

O que é “Direito e Economia”?

Bruno Meyerhof Salama*

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade.¹ Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo.² 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; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.³ Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.⁴

Em meio à turbulência, nas últimas décadas este diálogo tornou-se fértil. A partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições. No Brasil esta disciplina tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”. Neste texto, utilizarei a primeira expressão.

O objetivo deste trabalho é o de descrever sucintamente a epistemologia da disciplina de Direito e Economia para que se possa pautar o debate e esboçar uma

* Bruno Meyerhof Salama é professor da Direito GV e doutor por UC Berkeley (bruno.salama@fgv.br). 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. Para uma discussão mais abrangente dos temas tratados neste trabalho vide SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/.

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 LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo, Ed. Método, 2006, p. 271.

⁴ Hayek notou que “embora o problema de se buscar uma ordem social apropriada seja estudado sob os ângulos da economia, do direito, da ciência política, da sociologia e da ética, tal problema somente pode ser tratado adequadamente como um todo. (...) Em nenhum campo a divisão entre especialidades é mais destrutiva do que entre as duas mais antigas destas disciplinas, a economia e o direito.” HAYEK, Friedrich A. Von. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973, vol. I, p.4.

agenda de pesquisa. Eu gostaria de começar desmistificado uma visão equivocada do que seja essa epistemologia. Uma parcela considerável dos estudantes, profissionais e pesquisadores do Direito que tenham qualquer nível de familiaridade com o Direito e Economia acredita que a disciplina se proponha a dar respostas definitivas para dilemas normativos. Estas pessoas acreditam, erradamente, que a disciplina contenha um conjunto de predicados do tipo “receitas de bolo” que conduzam necessariamente a modelos do tipo “juízes e legisladores devem adotar a regra X na situação Y porque esta é a solução eficiente e correta para o problema Z”. Guido Calabresi já há muito observou, corretamente, que a hipótese de que o Direito e Economia possa dar as respostas definitivas para os dilemas normativos é “ridícula”.⁵

Há um segundo mito que precisa ser rejeitado desde logo. Trata-se da idéia de que a disciplina de Direito e Economia se limita à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas. Essa idéia também não é verdadeira. Anthony Ogus já notou que a obsessão com essa questão desvia a atenção do estudioso da existência de um outro nível de análise na que é meramente descritivo/explicativo da realidade jurídica e que, portanto, não se relaciona diretamente com essa discussão do papel da eficiência na formulação do dever-ser jurídico.⁶

Ao longo deste texto vou ressaltar o fato de que a disciplina serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas. Aqui me afasto tanto da visão do Direito e Economia como um conjunto de receitas de bolo (que é ridícula) quanto da visão de que a discussão sobre eficiência seja irrelevante para o Direito (que é míope porque a construção normativa não pode estar isolada de suas conseqüências práticas).⁷

O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado.⁸ Tendo surgido nos

⁵ CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics” *Journal of Legal Education* v. 33, 1983, p. 363.

⁶ OGUS, Anthony. “What Legal Scholars can Learn from Law and Economics”. *Chiago Kent Law Review*, v. 79, n.2, 2004, p. 383.

⁷ A própria Constituição reconhece em diversos artigos a importância de se atentar para a eficiência no trato das questões públicas, e reconhece também a importância de se promover o bem-estar e o desenvolvimento econômico e social (que são temas intimamente ligados aos problemas de eficiência).

⁸ 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*

Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos,⁹ depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil.¹⁰ Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.¹¹

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas.¹² 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”.¹³ Para Nicholas Mercurio e Steven Medema, trata-se da “aplicação da teoria

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).

⁹ 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).

¹⁰ 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 - 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>).

¹¹ 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.

¹² 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. 3-4). 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, juizes, partidos políticos, funcionários públicos, etc.).

¹³ POSNER, Richard A. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

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”.¹⁴

É comum destacar duas dimensões, 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 Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; 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.

O Direito e Economia Positivo

O argumento central do Direito e Economia Positivo é o de que os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do Direito.¹⁵ Robert Cooter observa que esse argumento possui diversas versões, três das quais merecem destaque: (a) a versão reducionista, (b) a versão explicativa, e (c) a versão preditiva.¹⁶

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 realidade

¹⁴ MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3.

¹⁵ Uma das distinções mais importante entre a microeconomia aplicada ao Direito, e a microeconomia aplicada aos mercados, diz respeito à proporção dos fenômenos que pode ser objetivamente mensurada. Mensurar o valor econômico de um automóvel é relativamente fácil (basta consultar o caderno de veículos do jornal), mas mensurar o valor econômico de uma perna quebrada ou da exposição ao risco de contaminação por uma substância perigosa é muito mais complicado.

¹⁶ 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.

possam ser admissíveis dentro de um modelo oposto ao reducionismo, que é “inaceitável”.¹⁷ Com esta visão reducionista, portanto, não perderemos tempo.

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 das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez. O problema é que a explicação de institutos jurídicos como resultante da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais 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”.¹⁸ 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.

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.¹⁹ A disciplina de Direito e Economia retira as conseqüências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate. Busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como conseqüências das diferentes posturas legais. Se, como vimos acima, o poder explicativo da teoria econômica é mais forte em alguns campos do que em outros, então o poder preditivo

¹⁷ MACKAAY, Ejan. *Schools: General in Online Encyclopedia of Law and Economics*, item 0500 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com/>).

¹⁸ COOTER supra n. 16.

¹⁹ Não é à toa que a Econometria – o uso da Estatística e previsão estatística na Economia, com fins de estudar as relações entre as variáveis econômicas – esteja paulatinamente se tornando o principal instrumento de análise em quase todas as áreas da pesquisa econômica.

também há de ter suas limitações.²⁰ Isso quer dizer também 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”.²¹

Um dos possíveis panos de fundo para o Direito e Economia – a meu juízo, o mais proveitoso – está na Teoria Neo-Institucionalista.²² 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”);²³ (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 Racional²⁴ e da Teoria dos Jogos²⁵ para estudar complexidade

²⁰ Há uma diferença fundamental entre a análise econômica dos mercados e a análise econômica do Direito que está na proporção de fenômenos que podem ser quantificados objetivamente. Essa proporção é alta nos mercados, e bem mais baixa no Direito. Os bens negociados em mercados têm valores de troca que, no mais das vezes, podem ser facilmente encontrados (por exemplo, para se saber o valor de um determinado automóvel basta procurar na seção de veículos do jornal). No caso do Direito, contudo, freqüentemente é necessário pensar no valor de um olho perdido ou mesmo no valor de um bem jurídico como a liberdade ou a igualdade. Como essas coisas não se negociam em mercados, encontrar a estrutura institucional adequada não é tarefa trivial.

²¹ COOTER supra n. 16.

²² 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.

²³ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: University Press, 1990.

²⁴ A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidade), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos. Uma escolha é portanto suscitada por uma vontade, e satisfazer esta vontade é a finalidade da escolha. Por isso, pressupõe-se que os indivíduos estão “maximizando suas utilidades”, sejam as utilidades quais forem (bens materiais, obrigações morais, saúde, etc.). A Teoria da Escolha Racional constitui uma das fundações da ciência econômica moderna, e ao longo das últimas décadas vem se

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).²⁶

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. Resumidamente, trata-se do seguinte:

1. Escassez. Os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. 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. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas.
2. Maximização racional. Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Essa suposição de maximização racional leva ao chamado processo de "decisão marginalista". Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os

tornando cada vez mais influente nas demais ciências sociais. Há também uma série de objeções à Teoria da Escolha Racional, sendo que a principal delas seria uma certa circularidade da Teoria: o comportamento do agente deve ser explicado em termos das suas preferências, porém, a única forma de compreendermos as preferências do agente é examinando suas escolhas reais, isto é, examinando o seu comportamento.

²⁵ A Teoria dos Jogos considera interações dinâmicas entre indivíduos que procuram maximizar seus resultados considerando as expectativas de decisões dos outros indivíduos com os quais interage. A Teoria dos Jogos conduz a descobertas que contrariam a intuição, como por exemplo a descoberta de que em determinados casos as pessoas podem ficar em pior situação agindo racionalmente na busca de seu próprio interesse (conforme ilustrado pelo famoso jogo do "Dilema do Prisioneiro").

²⁶ 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.

indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos.²⁷

3. Equilíbrio. O equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político.
4. Incentivos. Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso (produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair).²⁸ As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de 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 (em virtude, por exemplo, do prazer de dirigir em alta velocidade ou do 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.

²⁷ A noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A noção de racionalidade não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos e benefícios (embora este cálculo freqüentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso processo). Mesmo assim, 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 passam a ser vistos como “intencionalmente racionais” ainda que limitados por aptidões cognitivas.

²⁸ 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.

5. Eficiência. O termo “eficiência” tem diversas acepções. Neste trabalho, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos.²⁹ Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Para ilustrar o conceito, 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 as das vítimas dos acidentes). Suponha também que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 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 (1% x \$100 milhões = \$1 milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre, e por isso não é eficiente.³⁰

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.

²⁹ Há outras duas acepções do termo “eficiência” que neste texto deixaremos de lado: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks. Para detalhes, vide SALAMA, *op. cit.*

³⁰ Um dos possíveis panos de fundo para análises empreendidas com a metodologia do Direito e Economia – a nosso juízo, o mais proveitoso – é a Teoria Neo-Institucionalista. Dela 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”); (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). Esses três pontos traduzem preocupações que o leitor deve ter em mente quando se ocupar da aplicação do ferramental econômico para a análise do direito.

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".³¹

A pertinência entre meios e fins normativos complementa o ideal de razão pública descrito por John Rawls em "O Liberalismo Político".³² 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.

O 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

³¹ EPSTEIN, Richard A. "Positive and Normative Elements in Legal Education". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 255, 1985, p. 257-258.

³² 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.

maximização de riqueza seja fundação ética para o Direito, um possível objetivo a ser perseguido, a partir de uma visão pragmática do Direito, ou 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 “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 1970,³³ e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro cujo título é bastante sugestivo, “A Economia da Justiça” (The Economics of Justice).³⁴

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.³⁵ 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.

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.³⁶ 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

³³ 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.

³⁴ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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.³⁷ 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.

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 sobrepor aos demais valores da sociedade. Em seu lugar, colocou o problema da maximização de riqueza em um contexto mais amplo, o da jusfilosofia pragmática.

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.³⁸ 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 conseqüências.³⁹ Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.⁴⁰

³⁷ 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, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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 juizes são fundamentalmente arbitrários. Posner utiliza-se do pragmatismo jurídico para encontrar um caminho intermediário, rejeitando

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 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)”.⁴¹

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.

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 públicas.⁴²

tanto o objetivismo (por ser excessivamente metafísico e indemonstrável) e o subjetivismo (por ser niilista). Vide POSNER, *supra* n. 37.

⁴¹ POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, p. 23.

⁴² ROSE-ACKERMAN, 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.

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.⁴³

Comentários finais

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 Hume⁴⁴) 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

⁴³ 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 à esquerda) do que de seu substrato teórico.

⁴⁴ 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.

que são propriamente dirigidas à análise normativa não são aplicáveis à análise positiva.”⁴⁵

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

⁴⁵ POSNER, Richard A. “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2., 1979, p. 285.

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.”⁴⁶ 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.

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.

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 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

⁴⁶ 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.

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.