

A Análise Econômica do Direito como método e disciplina.

Fabiano Teodoro de Rezende Lara

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito (UFMG). Bacharel em Comunicação Social (PUC-MG).

fabianolara@estadao.com.br

RESUMO: A Análise Econômica do Direito, como método e disciplina, desenvolve-se a partir de 1960, com os estudos de Ronald Coase. Para Coase, enquanto a delimitação de direitos é um prelúdio essencial das transações de mercado, o resultado final é independente daquele arranjo inicial. A Análise Econômica do Direito desvincula o exame do Direito das bases morais, da investigação da culpa, preocupando-se mais com o arranjo final das decisões tomadas do que com a engenharia do fato causador. O Direito teria a função de assegurar o equilíbrio de mercado, de corrigir os desequilíbrios ou de simular condições de mercado, conforme o contexto de sua aplicação. Não há incompatibilidade do método da Análise Econômica do Direito com seu objeto. O método é adequado para a discussão do Direito em bases objetivas, com a formulação de proposições objetivamente verificáveis.

Palavras chave: Análise econômica do Direito – Metodologia jurídica – Eficiência econômica.

ABSTRACT: Economic Analysis of Law, as a method and discipline, gained prominence during the 1960's with Ronald Coases's pioneering studies. According to Coase, while the delimitation of rights is an essential prelude to market transactions, the ultimate result is independent of the legal decision. Economic Analysis of Law disentails the study of Law from the moral basis, from investigation of guilt, searching for the optimum result of the decisions. The Law should guarantee market equilibrium, correct market unbalances or simulate market conditions, depending on the application context. There are no incompatibilities between the Economic Analysis of Law method and its object. The method is adequate to give an objective basis for legal discussion, making it possible to formulate assumptions that are objectively verifiable.

Keywords: Economic Analysis of Law – Methodology in Law – Economic efficiency.

1 Introdução

A Análise Econômica do Direito, como método e disciplina, pode ter seu surgimento identificado em meados do século XX, com os estudos de Ronald Coase, sendo apontado como marco inicial o artigo “*The Problem of Social Cost*”, em 1960. Ao tratar de um tema especificamente econômico, que é o custo social, elabora um pressuposto teórico que será chamado de “Teorema de Coase”.

É importante, para a compreensão da Análise Econômica do Direito, o entendimento do pensamento de Coase manifestado naquele artigo. Por intermédio da análise econômica, Coase conclui pela irrelevância da atribuição inicial de direitos em um sistema em que não existam custos de transação¹, devendo o Direito servir apenas como forma de organização eficiente da economia na realidade em que os custos de transação existem. Conforme João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Coase coloca em evidência a instrumentalização do sistema jurídico para alcançar a atribuição e distribuição dos recursos econômicos, funcionando, destarte, o direito como um mercado simulado, em que a lógica do direito deverá impregnar-se da lógica própria do mercado (FONSECA, 1997, p. 6-7).

É fundamental entender não apenas a síntese do pensamento de Coase naquele artigo, mas também a sua estrutura.

2 O pensamento de Coase em “*The problem of Social Cost*”

Coase (1960, p. 1-44), inicialmente, manifesta sua preocupação com as ações de empresas que causam prejuízos a terceiros com um exame crítico das estratégias econômicas então tradicionais, como a de Pigou, de solução desses tipos de problemas. Na verdade, Coase propõe uma inversão paradigmática na abordagem do fenômeno jurídico-econômico. Aponta que a análise tradicionalmente empreendida tende a obscurecer a natureza da decisão que se deve tomar, porque investiga o fato

¹ No texto, usamos o termo transação no lugar de negociação, porque o termo negociação poderia remeter a ato de vontade. O termo transação corresponde à transferência de valor, ou seja, um deslocamento jurídico do bem, que também pode ocorrer por ato de vontade, mas que não tem o ato de vontade como elemento essencial. Custos de transação são aqueles decorrentes do deslocamento jurídico do bem.

causador da lesão. Coase entende que, em última análise, os prejuízos são sempre de natureza recíproca, afirmando que a solução deve ser a que provoque o menor prejuízo. Seria irrelevante a investigação das causas.

Para esclarecer seu raciocínio, Coase cria um modelo teórico de preços em que exista a responsabilidade civil pela reparação dos danos, ou seja, em que o causador do dano seja obrigado a reparar o dano causado, e que o sistema de preços funcione perfeitamente.

Coase usa como exemplo o caso em que o gado errante destrói plantações em terras vizinhas. De forma simplificada, propõe um exemplo aritmético em que define como custo de construção da cerca a quantia de \$9 e como preço da plantação \$1 por tonelada. Estabelece, ainda, uma relação entre o número de cabeças de gado e a perda anual de plantação, conforme a seguinte tabela, constante de seu artigo:

Tabela 1 - Modelo de Coase

Número em Rebanho (em cabeças de gado)	Perda Anual de Plantação (em toneladas)	Perda Adicional de Plantação por Cabeça de Gado (em toneladas)
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

Fonte: Coase, 1988, p. 97.

Se o rebanho do pecuarista for de uma cabeça de gado, a perda anual do agricultor será de uma tonelada de seu produto. Se o rebanho for de duas cabeças de gado, a perda anual do agricultor será de três toneladas, aumentando-se duas toneladas de perda, portanto, em função daquela cabeça de gado adicionada. Se o rebanho for de três cabeças de gado, a perda anual do agricultor será de seis toneladas, havendo perda adicional de três toneladas. Se o rebanho for de quatro cabeças de gado, a perda anual do agricultor será de 10 toneladas, havendo perda adicional de quatro toneladas devido à inserção daquela quarta cabeça de gado no rebanho².

Desenvolvendo seu raciocínio, Coase conclui que, sendo \$9 o custo anual da cerca, e não

² O modelo de Coase pressupõe prejuízos crescentes na escala. Poderíamos substituir, por exemplo, por efeitos da poluição do ar. O lançamento na atmosfera de duas toneladas de enxofre por dia durante uma semana é capaz de produzir mais prejuízo que o lançamento da mesma quantidade total de enxofre em doses de quarenta quilos por dia durante um ano.

havendo outros meios mais baratos de impedir a destruição da plantação, o pecuarista que pretende ter um rebanho com quatro cabeças ou mais pagaria pela construção e manutenção da cerca. Afirma, ainda, que seria mais barato para o pecuarista não construir a cerca e reparar os prejuízos causados se tivesse três ou menos cabeças de gado.

Sofisticando o exemplo inicial, Coase atribui à plantação o valor de \$12, considerando \$10 o custo incorrido pelo agricultor, o que significa que a plantação geraria o lucro líquido de \$2. Se houver danos à plantação no valor de \$1, os \$11 obtidos na venda da plantação acrescidos de \$1 obtido de indenização pelo pecuarista seriam capazes de gerar o lucro líquido de \$2.

Mas, prossegue Coase, supondo que o pecuarista entenda ser lucrativo o aumento de seu rebanho, mesmo que os danos passem a \$3, mantido o lucro líquido de \$2 do agricultor, ele estaria melhor se o agricultor concordasse em não cultivar suas terras por qualquer quantia inferior a \$3. E o agricultor concordaria em não cultivar por qualquer valor superior a \$2, que é o lucro que obteria com a plantação. Havendo espaço para negociação racional, o resultado seria o abandono da plantação.

Em seguida, para demonstrar a irrelevância da norma que impõe a responsabilidade civil, Coase propõe um sistema de preços em que não exista responsabilidade civil pelos danos.

Retornando ao mesmo caso do agricultor e do pecuarista, supõe que o rebanho do pecuarista é de três cabeças. Inexistindo responsabilidade civil do pecuarista, o agricultor pagaria até \$3 para que se reduzisse o rebanho de três para duas cabeças, porque este é o valor de seu prejuízo adicionado pela terceira cabeça de gado. O agricultor pagaria até \$5 para que o pecuarista reduzisse o rebanho de três para uma cabeça de gado, e até \$6 para que se abandonasse a criação de gado. Então, \$3 é o custo de manter a terceira cabeça de gado.

Ora, o resultado final não é afetado se \$3 é o pagamento que o pecuarista tem que fazer ao adicionar a terceira cabeça ao seu rebanho, ou se é a quantia que recebe para não adicionar a terceira cabeça ao rebanho. Em ambos os casos, \$3 é parte do custo para adicionar a terceira cabeça, ao qual devem adicionados outros custos: se o aumento do valor na produção de gado de duas para três cabeças for maior que \$3, o tamanho do rebanho aumentará. Do contrário, não aumentará. Em outras palavras, havendo ou não dever de reparar o dano causado pelo gado, será acrescida a terceira cabeça de gado, se o seu valor de mercado for superior a \$3.

Independentemente da responsabilidade civil, a solução de mercado será a mesma.

Inexistindo custos na transação entre o pecuarista e o agricultor, havendo ou não responsabilidade civil do pecuarista pelo prejuízo que seu gado causar, a terceira cabeça de gado será adicionada ao seu rebanho se tiver um valor de mercado superior a \$3.

Estabelecendo ainda outras variações para o mesmo caso, Coase conclui que, havendo ou não um sistema de responsabilidade civil, não há alteração do resultado final maximizador do valor da produção. Ou, em suas palavras: “[...] o resultado último (que maximiza o valor da produção) é independente da posição jurídica se o sistema de preços funcionar sem custos”³ (COASE, 1960, p. 104).

Renovando sua argumentação, prossegue citando os casos de *Sturges v. Bridgman*⁴, *Cooke v. Forbes*⁵, *Bryant v. Lefever*⁶ e *Bass v. Gregory*⁷, todos envolvendo questões de responsabilidade civil. Conclui Coase que “sem os custos de transação, as decisões judiciais acerca da responsabilidade civil não têm qualquer efeito na alocação de recursos”⁸ (COASE, 1960, p. 11), anotando que:

³ “[...] the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost”.

⁴ Bridgman era um confeitiro que tinha seu negócio estabelecido no mesmo local há mais de 60 anos. Sturges era um médico que se mudou para o prédio vizinho e, após 8 anos, decidiu colocar uma sala de consulta contra a parede de divisa com Bridgman. Alegando que os ruídos causados pelo confeitiro impossibilitavam o uso da sala de consulta, Sturges ajuíza uma ação contra Bridgman. O Tribunal decidiu, em 1879, pela existência do direito do médico ao silêncio para o exercício de suas funções. Comentando a decisão, afirma Coase que, evidentemente, após a decisão judicial, as partes poderiam negociar de forma que se estabelecesse uma realidade diversa daquela determinada pelo judiciário (COASE, 1960, p.10).

⁵ Forbes era um fabricante de tapetes de fibra de coqueiro cujo processo de fabricação exalava sulfato de amônia. Prejudicado pela amônia e alegando que seu uso era desnecessário, Cooke ajuíza uma ação requerendo a determinação judicial da alteração do modo de produção ou proibição do uso daquele produto. Decidiu-se, no caso, que não é dado ao vizinho (Cooke) estabelecer o processo de produção; e, inexistindo prova material de prejuízo, julgou-se improcedente o pedido (COASE, 1960, p.12).

⁶ Bryant e Lefever eram ocupantes de casas adjacentes. As casas tinham praticamente a mesma altura. Por aproximadamente 40 anos, até 1876, Bryant podia acender a lareira de qualquer cômodo de sua casa que a chaminé funcionaria perfeitamente. Naquele ano de 1876, Lefever decidiu derrubar sua casa para reedificá-la, construindo uma parede que prejudicou a ventilação na chaminé de Bryant, ocasionando seu mau funcionamento e, conseqüentemente, fumaça no interior da casa. Bryant ajuizou ação contra Lefever, objetivando a destruição daquela nova parede, julgada procedente na primeira instância. Em sede recursal, o Tribunal de Apelações da Pensilvânia reverteu o julgado, afirmando, naquela ocasião, o Juiz Bramwell: “deixe que o autor (Bryant) pare de acender seu fogo, mova a chaminé ou a eleve e não haverá dano [...]”. Comenta Coase que essa decisão evidencia a natureza recíproca das condutas na formação do dano (COASE, 1960, p.14).

⁷ O autor (Bass) era dono de um restaurante chamado Jolly Anglers, em terreno adjacente ao de propriedade do réu (Gregory). Abaixo do restaurante havia um cômodo, cavado na pedra, usado para fabricação de cerveja, que era ventilado por um duto cuja saída estava no terreno do réu. Por causa do cheiro exalado pelo duto, Gregory fechou o duto, impedindo a atividade do autor, ensejando a propositura da ação com objetivo de restabelecer a passagem de ar. Nesse caso, a Corte decidiu que havia direito à passagem de ar, presumindo legítima a utilização (posse) do duto, devendo Gregory suportar o forte cheiro de cerveja. Comenta Coase que o caso se assemelha muito a *Bryant v. Lefever*, mas tem decisão absolutamente distinta, e que, em termos econômicos, a questão da posse e da servidão “é tão relevante para a solução do caso quanto a cor dos olhos do juiz” (COASE, 1960, p.17).

⁸ “With costless market transactions, the decision of the courts concerning liability for damage would be without effect on the allocation of resources”.

É sempre possível modificar, através de transações, a atribuição inicial de direitos. E, é claro, se as transações não tiverem custo, a reorganização dos direitos vai sempre ocorrer no sentido de aumentar o valor da produção.⁹ (COASE, 1960, p. 19).

Contudo, sendo fato que os custos de transação existem, e estão sempre presentes, a atribuição inicial de direitos poderá ensejar uma organização final que não seja ótima.

Uma das soluções seria a regulamentação governamental, principalmente por intermédio de lei, impondo os direitos em sua posição de maior valor e diminuindo os eventuais custos de transação entre os indivíduos. O Estado assumiria as feições de uma “superfirma”, seria organizador dos fatores de produção. Entretanto, a abstração da lei poderia levar à ineficiência em alguns casos concretos. Além do mais, de qualquer forma, seriam exigidos instrumentos de imposição das normas por intermédio da utilização do próprio aparato estatal, o que implicaria custos. De toda forma, mesmo quando não exista regulação, haverá custos de transação.

E, por isso, o Judiciário¹⁰ teria influência direta na atividade econômica, sendo, portanto:

[...] desejável que as cortes entendessem as conseqüências econômicas de suas decisões e, tanto quanto possível sem a criação de incerteza, levassem em conta estas conseqüências em suas decisões. Mesmo quando é possível a mudança da atribuição de direitos por meio das transações no mercado, é obviamente desejável que se reduza a necessidade destas transações, e, por conseqüência, a necessidade de gastos de recursos na sua realização.¹¹ (COASE, 1960, p. 30).

Prossegue Coase com o exame de uma série de casos em que teria sido feita grosseira análise econômica, particularmente envolvendo responsabilidade civil e contratual, apontando que:

[...] a questão que enfrentamos quando lidamos com casos envolvendo prejuízos não é apenas a de impedir o causador, mas decidir se o ganho obtido com a proibição é maior que o

⁹ “It is always possible to modify by transactions on the market the initial legal delimitation of rights. And, of course, if such market transactions are costless, such a rearrangement of rights will always take place if it would lead to an increase in the value of production”.

¹⁰ Recorde-se que o judiciário é fonte primária do direito no sistema anglo-saxão.

¹¹ “It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequence of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out”.

conseqüente prejuízo geral que será sofrido com esta proibição.¹² (COASE, 1960, p. 37).

Coase critica duramente Pigou, atribuindo sua enorme influência à falta de clareza de suas exposições¹³, anotando que o objetivo da norma não deve ser o de contraposição de interesses privados e públicos, mas o de estabelecimento de um equilíbrio ótimo que maximize o valor do produto econômico final.

Propõe uma mudança no tratamento da análise econômica. Afirma que a análise em termos de divergências entre os produtos privados e sociais concentra atenção em deficiências do sistema e tende a nutrir a crença de que qualquer medida que remova tais deficiências é desejável. Esse exame propiciaria uma concepção desatenta ao fato de que a mudança pode ser pior que o problema inicial (COASE, 1960, p. 41). Seria necessário, portanto, avaliar as políticas públicas de soluções de conflitos de acordo com um critério de comparação de produtos finais obtidos conforme a avaliação do mercado. Textualmente, afirma que:

é desejável que a escolha entre diferentes arranjos sociais para a solução de problemas econômicos seja feita em termos mais amplos, levando-se em conta o efeito total desses arranjos em todas as esferas da vida.¹⁴ (COASE, 1960, p. 42).

Afirma, ainda, que as propostas de políticas públicas devem considerar uma abordagem da situação existente e não do mundo ideal, ou do mundo do *laissez faire*, para que haja uma comparação entre o existente e os prováveis efeitos daquela política a ser adotada.

Por fim, afirma que uma razão final para a falha de uma teoria que resolva o problema dos prejuízos causados a terceiros reside em uma falsa concepção de fator de produção, que é pensado como um ente físico mais que como um direito de realizar determinados atos. A propriedade, por exemplo, não seria um ente ilimitado, mas o direito de praticar determinadas categorias de atos em um espaço limitado.

Se os fatores de produção são pensados como direitos, torna-se mais fácil entender que o

¹² “The problem which we face in dealing with actions which have harmful effects is not simply one of restraining those responsible for them. What has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produced the harm”.

¹³ Afirma Coase (1960, p. 38) textualmente: “It is strange that a doctrine as faulty as that developed by Pigou should have been so influential, although part of its success has probably been due to the lack of clarity in the exposition. Not being clear, it was never clearly wrong”.

¹⁴ “But it is, of course, desirable that the choice among different social arrangements for the solution of economic problems should be carried out in broader terms than this and that the total effect of these arrangements in all spheres should be taken into account”.

direito de fazer alguma coisa que tenha um efeito nocivo (como emitir fumaça, barulho, cheiros, etc.) é também um fator de produção.¹⁵ (COASE, 1960, p. 43).

Conclui Coase que seria preferível que fossem realizadas apenas as ações em que os ganhos superassem as perdas, levando-se em consideração, ainda, os efeitos daquele tipo de ação na formação de novos arranjos sociais, ou seja, o efeito total da política adotada (COASE, 1960).

Segundo o próprio Coase, a essência de seu Teorema é que “enquanto a delimitação de direitos é prelúdio essencial das transações de mercado [...] o resultado final (que maximiza o valor da produção) é independente daquela decisão jurídica”¹⁶ (COASE, 1988, p. 158).

3 Implicações do pensamento de Coase e a Análise Econômica do Direito como método

Três aspectos, geralmente, são percebidos em relação à teoria desenvolvida por Ronald Coase, referentes aos casos em que os custos de transação são tão altos que a transferência voluntária não é possível. Primeiramente, a imputação da responsabilidade à parte que “causa” o dano pode não produzir a solução mais eficiente do conflito. Na verdade, como já afirmado, para Coase, os danos são sempre de natureza recíproca, sendo a norma de justiça evitar o prejuízo mais grave, maximizando a riqueza. Por isso, a regra da causalidade deve ser reinterpretada como uma tentativa de aumentar o valor do recurso econômico, atribuindo sua titularidade à parte que o utilizará em sua forma mais valiosa. E, por fim, em relação à questão da intervenção estatal no domínio econômico, o que se deve observar é se essa intervenção é capaz de gerar uma riqueza maior que a solução apresentada espontaneamente pelo mercado (POSNER, 1992).

Pode-se apontar a desilusão provocada pela crise do Estado do Bem-Estar Social como o fato que induziu os juristas norte-americanos à busca de um novo discurso jurídico teórico seguro, capaz de traduzir os conflitos particulares num novo aparato conceitual que racionalizasse a fragmentação e arbitrariedade da experiência jurídica do *Welfare State* (MERCADO PACHECO, 1994, p. 259 *et seqs.*), daí resultando o discurso da Análise Econômica do Direito.

¹⁵ “If factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production”.

¹⁶ “while the delimitation of rights is an essential prelude to market transactions [...] the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal decision”.

Com efeito, o sistema jurídico anglo-saxônico, fundado na tradição jurisprudencial, naquele contexto histórico do início do surgimento dos fenômenos pós-modernos, era incapaz de abordar eficientemente as questões jurídicas, que começavam a exigir uma noção de interdisciplinaridade para evitar a perpetuação de normas incompatíveis com o novo aparato sócio-econômico emergente. Questionava-se o isolamento teórico do Direito, afirmando-se que a idéia do Direito como uma disciplina autônoma é fundada na necessidade política de os juizes afastarem as interferências de outros poderes em suas decisões e de os advogados defenderem seu monopólio de representação do povo em questões jurídicas (POSNER, 1987).

Aquela época marcaria o despertar da pós-modernidade, caracterizada pela transição entre duas eras e pela exigência de reestruturação do pensamento moderno que, por certo, tem dificuldades para a explicação da nova ordem social. Iniciava-se a transição entre duas eras da história da humanidade: a era industrial e a era da informação.

Naquela conjuntura de crise do pensamento jurídico anglo-saxão, surgiu a Análise Econômica do Direito, apontando uma saída tecnocrática à crise da cultura jurídica norte-americana. Ela busca reinterpretar as questões jurídicas, utilizando-se, para tanto, de uma linguagem técnica.

A Análise Econômica do Direito serve como instrumento técnico para a operação jurídica de decisão. Seria, portanto, instrumento do jurista na tradução das demandas concretas dos sujeitos para a linguagem que os poderes de decisão costumam utilizar, principalmente os poderes econômicos.

Os argumentos apresentados de forma econômico-matemática ganham objetividade e certeza. E é sobre essa base da objetividade e da certeza do cálculo custo/benefício da decisão jurídica a ser adotada que se sustenta a solução encontrada pela Análise Econômica do Direito. A análise custo-benefício passa a ser técnica básica em que são traduzidos os conflitos intersubjetivos (MERCADO PACHECO, 1994). Seu fundamento é eminentemente pragmático e tem como objetivo a solução eficiente de lides concretas.

A Análise Econômica do Direito sofre grande influência intelectual do pragmatismo filosófico. Entende-se que os indivíduos, seus objetivos e ações ocupam a posição central na análise da realidade. Nesse método, supõe-se que não há realidade maior que a experiência e, por isso, toda metafísica e todo formalismo são expulsos da reflexão teórica. Busca-se uma idéia de filosofia e, por conseqüência, de Direito, que vise ao progresso construtivo da sociedade por intermédio da adoção de

um método que rejeite os preconceitos e os dogmas, ligando-se aos problemas concretos e ao seu contexto social.

Abandona-se a investigação do fato causador, visando-se a um modo de proceder que esteja fundamentado na inter-relação das ações e seus resultados. Procura-se fundamentar uma engenharia social. A relação entre objetivos desejáveis e meios disponíveis deriva da análise de custo-benefício de condutas sociais. Portanto, do ponto de vista pragmático, para se compreender uma determinada situação social seria necessário ter uma clara concepção da conseqüência que se quer obter e da técnica que se deve empregar para consegui-la.

A Análise Econômica do Direito tem como pressuposto a idéia de que o Direito é instrumento para conseguir fins sociais, sendo que o fim a conseguir é o da eficiência econômica. Afirma a idéia do jurista como engenheiro social que não descarta conhecimento das demais ciências sociais e considera a economia como teoria geral da sociedade, que serve como instrumento fundamental do estudo dos fenômenos jurídicos.

Outrossim, a função do Direito desloca-se de estabelecimento de parâmetro meramente moral de ação para um parâmetro de equilíbrio entre forças da demanda e da eficiência econômica.

Aponta Durán y Lalaguna (1992), de forma sistemática, três possibilidades de fato acerca do equilíbrio do mercado - o equilíbrio perfeito, o desequilíbrio corrigível (ou inalcançado) e o desequilíbrio incorrigível (inalcançável) - para as quais variaria a solução apresentada pela Análise Econômica do Direito.

Em uma primeira situação, a de equilíbrio perfeito do mercado, não competiria ao sistema jurídico nenhuma função decisória, mas meramente assecuratória das condições ambientais de liberdade e segurança, por intermédio da atribuição de ineficácia jurídica às transações irracionais, e, ainda, garantia executiva das decisões do mercado.

Na segunda hipótese, a de desequilíbrio corrigível (ou inalcançado), o Direito teria um papel de corrigir a diferença entre os custos e benefícios sociais.

Por fim, na terceira situação, em que seja impossível a recuperação do equilíbrio de mercado e sejam irreduzíveis os custos de transação, a função do Direito será de distribuir custos e benefícios entre as partes, numa verdadeira simulação do que teria ocorrido se o mercado estivesse em situação de equilíbrio. O Direito, nessas situações, substituiria o mercado na tomada de decisões e na

configuração de medidas concretas.

O estudo da resposta dos destinatários das normas diante de uma modificação jurídica ocupa lugar central na Análise Econômica do Direito. Essa análise da ação do indivíduo diante das regras jurídicas tem o objetivo de estabelecer premissas sobre as quais a decisão alcançará um resultado eficiente do ponto de vista econômico.

O reconhecimento da idéia de eficiência, como parâmetro de decisão judicial, implica o estabelecimento de um esteio seguro de referência, proporcionando a cada caso a relevância jurídica proporcional ao seu impacto econômico e social.

Independentemente das posições adotadas pelas doutrinas principais da Análise Econômica do Direito, o problema principal, no fundo, refere-se à adoção da eficiência econômica como parâmetro de justiça.

Toda e qualquer teoria é ponto de vista, é forma de ver. Desse modo, em qualquer divagação teórica, é necessária a criação de modelos de universo no qual se desenvolverá o raciocínio, seja o vácuo, para os físicos; seja a condição física ideal, para os médicos; sejam as condições normais de temperatura e pressão, para os químicos. Na análise econômica, utilizam-se modelos reduzidos da realidade, com o fim de desenvolver o raciocínio econômico.

Assim, a Análise Econômica do Direito utiliza, para desenvolver sua investigação, um parâmetro reduzido fundado na idéia de eficiência econômica.

As normas jurídicas, sob tal perspectiva, encontram adequação na eficiência econômica. Isto é, uma regra jurídica somente seria adequada se tornasse mais eficiente a utilização dos bens econômicos e das próprias regras jurídicas.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que seria uma análise interdisciplinar, à medida que interage com a esfera econômica, a abordagem revelaria uma faceta auto-referente, posto que busca tanto a eficiência econômica quanto a própria eficiência jurídica.

4 O princípio do maior prazer e o conceito do *Homo oeconomicus*

A utilização da Análise Econômica do Direito como método demanda a definição de alguns pressupostos conceituais.

Um desses conceitos é o do *Homo oeconomicus*, ou seja, a idéia de que o indivíduo é um maximizador de seus interesses.

Isso significa dizer que as pessoas respondem a incentivos do meio externo com o fim de aumentar o nível de satisfação de seus interesses. O sujeito, na Análise Econômica do Direito, só age quando provocado pela perspectiva de um ganho, de aumento de seu conjunto de bens. Espera-se como resultado da conduta individual um benefício maior do que o custo daquela conduta.

Essa idéia encontra seu substrato filosófico em Epicuro que, por volta do ano 300 a.C, afirmava em sua carta a Meneceu, que:

O prazer é o início e o fim de uma vida feliz. Com efeito, nós o identificamos como o bem primeiro e inerente ao ser humano, em razão dele praticamos toda escolha e toda recusa, e a ele chegamos escolhendo todo bem de acordo com a distinção entre prazer e dor (EPICURO, 1999, p. 37).

Ressalvando, entretanto, que:

[...] todo prazer constitui um bem por sua própria natureza, não obstante isso, nem todos são escolhidos; do mesmo modo, toda dor é um mal, mas nem todas devem ser evitadas. Convém, portanto, avaliar todos os prazeres e sofrimentos de acordo com o critério dos benefícios e dos danos. Há ocasiões em que utilizamos um bem como se fosse um mal, e ao contrário, um mal como se fosse um bem. (EPICURO, 1999, p. 39).

Deste pressuposto, de que o indivíduo se comporta de maneira racional na busca da maximização de seus prazeres, derivam três princípios fundamentais, indicados por Posner (1992, p. 4 *et seqs.*):

- a) A Lei da Oferta e da Procura: também expressa na proporção inversa entre preço (custo) e demanda. Na Análise Econômica do Direito, a regra não se aplica somente aos bens com preços explícitos, cotados em moeda, mas a qualquer comportamento humano. A toda conduta jurídica seria imputado um preço, de forma a estimular ou desestimular a conduta, segundo as regras fundamentais do prazer e da dor.
- b) Custo de oportunidade (*opportunity cost*): assim entendido como um preço alternativo à utilização

do bem de outra forma. A utilização de um determinado bem de uma determinada maneira implica negar-lhe a utilização de outra forma possível. Por outro lado, o bem cujo uso é único e cuja fonte é abundante, perde o valor. As forças do mercado tendem a fazer do custo de oportunidade o preço máximo e o mínimo. O preço do recurso estabelecido acima do custo de oportunidade, ou melhor, um preço estabelecido em um nível superior ao do mercado funciona como um ímã atraindo recursos para a produção do bem até que o aumento da produção (em obediência à Lei da Oferta e da Procura) reduza esse preço.

- c) Os recursos econômicos tendem a gravitar em torno de seu maior valor no mercado livre. Quando os recursos estão sendo utilizados onde seu valor é maior, podemos afirmar que estão sendo eficientes. A oportunidade de lucro (preço acima do custo de oportunidade) é o ímã que atrai os recursos para certa atividade (POSNER, 1992, p. 4 *et seqs.*). No entanto, quando esse ímã não funciona, não quer dizer que não exista o comportamento racional, mas que existem falhas no mercado que impedem o fluxo natural dos recursos e dos preços.

Decorreria exatamente dessa possibilidade de falha a função do Direito como elemento organizador do mercado, afastando as ineficiências de alocação, estimulando os deslocamentos eficientes de valor e facilitando o estabelecimento de uma ordem em que os recursos sejam utilizados onde têm mais valor, como se mencionou.

5 A Análise Econômica do Direito e a idéia de justiça

Questiona-se, não raro, o uso da análise econômica para a investigação no Direito, que tradicionalmente guarda suas raízes na moral e na filosofia. Com efeito, não são poucas as críticas que a Análise Econômica do Direito recebe nesse sentido.

Ronald Dworkin, em artigo publicado no “*Journal of Legal Studies*”, afirma que o problema central da Análise Econômica do Direito é o estabelecimento da riqueza social como objetivo jurídico. Ou seja, que as decisões judiciais devem tentar maximizar a riqueza, por exemplo, atribuindo direitos a quem os compraria. Afirma que alguns pontos não estão claros no estabelecimento dessa premissa, porque não se esclarece a causa de a riqueza social ser um objetivo valioso. Textualmente afirma Dworkin:

Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, como definido, é melhor que a sociedade que tem menos riquezas, exceto alguém que comete o erro de personificar a

sociedade, e por isso conclui que estará melhor com mais riqueza da mesma forma que qualquer indivíduo? Por que qualquer um que não cometeu esse erro deveria pensar que maximização de riqueza social é uma meta valiosa?¹⁷ (DWORKIN, 1980, p. 194).

Ora, quando surge a questão da relação entre eficiência e justiça, é preciso aludir aos equívocos que dificultam a comunicação entre juristas e economistas.

O conceito econômico de eficiência na distribuição de recursos não se relaciona com as associações teóricas da vida cotidiana que freqüentemente são vinculadas ao conceito da eficiência. Eficiência não é virtude secundária, mas preceito elementar de qualquer atividade.

Uma sociedade é eficiente quando, ao distribuir a riqueza, cria uma situação na qual se maximizam os valores produzidos. Haverá eficiência social se as prestações que os indivíduos demandam, e que podem ser satisfeitas, são realmente produzidas, e se os recursos são empregados no lugar em que sua aplicação é socialmente mais proveitosa.

Com efeito, uma sociedade com instituições e um sistema jurídico eficientes não é necessariamente justa. Pode ser preciso aceitar determinadas perdas de eficiência para a consecução de objetivos normativos mais valiosos. O entendimento tem raízes em Epicuro, que afirmava que “todo prazer constitui um bem por sua própria natureza, não obstante isso, nem todos são escolhidos; do mesmo modo, toda dor é um mal, mas nem todas devem ser evitadas” (EPICURO, 1999, p. 39).

Apesar de aceitável a crítica de Dworkin, para quem a sociedade rica ou eficiente, não é necessariamente justa, é de se observar que, por outro lado, uma sociedade pobre ou ineficiente geralmente é injusta. Com razão, respondem Schäfer e Ott (1991, p. 26): “A eficiência é compatível com uma situação de injustiça distributiva; por isso, a justiça distributiva é colocada como um objetivo adicional na consecução da eficiência na distribuição de recursos”¹⁸.

Paloma Durán y Lalaguna (1992, p. 196) afirma que acima da eficiência estaria a idéia de distribuição justa, adotando como critério de justiça a regra de “dar a cada um o que é seu”¹⁹. Ora, a invocação da fórmula do *suum cuique*, como bem ensina Kelsen, é fórmula destituída de conteúdo,

¹⁷ “Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal?”.

¹⁸ “La eficiencia es compatible con una situación de injusticia distributiva; por eso, a la justicia distributiva se la coloca como un objetivo adicional a la consecución de la eficiencia en la asignación de recursos”.

porque não traz consigo a forma de conhecimento da questão de o que é de quem.

Como aquilo que é devido a cada um é aquilo que deve ser dado, a fórmula do '*suum cuique*' conduz à tautologia de que a cada qual deve ser dado aquilo que lhe deve ser dado. (KELSEN, 1996, p. 18).

Sob esse mesmo ponto de vista, então, pode-se entender que as críticas feitas à Análise Econômica do Direito estariam circularmente destituídas de qualquer sentido. A questão debatida, que sempre se finda por colocar os seus termos em aparente contradição, não se nos apresenta dessa forma.

É indispensável, antes de tudo, diferenciar o individualismo metodológico, suposto pelo método da Análise Econômica do Direito, e o egoísmo aético ou antiético, que é o comportamento socialmente indesejável.

O conceito econômico do homem como um maximizador racional pressupõe a idéia de que o indivíduo age com o fim de aumentar o valor de seus objetivos individuais. O sujeito racional atua sempre guiado pela necessidade de satisfazer os próprios interesses da melhor maneira possível. Dessa forma, dizer que o seu comportamento é racional não implica a consciência do individualismo. A análise é objetiva.

A questão do individualismo metodológico deve ser superada, pois o fato não reflete, necessariamente, um comportamento individual egoísta e, por isso, contrário à distributividade.

O uso da racionalidade individual como método não implica presunção de estímulo ao

¹⁹ “Sin embargo, en mi opinión la eficiencia y la justicia no pueden definirse como propiedad y virtud del sistema, en los términos que lo ha planteado Stigler más bien se trata de plantear si puede articularse un sistema jurídico sobre la base de la riqueza como valor social esencial. Por otra parte tanto la justicia como la eficiencia afectan fundamentalmente a la distribución. En ese sentido hay quien entiende que el respeto al principio de igualdad no implica automáticamente la justicia. Hace falta asignar correctamente los recursos de manera que la eficiencia se entienda como componente esencial de la justicia.

Probablemente en el modo de llevar a cabo la distribución se encuentra parte de la solución al problema. Calabresi entiende que la distribución es materia de decisión política, como lo entiende también - aunque en términos mucho más radicales - el representante de la escuela de Chicago; sin embargo, Dworkin plantea que se trata de una decisión de principios.

En cualquiera de los casos las prioridades se plantean nuevamente en torno a la riqueza como núcleo preferente. Si ésta se adopta como tal - como se ha hecho en el análisis económico del Derecho - el problema será encontrar solución a las normas eficientes que puedan ser injustas, o en su caso a las que se puedan presentar como justas pero ineficientes. La solución, remitida a la decisión política requiere de una respuesta más sustancial. Sobre todo se trataría de constatar que la eficiencia es solamente un componente de justicia; y que en todo caso, el respeto a lo que es debido a cada miembro de la sociedad está muy por encima del condicionamiento exclusivamente económico”.

comportamento anti-social ou imoral, ou mesmo estímulo à concentração de riquezas. Pelo contrário, busca-se estabelecer pressupostos para uma estrutura ótima de racionalidade na exploração dos bens. Aliás, a concentração de riqueza deve ser criticada pela teoria do valor, porque a concentração provoca ineficiência, em função da utilidade marginal dos bens.

A idéia de que a Análise Econômica do Direito tem apenas a preocupação com a acumulação do valor incorre no equívoco de que o valor acumulado é maior do que o valor distribuído. Ora, o valor relativo de um objeto é reduzido no patrimônio de uma pessoa, diante do acréscimo de um segundo objeto de igual utilidade. Exemplificando, se temos um carro, aquele único carro tem valor relativo mais alto que teria se agregássemos um segundo carro. E a cada carro que se adicionar ao patrimônio, menor a utilidade e, portanto, menor o valor daquele primeiro.

Por outro lado, a distribuição de riquezas, por uma questão de moral econômica, é subproduto da distribuição de direitos. O sistema de liberdade natural pensado por Adam Smith traz, consigo, naturalmente, uma moralidade que premia, além do desenvolvimento econômico individual, a repartição de riquezas como um fator de maximização.

O valor e a eficiência na maximização de valor não são determinados pela ciência econômica; são objetos do estudo da ciência econômica. O valor não é dado pela economia, mas pela sociedade estudada pela economia. Em última análise, o valor econômico é dado pelo conjunto de valores dos indivíduos que compõem a sociedade.

A utilização da eficiência econômica como critério de justiça, portanto, não implica a criação de um modelo contrário à moral ou que de qualquer forma desconsidere os fundamentos morais de uma sociedade. Pelo contrário, a alocação e o valor relativo dos bens jurídicos são postos segundo os valores dos indivíduos na sociedade. O valor de um bem é dado pelos valores sociais, que são condicionados pela moral. Portanto, o valor econômico do bem decorre das estruturas de valor moral.

6 Conclusão

Diante deste quadro, pode-se concluir que a Análise Econômica do Direito é método compatível com a investigação de conteúdos jurídicos. Não há incompatibilidade do método da Análise Econômica com o estudo do Direito. O método apresenta adequação não apenas para o estudo

de fenômenos sociais de conteúdo econômico evidente, como concorrência, contratos etc. Também se apresenta como método adequado para investigação de fenômenos sociais majoritariamente examinados, no direito, sob outras perspectivas, como família, sexualidade e criminologia.

As bases concretas da Análise Econômica do Direito propiciam a estruturação de um discurso objetivo e a formulação de proposições objetivamente verificáveis, imprimindo maior segurança às decisões jurídicas.

7 Referências

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. **Una aproximación al análisis económico del derecho**. Granada: Comares, 1992.

DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value?. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, p. 1991-226, Mar. 1980.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade a Meneceu**. Tradução Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Ed. Unesp, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico: políticas econômicas**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Toronto: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 100, p. 760-780, 1987.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **Manual de análisis económico del derecho civil**. Tradução Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.