POSNER, *supra* n. 44, pp. 477-478.

⁷⁵ Note que esses exemplos fazem sentido desde que se considere que as interações econômicas não geram custos a terceiros (ou seja, que não haja externalidades).

⁷⁶ O PIB (Produto Interno Bruto) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado.

empregador teria proposto um salário de pelo menos \$1100.⁷⁷ Em suma, nas interações econômicas consensuais via mercado presume-se que algum valor seja criado justamente porque, de modo geral, as pessoas retêm a propriedade de seus bens porque cada um desses bens vale mais para seu proprietário do que seria possível obter com uma venda em mercado.

O Direito se relaciona com a criação de valor principalmente porque oferece o aparato institucional necessário para instrumentalizar os intercâmbios econômicos. O direito de propriedade encoraja investimentos produtivos e trocas em mercado; onde não há propriedade, não há mercado.⁷⁸ O direito contratual instrumentaliza a cooperação e combate o comportamento oportunista; a responsabilização civil reduz os custos sociais dos acidentes e outros intercâmbios não contratuais; o direito societário regula os “problemas de agência” que surgem na relação entre acionistas e administradores, entre acionistas e credores da companhia, e também entre os diversos acionistas uns com os outros; a Constituição oferece um ponto de partida para a organização social; etc. Em suma, em uma economia de mercado, as instituições jurídico-políticas se relacionam intimamente com a “mão invisível” do mercado a que aludiu Adam Smith.

Como dissemos, a noção de maximização de riqueza como fundação ética do Direito foi objeto de severas críticas. O primeiro grupo de críticas ressalta as limitações da própria análise econômica positiva, para concluir que, se a ciência econômica não consegue sequer prever com grande acuidade os comportamentos em mercados, fora deles, no campo jurídico, o seu desempenho há de ser ainda pior. Conseqüentemente, sugere-se que (a) freqüentemente as hipóteses da análise econômica do Direito não podem ser testadas porque geralmente não há dados disponíveis para os levantamentos empíricos que confirmariam tais hipóteses, ou os dados disponíveis não são confiáveis; (b) as hipóteses formuladas sobre se determinadas doutrinas jurídicas são conducentes à maximização de riqueza freqüentemente não são falsificáveis, pois levam em consideração modelos ideais de comportamento ao invés de dados empíricos; (c) por uma série de motivos (que vão desde a impossibilidade de mensuração de bem-estar agregado até a falta de familiaridade dos profissionais do direito com conceitos

⁷⁷ Para simplificar, este exemplo ilustrativo exclui os efeitos da tributação, dos subsídios, e também dos possíveis comportamentos estratégicos das partes.

⁷⁸ A quantidade de literatura dando robustez teórica a este ponto é colossal. Talvez a contribuição fundamental que modernamente orienta esta literatura esteja em DEMSETZ, Harold. “Some Aspects of Property Right”. *Journal of Law and Economics*, v.9, 1966, p. 61-70. Vide itens 1100 a 1500 da *Online encyclopedia of law and economics* (disponível em <http://encyclo.findlaw.com>).

econômicos),⁷⁹ a maximização da riqueza não é um bom critério operativo para a aplicação e interpretação do Direito, e portanto a análise econômica do Direito não tem sentido prático; e, finalmente, (d) os modelos microeconômicos são ahistóricos e por isso desconsideram as peculiaridades dos diversos sistemas culturais.⁸⁰

Um segundo grupo de críticas rejeita a confusão entre eficiência e justiça com base em argumentos puramente normativos. Tais críticas incluem os seguintes argumentos: (a) a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio (ou então, se for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e portanto não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito);⁸¹ (b) diversas liberdades (como a liberdade religiosa e a liberdade sexual) costumam ser defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor; (c) a maximização de riqueza ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade, e por isso é no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador; e (d) a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo, com o que teorias racistas ou xenófobas poderiam passar como moralmente aceitáveis (afinal, a escravização, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade).

É importante mencionar todas essas críticas para que o leitor tenha bem clara a enorme complexidade encerrada não só pela versão fundacional de que ora tratamos, mas também pela própria proposta interdisciplinar de Direito e Economia. De todo modo, a discussão de cada um desses pontos é um tema muito amplo que não pode ser tratado adequadamente neste trabalho. A minha proposta é a de manter a tensão gerada por esse grupo de críticas (para que a análise

⁷⁹ Note que parte dessas críticas vem dos próprios liberais norte-americanos. Vide por exemplo BUCHANAN, James. "Good Economics-Bad Law". *Virginia Law Review*, v. 60, 1974, p. 483-92 (defendendo a idéia de que os juízes não deveriam estar encarregados de decisões econômicas porque não possuem treinamento para tal, e que por isso caberia ao Judiciário apenas valer-se da tradição jurídica para proporcionar um ambiente institucional estável e previsível).

⁸⁰ ARIDA, Pêrsio. "A Pesquisa em Direito e Economia: em torno da historicidade da norma" in ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 60-73.

⁸¹ Conforme DWORKIN, Ronald M. "Is Wealth a Value?". *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 191-226.

em Direito e Economia não seja nem míope, nem fanática), ao mesmo tempo em que se preserva a possibilidade de que o ferramental analítico da Economia possa iluminar problemas não solucionados da perspectiva auto-referenciada do Direito. As versões pragmática e regulatória tratadas nas duas subseções seguintes representam, de certa forma, na busca de uma via mais moderada em Direito e Economia Normativo.

(B) Versão pragmática

Em “Problemas de Filosofia do Direito”,⁸² de 1990,⁸³ Posner expressamente abandonou sua defesa da maximização da riqueza como fundação ética do direito, e passou a defendê-la de modo bem mais limitado a partir de uma perspectiva pragmática. Posner observou que a teoria fundacional (por ele mesmo formulada) “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”.⁸⁴

Ao “converter-se” ao pragmatismo jurídico, Posner deu novos contornos à noção de que a eficiência possa útil ao Direito. Descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepôr aos demais valores da sociedade. Em seu lugar, colocou o problema da maximização de riqueza em um contexto mais amplo, o da jusfilosofia pragmática.

Mas afinal de contas, o que é pragmatismo jurídico? Não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner. De fato, o pragmatismo abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. Cornel West tentou encontrar um denominador comum e supôs ser o pragmatismo jurídico “um instrumentalismo orientado para o futuro que procura utilizar o pensar como uma arma para permitir ações mais efetivas”. Com isso, se rejeita tanto a visão conservadora de que “o que for

⁸² POSNER, *supra* n. 44.

⁸³ POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

⁸⁴ POSNER, *supra* n. 44, p. 503.

será o melhor” quanto a visão fatalista de que nenhuma consequência é intencional; do mesmo modo, tanto o ceticismo e o relativismo⁸⁵ (como posições filosóficas dogmáticas), quanto a metafísica são rejeitadas: a ênfase do Direito e Economia Normativo, em sua versão pragmática, está no prático, no consequencial e no empírico.⁸⁶

Da perspectiva pragmática, o Direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Posner rejeita a idéia de que o Direito esteja fundado em princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica.⁸⁷ Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências.⁸⁸ Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.⁸⁹

O Posner pragmático, portanto, reconheceu que, por mais que se tente justificar a defesa das liberdades individuais com base em critérios de eficiência (por exemplo, sustentando que no longo prazo o Estado Democrático de Direito promove o desenvolvimento econômico e as liberdades individuais), haverá casos em que a repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, religiosas ou sexuais, etc. terá que ser feitas em

⁸⁵ O cético crê que os objetos não existem além da nossa percepção; o relativista duvida da idéia de que certas proposições sejam mais corretas do que outras.

⁸⁶ “Dizer que alguém é pragmático é dizer pouco. A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a “metafísica” – vê com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas” em qualquer campo da pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado.” POSNER, *supra* n. 44, p. 40.

⁸⁷ Afasta-se, portanto, do racionalismo platônico segundo o qual a verdade sobre argumentos metafísicos e éticos pode ser alcançada através de métodos puramente analíticos. O pragmatismo jurídico é antitético ao conceitualismo, e é uma forma de meio-termo entre o formalismo jurídico e o realismo jurídico.

⁸⁸ A visão pragmática é, portanto, antitética ao formalismo jurídico, assim entendido como a noção de que questões jurídicas possam ser respondidas exclusivamente através da investigação entre conceitos derivados de princípios e regras e com um exame meramente superficial da relação entre o Direito e o mundo dos fatos; daí o convite à pesquisa empírica.

⁸⁹ Ao longo dos últimos dois milênios, reflete Posner, a Filosofia do Direito foi dominada por duas posições rivais. A primeira, objetivista, no sentido de que é possível obter uma resposta correta até mesmo para as mais difíceis questões jurídicas. A segunda, subjetivista, no sentido de que questões difíceis podem ser corretamente respondidas de várias formas, com o que os poderes dos juízes são fundamentalmente arbitrários. Posner utiliza-se do pragmatismo jurídico para encontrar um caminho intermediário, rejeitando tanto o objetivismo (por ser excessivamente metafísico e indemonstrável) e o subjetivismo (por ser niilista). Vide POSNER, *supra* n. 44.

bases outras que não a eficiência. Nas palavras de Posner, “em algum momento mesmo o indivíduo fortemente comprometido com a análise econômica do direito terá que tomar uma posição em questões de filosofia política e de filosofia moral”, para concluir que “eu me posiciono com John Stuart Mill em *Da Liberdade* (1859)”.⁹⁰

A meu ver, a tomada de posição liberal clássica perpassa a obra de grande parte dos jus e economistas⁹¹ modernos. Mercados competitivos são, naturalmente, ambientes em que os indivíduos atuam com vistas a satisfazer seus próprios interesses através da conjugação das forças de oferta e procura, e onde (pelo menos teoricamente) podem maximizar seu bem-estar e riqueza através dos processos de intercâmbios e “decisões marginais”. A instrumentalização deste processo passa pelo alargamento da esfera de privacidade do indivíduo, pela garantia ao direito de propriedade e pela proteção à autonomia de contratar. Daí porque o liberalismo clássico – levando o Direito e Economia Normativo a reboque – seja frequentemente associado com o conservadorismo político.

Mas a associação que frequentemente se faz entre Direito e Economia Normativo e conservadorismo político é incorreta. O pensamento conservador se manifesta na teoria jurídica moderna principalmente em conjunção com versões platônicas, tradicionalistas e teológicas do pensamento Iluminista. O viés conservador não raro conjuga visões científicas com um sentido de estabilidade por trás do caos das impressões sensoriais. Da ótica pragmática, o Direito e Economia Normativo põe-se frontalmente contra esta visão. Primeiro lugar, porque rejeita duas noções caras aos conservadores, a saber, a noção de que possa existir um ordenamento normativo completo, coerente e livre de contradições e lacunas, e também a noção de que a atividade do profissional do Direito se restrinja à pura interpretação declarativa ou mecânica da norma. Segundo, porque complementa a noção de norma como comando com a noção de norma como incentivo.⁹²

Seja como for, a visão pragmática não determina que os juízes devam necessariamente ter papel ativo na formulação de novas regras jurídicas, muito menos que os juízes devam

⁹⁰ POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, p. 23.

⁹¹ O termo juseconomista é tradução ao português de “legal economist”.

⁹² Além disso, a epistemologia do Direito e Economia Normativo é completamente distinta da epistemologia do liberalismo clássico. É que a natureza pragmática do Direito e Economia Normativo pode complementar projetos vindos de qualquer ponto do espectro político. Da esquerda e da direita; liberais ou totalitárias. E é por tal motivo que o Direito e Economia não esgota o debate existente nas esferas da Filosofia Política e da Filosofia Moral.

ignorar os textos legais e precedentes judiciais. Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte Norte Americana do começo do século XX, e um importante pragmatista, já sustentava que os juízes não são livres para substituir as idéias da comunidade pelas suas próprias.⁹³ Posner vai além, e observa que há boas razões (tanto de natureza epistemológica quanto práticas) pelas quais os juízes, burocratas e demais profissionais do Direito devem atuar de acordo com os valores da tradição jurídica. Ou seja: um pragmatista poderá, inclusive, concluir no sentido de que os juízes devam atuar com grande formalismo, ou até mesmo da forma mais formalista possível! A diferença está em reconhecer que o dever de se ater à tradição jurídica, ou mesmo o dever de ser formalista (ou até de ser extremamente formalista) não seria nem obrigação moral, nem uma característica imanente ao Estado de Direito ou ao Direito; seria uma opção pragmática.

Assim, desde esta ótica pragmática, o Direito e Economia Normativo acabará por postular que, ao interpretar e aplicar a lei, o Juiz de Direito deva sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito continuará sendo uma arte; não uma ciência.

(C) Versão regulatória

Do argumento de que há uma relação importante entre justiça e eficiência há ainda uma terceira versão. Trata-se de enxergar no Direito uma fonte de regulação de atividades, e portanto de concretização de políticas públicas. Esta visão está identificada com a Escola de Direito e Economia de New Haven, e tem em Guido Calabresi sua figura mais importante. Na síntese de Susan Rose-Ackerman, o Direito e Economia serviria para (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas

⁹³ Para Cardozo, os parâmetros dos juízes devem ser objetivos. Porém, objetividade no sentido pragmático não é correspondência com a realidade nem aquilo que o juiz acha certo, mas sim o que o juiz possa razoavelmente acreditar que outro homem de inteligência e consciência normais iria razoavelmente imaginar ser o certo. POSNER, *supra* n. 90.

públicas.⁹⁴ Dessa ótica (e disso o pragmático Posner não discordaria) a análise econômica desempenha um papel importante, embora limitado, no discurso jurídico, e a eficiência não é pedra de toque para a aferição do justo jurídico.

No clássico de Calabresi, “O Custo dos Acidentes: Uma Análise Jurídica e Econômica”, de 1970, é possível encontrar diversos pontos que ilustram bem a discussão sobre eficiência e justiça desde esta ótica “regulatória”. Tomemos a discussão a respeito dos custos de preservação de vidas humanas. Calabresi nota que nem mesmo as sociedades ocidentais modernas e desenvolvidas estão comprometidas com a noção de que a vida deva ser preservada a *qualquer* custo. Há muitas atividades (na verdade, a maioria delas) que, ao menos estatisticamente, certamente causarão a perda de vidas. Segundo Calabresi, “nós construímos um túnel sob o Mont Blanc porque isso é essencial para o mercado comum europeu e diminuí o tempo de viagem de Roma a Paris, ainda que saibamos que aproximadamente um homem por quilômetro construído de túnel morrerá.”⁹⁵ A noção de que não estamos – nem deveríamos estar – dispostos a preservar vidas a qualquer custo é tão perturbadora quanto realista. Aliás, deveria ser óbvio que a sociedade não está disposta a preservar a vida a qualquer custo: a simples contratação de um policial que enfrenta o crime diariamente sugere que a sociedade está disposta a sacrificar algumas vidas (porque é certo que alguns policiais morrerão) para atingir alguma forma de paz social (e no limite, para evitar um número ainda maior de mortes que ocorreriam caso não houvesse policiais).

Mas será que, sendo baixo o custo em vidas para a construção do túnel sob o Mont Blanc, a sociedade deve desde logo considerar justa a autorização de sua construção? Ou, em termos mais amplos: será que tudo que é eficiente é também justo? Calabresi desde sempre defendeu que a resposta seria um sonoro “não”. Aquilo que é eficiente pode ser injusto. Calabresi nota que “nós tomamos aviões e carros ao invés de outros meios de transporte mais seguros e lentos. E talvez mais notavelmente, nós usamos equipamentos relativamente seguros ao invés do equipamento mais seguro imaginável porque – e não se trata de um mau motivo – o

⁹⁴ ROSEACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy?*, 1989, apud MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79.

⁹⁵ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17-18.

mais seguro de todos custa muito caro”.⁹⁶ Contudo, “decisões que sopesem vidas humanas contra custos e conveniência não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que a solução via mercado não é jamais a única a ser utilizada”.⁹⁷ Assim, por exemplo, “a discussão sobre a legalização da prostituição não se limita ao cálculo dos seus custos e benefícios” porque “grandes dilemas morais se prestam à determinação política e devem ser decididos através dos sistemas políticos adotados pela sociedade”.⁹⁸

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou é congregar a ética conseqüencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum.⁹⁹

Antes que se passe às conclusões deste trabalho, convém mencionar uma contribuição importante que esta veia “regulatória” do Direito e Economia Normativo claramente aponta ao estudioso do Direito. Trata-se de entender que sempre que um caso não pode ser decidido por meio de subsunção imediata dos fatos à lei, a tarefa do juiz é inescapavelmente normatizante, e os efeitos dessas normatização vão além das partes envolvidas no caso *sub judice*. Quando o espaço de indeterminação das normas é amplo - e situações como essas são muito freqüentes - os juízes não se limitam mais a aplicar normas gerais a casos concretos. Por exemplo: O STF (Supremo Tribunal Federal) estabeleceu que é obrigatório o oferecimento de vagas nas escolas

⁹⁶ *Id.*, p. 18.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁹ Embora Calabresi não se tenha declarado um pragmático, a verdade é que a Escola de Direito e Economia de New Haven diferencia-se do pragmatismo posneriano muito mais em função de sua agenda política (Posner e a Escola de Chicago mas à direita, e Calabresi e a Escola de New Haven mais a esquerda) do que de seu substrato teórico.

públicas em número suficiente para atender às crianças em idade escolar;¹⁰⁰ discutiu demandas para o fornecimento pelo Estado de remédios e tratamentos médicos caros¹⁰¹; e opinou sobre a possibilidade de intervenção federal em virtude do não pagamento de precatórios¹⁰². Para corretamente enfrentar situações como essas, os magistrados precisam pensar também como legisladores, pois sua atividade é também política. O velho esquema de subsunção (aplicação de normas gerais e abstratas a casos concretos) precisa ser revisitado, pois pode não resolver adequadamente os problemas. Isso é particularmente verdadeiro quando há normas abertas e programáticas, como é tão comum no ordenamento brasileiro. Em casos difíceis e com muitas susceptibilidades políticas, econômicas e sociais, integrar as conseqüências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas.

IV. Conclusão

Neste texto, busquei mostrar os contornos teóricos da disciplina de Direito e Economia, enfocando a distinção entre sua dimensão positiva e normativa. Essa distinção é fundamental para que se possa entender o projeto acadêmico da disciplina, porque (como sugeriu David Hume¹⁰³) compreender o mundo, e torná-lo melhor, são coisas diferentes. Segundo Posner, trata-se de “uma distinção que os advogados têm dificuldade em compreender porque são ‘normativos inveterados’”. Ainda segundo Posner, esta seria uma fonte de confusão porque “muitas das críticas que são propriamente dirigidas à análise normativa não são aplicáveis à análise positiva.”¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vide RE 436.996-AgR, o RE 463.210-AgR e o RE-AgR 410715.

¹⁰¹ Vide RE 393.175, RE 242.859, RE 267.612, RE 195.192, RE 256327 e o RE-AgR 268479.

¹⁰² Vide IF-AgR-ED 1012/SP, IF-AgR 2117 / DF, IF-AgR 506 / SP, IF-AgR 2081, IF-AgR 2663 / RS, IF-AgR 3124, IF-AgR 4174, IF 298 / SP.

¹⁰³ Escrevendo no século XVIII, Hume notou que muitos autores trazem argumentos sobre o que “*deve ser*” com base em afirmações sobre o que “*é*”. Isso lhe parecia, desde um ponto de vista lógico, inconcebível (HUME, David, *Tratado da natureza humana : Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Deborah Danowski, trad. São Paulo: Imprensa Oficial: UNESP, 2001, livro III, parte I, seção I). Uma discussão polêmica e interessante sobre os limites da possibilidade de se derivar proposições de valor (do tipo “*deve ser*”) a partir de proposições descritivas (do tipo “*ser*”) pode ser encontrada em SEARLE, John R. *How to Derive “Ought” From “Is”*. *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 1. (Jan., 1964), pp. 43-58.

¹⁰⁴ POSNER, Richard A. “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2., 1979, p. 285.

A introdução da disciplina de Direito e Economia em diversos cursos de graduação e pós-graduação em direito no Brasil convida à reflexão sobre o projeto acadêmico (inclusive a agenda de pesquisa) que a disciplina de Direito e Economia pode propor ao país. Há pelo menos dois problemas centrais em *qualquer* tentativa de introdução de matéria interdisciplinar na academia. O primeiro é o de que os movimentos interdisciplinares podem ser tomados por uma certa idéia de grandeza, um torpor que surge da ilusão de terem as respostas definitivas para uma enorme gama de problemas. No afã de conquistarem seu espaço na academia – e na política – tais movimentos superestimam suas potenciais contribuições e subestimam seus limites. O segundo problema é que a interdisciplinariedade é complexa, e seu estudo requer um grau de profundidade que nem sempre se pode atingir nas salas de aula. As tentativas de introdução do estudo interdisciplinar – de qualquer estudo interdisciplinar – nos cursos de Direito são freqüentemente feitas sem o nível sofisticação (ou de cuidado) necessário, e assim corre-se o risco de lecionar versões excessivamente limitadas (ou mesmo grotescas, do tipo “receita de bolo”), obscurecendo a real utilidade do estudo.

Reitere-se: esses dois problemas são, a meu ver, comuns a toda tentativa interdisciplinar; não apenas ao Direito e Economia. É por isso que a interdisciplinariedade às vezes anda próxima do charlatanismo intelectual.

Discutindo o papel da academia jurídica no estudo da relação entre Direito e desenvolvimento, José Rodrigo Rodriguez traz a seguinte reflexão: “É nosso papel intelectual, de juristas e economistas, buscar fórmulas mágicas capazes de resolver os problemas de forma simples e barata? A resposta a esta pergunta é um sonoro ‘sim’. Se, contra todas as evidências, alguém conseguir encontrar uma fórmula dessas, certamente receberá o aplauso de todos. Mas, diante da dificuldade em se obter algo assim, arrisco dizer que é dever na Academia evitar apresentar seus conhecimentos como se fossem fórmulas mágicas. A menos que estejamos, de fato, na posse de uma poção mágica, é preciso evitar vender refrigerante de guaraná como se fosse tal.”¹⁰⁵ A “receita de bolo” de Rodriguez é talvez a única plenamente aceitável, desde que se tenha em conta que a rejeição de fórmulas mágicas é tão importante quanto a rejeição do imobilismo intelectual, da mesmice e da falta de imaginação.

¹⁰⁵ José Rodrigo Rodriguez, Direito e Desenvolvimento com David Trubek, texto não publicado apresentado em conferência realizada na Direito GV, em São Paulo, no dia 6 de junho 2007.

Qual seria, então, o projeto acadêmico da disciplina de Direito e Economia? A meu ver, deve ser essencialmente o de (a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos.

Este esforço pode se dar a partir das seguintes perspectivas:

(a) *Análise institucional comparativa*. A noção de que o sistema jurídico possa ser um sistema de prêmios e punições conduz o estudioso a comparar os incentivos postos pelas diversas possíveis configurações que se pode dar aos institutos jurídicos. Para retomar um exemplo já mencionado: até que ponto a eliminação do foro privilegiado para congressistas de fato causaria diminuição da corrupção? E até que ponto causaria diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas? Pesquisas semelhantes podem ser empreendidas nos mais diversos campos do direito: da restrição ao porte de armas, ao tabelamento de juros em contratos.

(b) *Funcionalidade, efeitos de segunda ordem e efeitos “bumerangue”*. Para se analisar as repercussões da lei, é preciso olhar para além das conseqüências para um único indivíduo. Deve-se ter em conta as reações sistêmicas de um grupo ou classe de indivíduos para uma determinada regras jurídica (os chamados efeitos de segunda ordem das regras jurídicas). Por exemplo: uma regra jurídica que facilite a quebra de contratos de locação por locatários de baixa renda pode favorecer um locatário individualmente tomado em uma determinada disputa judicial contra seu locador (*efeito de primeira ordem*); mas a regra consubstanciada por tal corrente jurisprudencial irá também induzir os demais locadores a aumentarem o valor dos aluguéis cobrados de outros locatários de baixa renda para fazer frente ao maior risco de quebra de contrato, o que pode prejudicar toda uma classe de locatários (*efeito de segunda ordem*). De outro lado, a regulação de preços dos aluguéis estabelecendo tetos poderá privilegiar os

locatários com aluguéis já em curso com contratos assinados (*efeito de primeira ordem*), mas provavelmente fará com que outros locadores diminuam a oferta de imóveis para locações futuras, causando falta de moradias (*efeito de segunda ordem*).¹⁰⁶

(c) *Empiria*. A premissa de maximização racional ajuda na formulação de hipóteses, mas é importante tentar confirmar tais hipóteses. Neste ponto, a empiria tem papel chave, e enlace com pesquisadores de outras áreas enriquece o trabalho.¹⁰⁷ O teste último de uma proposição de inspiração econômica é sua verificação empírica sobre o bem-estar das pessoas, e não sua elegância ou lógica interna. A evidência empírica pode ser utilizada tanto como ponto de partida (indicando a situação de equilíbrio, de onde se infere as preferências dos agentes) quanto como ponto de chegada (quando se parte de um modelo para depois contrastá-lo com a realidade). Do trabalho empírico, deve-se buscar extrair os componentes sistemáticos (que sugiram causa e conseqüência), separando-os dos componentes randômicos. As generalizações podem ser úteis ainda que sejam capazes de explicar somente uma parte do comportamento observado.¹⁰⁸

(d) *Interface com outras ciências sociais*. A premissa de maximização racional pode ser um instrumento útil à pesquisa porque ajuda o observador a formular hipóteses. Essa premissa faz sentido porque a busca do bem-estar é uma regularidade do comportamento humano. Mas tal premissa não é um axioma; pode, e deve, ser contestada em nos casos concretos. Há aqui pelo menos dois problemas importantes. Em primeiro lugar, os indivíduos nem sempre são racionais, como evidenciado pelo consumo de drogas pesadas por pessoas saudáveis, pela excessiva aversão a determinados riscos (tais como as fobias – e.g. medo de avião ou medo de altura), e talvez até pelos comportamentos de “manada” nos mercados financeiros. Em segundo lugar, as preferências dos indivíduos têm sempre um contexto cultural, político, social, antropológico, histórico, psicológico e (por que não?) até filosófico. Como notado por Sunstein,

¹⁰⁶ Um outro exemplo interessante (e freqüentemente ignorado): se a aplicação da legislação falimentar for excessivamente indulgente, as empresas tenderão a tomar riscos excessivamente altos; os credores poderão demandar juros mais altos, ou recusarem-se a emprestar; e os padrões de investimento na economia podem alterar-se radicalmente.

¹⁰⁷ Aliás, alguns dos mais interessantes estudos em Direito e Economia refletem a tensão entre as predições de modelos rigorosos criados a partir da Teoria dos Preços e análise do comportamento das firmas, tribunais e legisladores com dados empíricos.

¹⁰⁸ Esta idéia tem origem nas ciências sociais e na metodologia das regressões em particular (KITCH, Edmund W. “The Intellectual Foundations of ‘Law and Economics’”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 187.

“as pessoas não andam por aí com cardápios nas suas cabeças”.¹⁰⁹ As decisões devem ser sempre tomadas em seu contexto específico, e isso quer dizer, dentre outras coisas, que a empiria em Direito e Economia é enriquecida quando se leva em consideração as contribuições de outras ciências.¹¹⁰

(e) *Falhas de mercado e falhas de governo.* A existência de falhas de mercado é a justificativa clássica para a regulação de atividades pelo Estado. Demonstrar a existência de falhas de mercado é um exercício intelectual muito interessante; tão interessante, quanto incompleto. As falhas de mercado geralmente coexistem com falhas de regulação. A questão não é tanto se o mercado falha, mas sim se a regulação falhará menos. As posições ideológicas contra e favor da regulação pelo Estado devem ser substituídas por um exercício comparativo que discuta a viabilidade e eficácia dos diversos possíveis arranjos institucionais (tanto aqueles que se apóiam em soluções de mercado quanto aqueles que se apóiam em soluções de Estado). Tomemos como exemplo o problema da poluição do ar. Como o governo pode resolver o problema? Uma alternativa é regular as atividades poluentes (por exemplo, limitando as emissões de gases tóxicos). Outra alternativa é tributar mais pesadamente os produtos tóxicos (com os chamados impostos “pigouvianos”). Uma terceira alternativa é criar direitos de propriedade sobre unidades de poluição (os chamados créditos de carbono). Qual a melhor alternativa? A verdade é que não há como determinar aprioristicamente (isto é, dedutivamente a partir de princípios gerais) a modalidade institucional que resolverá de maneira eficiente os conflitos que surgem em intercâmbios econômicos. A resposta deve, portanto, levar em consideração os prováveis resultados e custos de cada opção.

(f) *Estudos comparados.* Importantes diferenças na estrutura das instituições jurídicas podem surgir como consequência das diferenças de custo em cada sociedade e período histórico. O estudo comparado é particularmente proveitoso quando não é meramente descritivo, mas procura fornecer uma teoria fora da dogmática jurídica que explique o porquê das variações encontradas. Como comenta Michelman, o estudioso só consegue entender sua

¹⁰⁹ SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 1.

¹¹⁰ ELLICKSON, Robert C. “Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics”. *Chicago Kent Law Review*, v. 65, 1989, p. 23-57.

cultura e sua posição intelectual imaginando possibilidades alternativas.¹¹¹ Isso tudo ressalta a importância da História do Direito e do estudo em Direito comparado.

(g) *Teoria jurídica*. O movimento de Direito e Economia aponta para uma série de questões importantes no nível da teoria jurídica, muitas das quais estão implícitas ao longo deste texto.¹¹² Duas idéias chamam a atenção: (i) a de que um sistema que se proponha Kantiano (isto é, principiológico) necessita de alguma forma de permuta entre princípios de justiça, com o que a análise custo-benefício se torna inafastável; e (ii) o formalismo jurídico não deve ser estendido a ponto de separar o Direito do mundo real dos fatos.

(h) *Filosofia do Direito*. Qualquer que seja o tipo de análise feita em Direito e Economia, ela sempre ensejará problemas teóricos na esfera da Filosofia. Até mesmo a mais extrema redução do Direito à Economia ainda ensejaria toda uma série de problemas filosóficos, que surgiriam dos próprios postulados e inferências basilares da ciência econômica. Mas é na seara do Direito e Economia Normativo que surgem as questões filosóficas mais instigantes. Como nota o argentino Horacio Spector, o Direito e Economia Normativo é, por definição, uma forma de ética pública, porque de alguma forma diz respeito à justificação moral de ações tomadas no domínio público, ou de instituições sociais ou políticas. A justificativa de uma decisão afeta outras pessoas e é, por isso, inevitavelmente ética. Isso significa que, no final das contas, a Filosofia sempre terá um espaço importante no debate jurídico, qualquer que seja o enquadramento deste debate.

Acredito que a disciplina de Direito e Economia possa apontar novos caminhos para pesquisa em Direito no Brasil, aumentar a transparência do trato das instituições jurídico-políticas e contribuir para o aperfeiçoamento democrático. Hoje, a pesquisa em Direito e

¹¹¹ MICHELMAN, Frank I. "Reflection on Professional Education, Legal Scholarship, and Law and Economics Movement". *Journal of Legal Education*, v.33, 1983, p. 202 (apontando, ainda, para o fato de que nem toda pesquisa deve centrar-se nos custos: "Se tudo sobre o que você pensar em procurar em outras culturas for a correlação entre variações de 'condições de custos' e a 'estrutura das instituições jurídicas', você perde a possibilidade de reconhecer uma cultura em que uma das 'condições' principais [...] não tenha a forma de uma 'commodity' permutável na forma de 'custo'.")

¹¹² Aliás, não é preciso declarar-se "pragmático" para levar conseqüências a sério (e aqui, refiro-me não apenas às conseqüências para indivíduos, como também às conseqüências para classes de indivíduos). Basta ver que a teoria jurídica tradicionalmente aceita no Brasil contempla esquemas interpretativos como a interpretação finalística, teleológica, e sistemática, que em boa parte dos casos permite que se leve conseqüências a sério.

Economia convida a uma reflexão abrangente de inserção dos institutos jurídicos em contextos amplos de políticas públicas, e também à pesquisa interdisciplinar.

Em países em desenvolvimento como o Brasil o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, e a redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza. O estudo dos incentivos postos pelos institutos jurídicos faz parte deste esforço, e os estudiosos do Direito podem e devem tomar parte neste processo.