

Direito e Economia

“LAW AND ECONOMICS”

RACHEL SZTAJN

A relação entre direito e economia é tão antiga quanto a última, embora seja vista como alguma coisa marginal, de pouca importância e é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia (ciências sociais aplicadas) pode oferecer ao propor soluções para questões atuais, ao contrário do que afirmam os detratores dessa corrente de estudos.

De observar, ainda, que esse diálogo é antigo. No século XVIII Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais. Embora haja estudos anteriores, é a partir dos anos 60 do século passado que se inicia o desenvolvimento da denominada área de *law and economics*, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica.

O movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, passa por Richard Posner, com *Economic Analysis of Law*, ambos professores da Universidade de Chicago, por *The Cost of Accidents*, de Guido Calabresi, de Yale. Além destes, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundam o diálogo.

Lembre-se, ainda, que no primeiro quartel do século XX, Aaron Director, estudioso da concorrência, ressaltou a estre-

ta ligação entre direito e economia, chamando a atenção dos juristas que atuam nessa área, sobre a importância de observarem comportamentos e análises econômicas a fim de entenderem melhor as questões referentes à competição em mercados. É que, quanto a mercados e concorrência, qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super regular as condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade.

Contudo, o sucesso dos diálogos não convence a um grupo de juristas. Estes se baseiam nas diferenças metodológicas entre os dois ramos do conhecimento, que lhes parecem insuperáveis, mais nítidas nos países de direito filiado à família romano-germânico-canônica, em que predominam a dogmática, a discussão e classificação das fontes do direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos.

Os argumentos são derrubados por Daniel D. Friedman que explica, de forma singela, porque a economia pode contribuir para o aperfeiçoamento na formulação de normas jurídicas.¹ Tomando a economia

1. *Law' Order: What Economy Has to Do with Law and Why it Matters*, Princeton N. J., Princeton University Press, 2000, trad. para o italiano, *L'Ordine del Diritto — Perché l'analisi Economica può Servire al Diritto*, Saggi, Il Mulino, 2004.

como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que estas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições. Ora, se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema.

Comum aos estudos de *law and economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes.²

Por conta de diferentes metodologias utilizadas pelos dois ramos do conhecimento — o modelo dogmático e abstrato ensinado nas escolas de direito, e a construção de modelos a partir de dados empíricos recolhidos na sociedade associados a teorias — nas escolas de economia —, os operadores do Direito vêm com desconfiança e com restrições as tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Esquecem-se, entretanto, de que, por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito.

Inegável que há uma questão metodológica relevante que tem que ver com a maneira pela qual preferências e escolhas individuais podem ser transformadas em preferências e escolhas sociais ou majoritárias.

No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o pro-

posto por Pareto segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a eficácia é maximizada quando, numa sociedade, alguém fica melhor do anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas.

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis, e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Porém, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este parece ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios, o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal.

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.

Os campos em que o diálogo entre direito e economia se demonstra fecundo, abrangem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente aquelas operações que envolvem instituições sociais e institutos jurídicos. Em

2. Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função. Não se confunde com eficácia que é a aptidão para produzir efeitos.

outras áreas do direito a visão econômica é mais difícil de aceitar, dizem muitos, notadamente em áreas nas quais os efeitos patrimoniais são considerados secundários, como é o caso das relações de família.

Há diferentes correntes doutrinárias que buscam explicar o fenômeno econômico e propor medidas para corrigir distorções geradas por normas de direito positivo, com fundamento em análises econômicas. Entre elas encontram-se a Escola de Chicago, a de Yale, a da Nova Economia Institucional, a da Escolha Pública, entre outras.

A distinção mais conhecida entre a visão positivista da Escola de Chicago, descritiva dos fenômenos em relação à Escola de Yale, conhecida como normativista ou prescritiva, está no escopo desta, consistente em propor mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas, vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais.

A distinção, talvez, explique a relevância do trabalho de Richard Posner que, de modo sistemático, organizou a ligação entre direito e economia. O trabalho de Posner, considerado marco de "fundação" da denominada Escola de Chicago, ou escola positivista, tem como contraponto os estudos de Guido Calabresi, da Escola de Yale, também denominada normativista. Às duas correntes incorpora-se a Escola da *Public Choice* (ou da Escolha Pública, cujo foco está voltado para a ciência política), a que se segue a Escola denominada Economia Institucional, e, mais recentemente a da Nova Economia Institucional, na qual se destacam Douglas North e Steven Medema.

Entre as questões levantadas, no que diz respeito à formulação de normas de direito positivo, partem os críticos do argumento de que, no plano metodológico, enquanto o direito se ocupa de valores (ética e moral), a economia tem seus parâmetros na maximização de resultados, na eficiência, o que inviabiliza, para não dizer faz

descabida, qualquer tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas.

Bastaria ler *The Problem of Social Cost*, também conhecido como Teorema de Coase, para compreender o erro de óptica de quem assim se manifesta: afasta-se das questões propostas por Jehring, nos trabalhos da segunda metade de sua obra em que se dedica a analisar as instituições e as relações intersubjetivas nas sociedades.

Na verdade, esses críticos se esquecem de que o direito romano privilegiava a eficiência das normas, notadamente no que diz respeito à integração dos povos por conta da expansão territorial do império romano. É que a releitura do *Corpus Juris Civilis* e das grandes codificações do século XIX, sob a luz do historicismo de Savigny, do direito natural e da moral cristã, influenciou as grandes codificações europeias no século XIX. A fixação pelas fontes (direito romano acrescido do influxo de regras do direito germânico, e particularmente de visão voltada para o direito canônico), da perspectiva historicista que ainda hoje têm defensores, deixa em segundo plano as transformações sociais ocorridas ao longo dos dois últimos séculos.

Na Europa central, notadamente na Alemanha, a metodologia do direito se inclina na direção da função do sistema jurídico e suas instituições; sob o influxo da filosofia analítica. Entretanto, estudiosos austríacos e de países de *common law*, se voltam para a jurisprudência de interesses, incorporam a sociologia do direito à análise das normas. O resultado é que a doutrina alemã se inclina na direção da normatividade, enquanto o ramo anglo-norte-americano para o da interpretação.

A pandectística se impõe secundada pela taxonomia, classificando e enquadrando institutos, quase deixando de lado sua funcionalidade. Na segunda metade do século XX, Norberto Bobbio chama a atenção para o fato, com o clássico *Dalla Struttura alla Funzione*, realçando nesta obra o

aspecto de que a função dos institutos jurídicos deve prevalecer sobre sua estrutura, na mesma linha em que a escola de Gropius e Mies Van der Rohe, no plano da arquitetura e das artes, afirmava que a forma segue a função.

Fato é que o positivismo jurídico se impõe de forma majoritária sobre outras correntes, entre elas a filosofia analítica. A discussão atual sobre os fundamentos metodológicos da ciência do direito se divide entre os adeptos do positivismo (o Direito decorre do poder do Estado) e os naturalistas (os quais fundam o direito na noção divina de que todos têm direitos, que garantir direitos atende à moralidade social). Nos dois casos o esquema teórico é abstrato, abandonando-se o empirismo próprio dos economistas.

As críticas ao avanço da análise econômica do direito ou da combinação de direito e economia não desapareceram, e vêm perdendo terreno pela demonstração de que é a contribuição é positiva. Torna-se mais equivocado e enganoso a cada dia afirmar que a economia busca eficiências enquanto o direito se prende à promoção da questão ser/dever-ser, com o objetivo de dizer que as posições são irreconciliáveis.

A corrente que parte da noção de racionalidade dos agentes, própria da visão economicista, argumenta que a busca de maximização de utilidades ignora a existência de normas jurídicas, como se as sociedades pudessem ser organizadas sem normas! Esquece que a noção de racionalidade, empregada pelos economistas, não apenas não é estranha, mas permeia o sistema jurídico. Tome-se como exemplo a tutela dos incapazes (aos quais se supõe falte racionalidade para se autodeterminar), a qualificação de certos atos em culposos ou dolosos para fins de determinação das punições aplicáveis leva em conta a intenção do agente, portanto, sua racionalidade. Por outro lado, o reconhecimento da assimetria informacional para fins de re-equilibrar relações intersubjetivas: a legislação consumerista é exemplo expressivo.

Tomando como padrão o *homo economicus* (conceito normativo), pode-se associá-lo à noção de bom pai de família e à de homem ativo e probo, próprias do direito, sem qualquer prejuízo para o sistema. É possível associar direito e economia, seja no plano normativo-normativo, seja no normativo-positivo. Da primeira relação resulta a análise das consequências de alternativas na formulação de normas de direito positivo. Amplia-se o quadro de análise das regras jurídicas; aplicadas ao direito de propriedade, indaga-se sobre ser mais eficiente a tutela do *jus in rem* ou a da responsabilidade civil ou *jus in personam*.

Fato é que as objeções engendradas pelos críticos da aproximação (ou reaproximação) entre direito e economia partem, em geral, das formulações da Escola de Chicago. Esta, em várias situações, tenta quantificar os efeitos das normas positivadas aplicando não apenas conceitos econômicos como, muitas vezes, a econometria, a áreas nas quais os efeitos patrimoniais das relações pessoais tendem a ser encarados como secundários, tal como ocorre nas relações de família. Seria impossível aceitar a idéia da precificação do afeto entre familiares? Poder-se-ia considerar que existe um preço que causa ou impulsiona as ações de membros da família a ponto de ser determinante na tomada de decisões? Isto seria inadmissível, dizem os críticos, e por isso não aceitam qualquer discussão ou relação que aproxime direito de economia. Posner, porém, considera possível a existência de mercado em que seriam negociados direitos parentais. Por exemplo: será que a disciplina relativa à adoção não se assemelha a isso?

As regras relativas a essa área do direito em que crianças órfãs ou cujos pais perderam sua guarda, na visão do jurista tradicional nada mais são do que esquemas de solidariedade. Mas elas podem resultar de busca por gratidão, por afeto, ou até por poder sobre outrem que são preços "*pagos*". Certo que ao operador do direito assustam tais argumentos os quais, no entanto, ex-

plicam muitas adoções. Basta compreender que, nem sempre, a palavra *preço* traduz a expressão monetária de um bem, que pode, igualmente, representar a relação entre as posições de quem dá e o que recebe em troca, é um *do ut des, fatio ut fatias*, que não envolve movimentação pecuniária.

Repetindo Natalino Irti que afirma serem os mercados resultado de ações racionais que geram o equilíbrio entre oferta e demanda, compreende-se porque o preço do bem é fator determinante nas decisões de produzir/adquirir.

As críticas estão, parece, mais centradas em diferenças metodologias do que na incompatibilidade material dos diálogos. Gary Becker explica que, em qualquer área do conhecimento, o método tem primazia sobre o objeto; portanto, o que se deve investigar, é a viabilidade de aplicar o método econômico ao direito. Segundo Becker o método econômico é o da escolha racional que tem como pressuposto a estabilidade das preferências, das escolhas individuais, ao longo de certo lapso temporal.

A noção de escolha racional está ínsita na idéia de capacidade e de imputação. Até os padrões do homem médio, do bom pai de família, do homem ativo e probo, tomam a racionalidade como suporte porque essas pessoas se baseiam, ao determinar suas ações, nos padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados, estimulados. Desvios levam a punições, sejam elas impostas pelo sistema jurídico seja por normas socialmente aceitas. Sob tal perspectiva fica claro que nada obsta que economia e direito mantenham profícuo diálogo.

Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo

social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos.

Seria impossível transpor a idéia de mercado, estrutura que define preços ou da qual resultam preços como preferem alguns, para o campo do direito? A resposta é negativa. Exemplo é a denominada guerra fiscal. Visando a atrair agentes produtivos (indústria, comércio, serviços), alguns governantes oferecem benefícios tributários (econômicos) sob a forma de renúncia fiscal. Tal renúncia representa redução do custo de produção, portanto, não se deve estranhar a migração de atividades produtivas de um para outro local. Algum agente econômico perderá a oportunidade de obter a vantagem se tiver possibilidade de optar por ela?

A inibição de mudanças poderá decorrer, talvez, de razões de logística que imponham aumento de custos de transporte para distribuir os produtos nos centros de consumo; ou, talvez, da impossibilidade de, dado o prazo de recuperação do investimento, tornar-se desinteressante a mudança da fábrica para outro local; ou, ainda, algum outro fator econômico, que possa influir na decisão, tais como idiosincrasias específicas; etc. Mas, se as condições forem favoráveis (o pólo industrial de Manaus é típico), fácil concluir que as escolhas serão resultantes de imputar "preços" a certas situações que estimulam ou inibem as opções.

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

Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição de riqueza deixa

de lado uma questão prévia, a qual tem que ver com o estímulo à criação de riqueza. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral.

Reagir contra o diálogo entre direito e economia, para condená-lo é posição que carece de racionalidade. Isto porque, ainda que os fatos sejam considerados sob a óptica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, esta qualitativa. Lembre-se que, no direito romano, o desempenho e o esforço dos pretores, estavam voltados para a busca de eficiência na distribuição de justiça e no respeito às normas sociais. Isto em nada é muito diferente do que se faz em *law and economics*. Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao direito (quer se trate de direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais, ou de normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e por isso devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Qual seria o objeto dessa nova área para o estudo do Direito? A relação entre direito e economia perpassa todo o espectro de direitos patrimoniais, notadamente propriedade, contratos e responsabilidade civil, havendo quem a projete até mesmo para o campo delitual penal e relações de família e sucessão.

Para Ronald Coase, *law and economics* demonstra a importância da economia no estudo do direito, notadamente considerando as formulações da nova economia institucional, centrada nas instituições sociais entre as quais, empresas, mercados e normas, que facilitam compreender o sistema econômico. Para Coase, quando os operadores do direito dominarem conceitos econômicos, suplantarão os economistas na avaliação econômica dos efeitos das normas jurídicas, refinando o método de estudo do direito.

Se nenhum outro argumento existisse, bastaria este, do economista, para estimular a pesquisa e o diálogo conjunto entre economistas e juristas. A importância do desbravamento da interdisciplinaridade e os benefícios que dela podem resultar para o aperfeiçoamento do estudo do direito são inegáveis.