

A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito

Sirio Vieira dos Santos Filho*

Resumo

O presente artigo científico tem por escopo estudar a eficiência à luz da análise econômica do direito. Desse modo, o objetivo geral é analisar se o desenvolvimento da *Law and Economics* se, notadamente, suas concepções de eficiência como critério de justiça podem trazer o crescimento econômico da sociedade. Para alcançar tal enfoque, a pesquisa foi dividida em três objetivos específicos. No primeiro, analisar-se-á o aspecto histórico da análise econômica do direito. Na segunda ocasião, examinar-se-á as escolas de pensamento e seus principais precursores. Por fim, avaliar-se-á as diversas concepções de eficiência fundamentadas na análise econômica do direito. Destarte, diante de todo o estudo realizado, traçam-se considerações finais que constata a relevância da análise econômica do direito para o desenvolvimento e a aplicação das normas jurídicas na sociedade. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica Indutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Direito. Economia. Análise econômica do direito. Eficiência.

Introdução

A pesquisa que aqui se propõe terá como objeto o estudo da eficiência à luz da análise econômica do direito. O objetivo geral é analisar se o desenvolvimento da *Law & Economics* e se, notadamente, suas concepções de eficiência como critério de justiça podem trazer o crescimento econômico da sociedade. Para tanto, tem-se a pergunta: A eficiência nos moldes da *Law & Economics* pode ser vista como critério de justiça? Pretende-se assim, evidenciar que o

Recebido em: 20/05/2016 | Aprovado em: 25/06/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6040>

* Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí. Pós-graduando em Direito Público na Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Conciliador Judicial no 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Balneário Camboriú, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Advogado E-mail: siriovsfilho@gmail.com

presente tema pode influenciar as condutas humanas, e consequentemente, o crescimento econômico da sociedade.

Os objetivos específicos contemplados são: a) compreender, em breve resumo, os aspectos históricos e o conceito da análise econômica do direito; b) observar as escolas de pensamento e seus principais precursores; c) analisar as diversas concepções de eficiência.

Quanto à metodologia, tanto na fase de investigação quanto na fase de tratamento dos dados como do relato dos resultados, as informações foram tratadas com base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, serão utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Aspectos históricos

Antes de adentrar no conceito da teoria da análise econômica do direito, deve-se analisar, em primeiro plano, as duas disciplinas – direito e economia – que são a essência da teoria a ser estudada. Com efeito, à luz dos ensinamentos de Miguel Reale e sua teoria tridimensional do direito, há inegável dissensão entre o conceito de direito e economia, visto que:

[...] Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é, principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor [...].¹

Por outro lado, a definição de economia como método de investigação, exposta por Lionel Robbins, traduz-se como “[...] a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”.²

Não obstante os conceitos de direito e economia serem distintos, eles comunicam-se entre si a fim de expandir a compreensão e o alcance do direito bem

¹ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito: situação atual. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 117-118.

² “[...] the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses” ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 2th. ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945. p. 81. Tradução nossa. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2015.

como para aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às consequências.³

No tocante a relação entre as duas disciplinas, Bruno Meyerhof Salama⁴ afirma que tanto o direito quanto a economia lidam com diversos problemas: coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Porém, a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples, pois suas metodologias diferem de modo bastante profundo.

Ademais, Salama faz uma comparação entre as disciplinas, posto que:

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. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.⁵

Portanto, aliar o direito à economia é uma tarefa que, segundo os defensores dessa teoria, pode auxiliar os governantes, não só para lhes explicar os efeitos de uma política sobre a eficiência do uso dos recursos disponíveis, senão também no que se refere à identificação dos efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza.

Diversos doutrinadores, em especial Richard A. Posner,⁶ relatam que uma das bases do movimento da análise econômica do direito veio dos economistas da escola clássica, mormente, Adam Smith. Na obra *The wealth of nations*,⁷ publicada em 1776, Smith defende que a liberdade de concorrência é a melhor solução para a alocação dos recursos, sendo que os preços seriam formados pelo próprio mercado e, por conseguinte, alcançariam o equilíbrio desejado.⁸

Nesse diapasão, é citado o utilitarista Jeremy Bentham⁹ (1748-1832), que tinha por objeto de estudo as leis que regulam comportamento alheio ao mercado. Um dos poucos filósofos que adotou a ideia de que as pessoas agiam como

³ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Apresentação: direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

⁵ SALAMA, 2010, p. 9.

⁶ POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007. p. 25. Tradução de Economic analysis of law.

⁷ Título em português: *Riqueza das nações*.

⁸ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril, 1974.

maximizadoras racionais de seu próprio interesse em qualquer aspecto da vida. Sua proposta central é pesar custos e benefícios a fim de maximizar a felicidade da comunidade em geral, que é o mais elevado objetivo da moral.

Outro autor que serviu de base para a teoria do direito e economia foi o jurista e economista italiano Cesare Beccaria, com a obra *Dos delitos e das penas*,¹⁰ publicada no ano de 1764.

No século XX, diversos doutrinadores constataram o entrelaçamento entre o direito e a economia, buscando respostas de como os direitos de propriedade seriam determinados nas sociedades, eis que até àquela época não haviam esclarecido o ponto de vista econômico, visto que se invocava o argumento baseado no jusnaturalismo¹¹.

Em meados do século XX, os principais precursores teóricos, como Aaron Director,¹² Ronald Coase,¹³ Guido Calabresi,¹⁴ Gary Stanley Becker¹⁵ e Richard Allen Posner¹⁶ concretizaram o domínio da análise econômica do direito, conhecida também pelo termo *Law and Economics*, após diversos artigos publicados

¹⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana (Marchesi di). *Dos delitos e das penas*. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: CD, 2006.

¹¹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>> Acesso em: 11 fev. 2016. p. 89.

¹² Foi um célebre professor e fundador do campo *Law and Economics* na Universidade de Chicago bem como fundador do *Journal of Law and Economics*, no qual diversos artigos publicados foram importantes para o desenvolvimento da disciplina.

¹³ Graduou-se pela Universidade de Londres e na Escola de Economia e Ciência Política de Londres. Ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1991. São suas principais obras: *The firm, the market, and the law* e *The nature of the firm*.

¹⁴ Juiz da Corte de Apelação no Segundo Circuito dos Estados Unidos desde 1994. Antes de sua nomeação, Calabresi era professor na Universidade de Yale, Law School, onde começou a lecionar Direito e Economia em 1959. Até o momento, configura-se como professor emérito. Foi premiado com cerca de cinquenta graus honorários de universidades nos Estados Unidos e no exterior, bem como é autor de seis livros e mais de cem artigos sobre direito e assuntos relacionados. Sua principal obra é *The costs of accidents: a legal and economic analysis*.

¹⁵ Graduou-se na Universidade de Princeton em 1951, tornou-se doutor pela Universidade de Chicago em 1955. Foi professor na Universidade de Columbia de 1957 a 1968, quando retornou para a Universidade de Chicago a fim de lecionar sobre a teoria dos preços na graduação. Economista pioneiro em estudar o comportamento e a interação humanas, mais especificamente a economia da discriminação. Ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1992. Suas principais obras são *Crime and punishment: an economic approach* e *Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism*.

¹⁶ Richard Allen Posner, um dos criadores do movimento em prol do enfoque econômico do direito, nasceu em Nova Iorque, em 1939, estudou Direito em Harvard e atualmente é professor em Stanford na Universidade de Chicago, onde é catedrático emérito. Doutor *honoris causa* por várias universidades, entre elas, Yale. É juiz-presidente do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito da Justiça Federal norte-americana. Obras principais: *Economic analysis of law*, *The economics of justice*; *Law, pragmatism and democracy*; *Overcoming law*; *Frontiers of legal Theory*; entre outros trabalhos.

e trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, especialmente em Chicago, Yale e Berkeley.

Em 1937, o economista britânico Ronald Coase publicou o trabalho inovador *The nature of the firm*¹⁷, em que o autor explica o conceito dos custos da transação bem como a explicação sobre os limites e características das empresas. Entre os anos 1940 e 1950, o economista Aaron Director teve grande influência na Universidade de Chicago ao fundar o campo da *Law and Economics*, bem como ser um notável estudioso em métodos científicos da economia – como estatísticas e teoria do preço – e sua aplicação no pensamento jurídico dos Estados Unidos.¹⁸

Todavia, em 1960, o economista Coase ganhou notoriedade com a publicação de *The problem of social coast*¹⁹, no qual apresenta o Teorema de Coase, que afirma que os direitos de propriedade devem ser bem definidos para superar as externalidades²⁰ previstas no mercado. Para melhor elucidação, o autor apresenta o exemplo da fábrica cuja fumaça causa efeitos prejudiciais aos proprietários de imóveis vizinhos.

Além disso, Gary Becker publicou um ensaio²¹ sobre criminalidade no ano de 1968, no qual revisitou o filósofo Bentham. Nesse ensaio, o economista insistiu que todos os campos do direito poderiam ser estudados e iluminados pelas lentes da economia. Destaca-se, outrossim, que vários estudos que vincularam direito e economia, especialmente a partir da década de 1970, eram focados em temas de competição e monopólio.

Em 1970, Guido Calabresi publicou o trabalho *The cost of accidents: a legal and economic analysis*²², em que sob a ótica da teoria econômica examina a distribuição do risco como critério de imputação de responsabilidade que infor-

¹⁷ COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica, New Series*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. London: Publicado por Wiley on behalf of London School of Economics and Political Science and Suntory and Toyota International Craters of Economics and Related Disciplines. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2626876>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹⁸ Artigo sobre Aaron Director publicado no sítio eletrônico da Universidade de Chicago. Aaron Director, founder of the field of Law and Economics. Disponível em <<http://www-news.uchicago.edu/releases/04/040913.director.shtml>>. Acesso em 15 de dezembro de 2015.

¹⁹ 'COASE, Ronald H. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *O problema do custo social: direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59-112.

²⁰ Externalidades é a parte do impacto que incide sobre os outros.

²¹ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: <<http://www.wu.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

²² CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

ma o direito de danos, posto que o custo accidental total de qualquer atividade econômica inclui tanto o custo esperado dos acidentes que ocorrem quanto os custos esperados pela sociedade a fim de evitar o acontecimento desses incidentes.

Nessa conjectura, denota-se que a análise econômica do direito, que até meados de 1960 era destinada à averiguação econômica do direito antimonopólio, passou a ampliar seu campo de investigação, ganhando mais notoriedade no campo acadêmico, apesar de a temática ainda não ter recebido designação própria.²³

Entretanto, somente em 1973, com a publicação do *Economic analysis of law*²⁴, do precursor Richard A. Posner, que foi consolidado o movimento da análise econômica do direito.

Com efeito, Posner, objetivando advertir o campo de análise resultando desta interconexão entre o Direito e a Economia, adverte que muitos advogados creem que a economia é o estudo da inflação, do desemprego, dos ciclos econômicos e outros fenômenos macroeconômicos alheios às preocupações diárias do sistema legal, o que, como se verá, não é o mais acertado.²⁵

Ademais, outra confusão muito comum é entre a Teoria Econômica do Direito e a Teoria da Eficiência do Direito Comum, uma vez que “la primera trata de explicar el mayor número possible de fenómenos legales mediante el uso de la economía”, enquanto que a segunda, ainda que faça parte da primeira, “postula una meta económica específica para un subconjunto limitado de reglas e instituciones legales”.²⁶

Esclarecendo a subversão quanto ao estudo da teoria, Posner explica que o enfoque econômico do sistema jurídico pressupõe uma compreensão e/ou interpretação da legislação para proporcionar ao homem um racional aproveitamento dos recursos vitais a sua sobrevivência.²⁷

²³ POSNER, 2007, p. 55.

²⁴ POSNER, 2007.

²⁵ POSNER, 2007, p. 25.

²⁶ POSNER, 2007, p. 59-60.

²⁷ Ainda sobre a importância da economia para o direito, ver: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Tradução de Law and economics, p. 33: “A análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia nos ajuda a perceber o direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de políticas públicas”. Ver ainda, ACKERMAN, Susan Rose. Análise econômica progressista do direito – e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo et al.. *Regulação econômica e democrática: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34. 2004. p. 243-280.

Ademais, Ivo Gico Jr.²⁸ leciona que a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de determinados crimes, pode ajudar a compreender o consentimento da sociedade perante algumas leis, bem como assimilar o processo legislativo.

Desse modo, a análise econômica do direito defende que é essencial a aplicação da microeconomia e a economia do bem-estar para explicar, compreender e prever os fatos no ordenamento jurídico.²⁹

Outrossim, o sistema legal é essencial para resolver suas contendas e estruturar suas transações econômicas, conforme Hay, Shleifer e Vishny, citados por Pinheiro e Saddi, ressaltam:

o primado do Direito significa em parte que as pessoas usam o sistema legal para estruturarem suas atividades econômicas e resolverem suas contendas. Isso significa, entre outras coisas, que os indivíduos devem aprender o que dizem as regras legais, estruturar suas respectivas transações econômicas utilizando essas regras, procurar punir ou obter compensações daqueles que quebram as regras e voltar-se a instâncias públicas, como os tribunais e a polícia, para a aplicação dessas mesmas regras.³⁰

Por fim, o conceito da análise econômica de direito pode ser resumido como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais³¹ para uma maior eficiência alocativa a fim de alcançar o bem-estar dentro da moral.³²

Logo, a análise econômica do direito visa examinar o sistema legal em seu conjunto, destinando-se a campos comuns do direito – como aos quase delitos (contravenções penais), aos contratos, às restituições e à propriedade, à teoria e prática da aplicação das penas, ao processo civil, penal e administrativo, à teoria jurídica, na aplicação da lei e na administração judicial, e, inclusive, ao

²⁸ GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

²⁹ PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994. p. 25.

³⁰ HAY; SHLEIFER; VISHNY, 1996, apud PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Curso de Law & Economics. 2005. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2015. p. 12.

³¹ PORTO, Antônio Maristrello. Análise econômica do direito (AED). 2013. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015. p. 10.

³² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89.

direito constitucional –, evidenciado, assim, seu caráter polissêmico e, acima de tudo, imprescindível à seara jurídica.³³

Escolas de pensamento e principais precursores

Houve diversos marcos teóricos para a construção e desenvolvimento da teoria da análise econômica do direito, entre eles, pode-se mencionar: a Escola de Chicago, a Nova Escola Institucional, a escola da *Public Choice* e por fim a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos. A primeira escola de pensamento surgiu na Universidade de Chicago, por intermédio de diversos artigos publicados no *Journal of Law and Economics*, bem como pela relevante obra *Economic analysis of law*,³⁴ de Richard Allen Posner. Aaron Director e Henry Simmons foram os responsáveis pelo início dos estudos sobre matérias relacionadas ao direito e à economia, tais como o Direito Comercial, Direito Tributário, Direito Antitruste e Direito Regulatório. Todavia, o teórico que impulsionou o desenvolvimento da disciplina *Law & Economics* foi Richard Posner, que passou a fazer relação da ideia utilitarista com a maximização da riqueza, a partir da qual o homem busca permanentemente a potencialização de seus interesses e da livre escolha.³⁵

Por outro turno, surge a Nova Escola Institucional,³⁶ também conhecida como *Property Rights*, –, pelos principais teóricos Ronald Coase,³⁷ Harold Demsetz,³⁸ Henry Manne,³⁹ Eirik G. Furubotn e Svetozar Pejovich⁴⁰ e Yoram Barzel⁴¹, que tratam os direitos de propriedade sob os parâmetros econômicos. Essa escola teórica tem como principal característica a generalização do rigorismo e

³³ POSNER, 2007, p. 55.

³⁴ Sua primeira edição foi publicada no ano de 1973.

³⁵ Pode-se observar mais sobre a maximização de riqueza e potencializado de seus interesses nas obras *Economic analysis of law*, *Problemas de filosofia do direito* e *A economia da justiça*.

³⁶ Entre os anos de 1950 e 1960.

³⁷ Possui como principal obra: COASE, Ronald H. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **O problema do custo social**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-112.

³⁸ Possui como principal obra: DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 57, n. 2, p. 347-359, 1967. Papers and proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association.

³⁹ Possui como principal obra: MANNE, Henry. *The economics of legal relationships: readings in the theory of property rights*. Ann Arbor: Universidade de MichiganWest Group, 1975.

⁴⁰ Possuem como principal obra: FURUBOTN, Eirik G; PEJOVICH, Svetozar. *The economics of property rights*. Ann Arbor: Universidade de Michigan; Ballinger, 1974.

⁴¹ Possui como principal obra: BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Cambridge: Cambridge University, 1989.

o uso de técnicas analíticas a fim de prever as consequências das normas relacionadas ao direito de propriedade, buscava também a eficiência no seu uso.⁴²

Conforme Everton Gonçalves das Neves,⁴³ os neoinstitucionalistas pregam que a forma como os direitos de propriedade são distribuídos, bem como os custos de transação, interferem no desempenho econômico, ou seja, pode-se incentivar ou prejudicar o uso racional da propriedade.

Desse modo, denota-se que a Nova Escola Institucional almeja a criação de um sistema de direitos de propriedade bem definidos, que possibilitam trocas voluntárias e garantem que esses direitos permaneçam com aqueles que os valorizam mais. Destarte, a alocação de recursos e a inversão do direito sobre determinada propriedade são permitidas para aquele que fizerem uso mais eficiente dela.⁴⁴

Por sua vez, a terceira escola de pensamento, a *Public Choice*,⁴⁵ relaciona a ciência política com diversos temas de caráter político, como a atuação do Poder Legislativo, a reeleição do legislador e sua popularidade com o povo, a defesa dos interesses do país, a defesa dos direitos sociais, a defesa de bens públicos a defesa dos interesses do país, entre outras propostas. Assim, no momento em que o agente político toma as decisões governamentais para prover o bem-estar social, além de maximizar seu interesse pessoal, ele maximiza o bem-estar de seus representados, observando os custos variados em relação aos benefícios apresentados ou almejados.⁴⁶

Finalmente, apresenta-se a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos – também conhecida por Critical Legal Studies –, surgida em 1977, devido ao professor Tushnet e aos pensadores Heller, Macaulay, Morton Horowitz, Duncan Kennedy, dentre outros estudiosos.⁴⁷ Destaca-se como posicionamento dessa

⁴² GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *law and economics*: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Revista da Faculdade de Direito Juris*, Rio Grande, v. 11, p. 199-219, 2005. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>>. Acesso em: 12 fev. 2016. p. 206.

⁴³ GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 115.

⁴⁴ VERA, Flávia Santinoni. A análise econômica da propriedade. In: TIMM, Luciano Beneti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁵ Surgiu entre os anos de 1950 e 1960, com diversos trabalhos de Anthony Downs e Duncan Black.

⁴⁶ BUCHANAN, James M. *Custo e escolha uma indagação em teoria econômica*. Tradução de Luiz Antonio Pedrosa Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

⁴⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. A análise econômica do direito e sua crítica. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>>. Acesso em: 13 fev. 2016. p. 10.

escola, “o ataque a todo tipo de formalismo e a retomada das ideias marxistas dentro de uma perspectiva utópico-teórica que contraria as perspectivas de um Direito e um Estado dominante”.⁴⁸

Apesar de serem movimentos interdisciplinares, a análise econômica do direito e a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos possuem referências teóricas distintas, posto que a primeira utiliza os preceitos da ciência econômica, a segunda emprega os métodos fundamentados na filosofia social e política, como o feminismo, o estruturalismo e o marxismo, delineando a reformulação do direito com o propósito de democratizar a tomada de decisões.⁴⁹ Após a apresentação superficial das escolas de pensamento, cumpre-se apontar as diferentes concepções de eficiência.

Concepções de eficiência

Com o objetivo de apresentar as diversas concepções de eficiência, faz-se necessário apontar o conceito geral exposto pelos economistas Robert Cooter e Thomas Ulen, em que “diz-se que um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos”.⁵⁰

Partindo dessa definição, denota-se que eficiência está relacionada com a possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício, estando intimamente relacionada com a maximização da riqueza e do bem-estar social.⁵¹ Para tanto, cumpre-se apresentar as diferentes definições de eficiência, estudados dentro da microeconomia e fundamentadas pela *Law & Economics* – eficiência de Pareto e eficiência de Kaldor-Hicks – e, por conseguinte, apontar a Teoria Eficientista de Richard Posner.

Wilfredo Pareto⁵² apresenta sua metodologia de eficiência – também conhecida como eficiência alocativa – sob o prisma de que uma alteração melhora a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro.

⁴⁸ GONÇALVES, 1997, p. 127.

⁴⁹ GONÇALVES, 1997, p. 127.

⁵⁰ COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38. Tradução de *Law and economics*.

⁵¹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81.

⁵² Wilfredo Frederico Damaso Pareto foi engenheiro, advogado e economista franco-italiano que escreveu por volta de 1900 o livro *Curso de economia política*, no qual expôs o Ótimo de Pareto.

Outrossim, a otimalidade de Pareto configura-se quando a alocação não realizar novas melhorias. Por sua vez, Bruno Salama diferencia a otimalidade de forte e fraca de Pareto:

A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto, indiferentes).⁵³

Dessarte, pode-se concluir que será eficiente quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais. Ademais, implicará em ótimo social, posto que os bens transferidos para as mãos daquele que mais o valoriza seria a maior possível.⁵⁴

À vista disso, aponta-se a segunda concepção de eficiência, apresentada por Nicholas Kaldor⁵⁵ e John Richard Hicks⁵⁶, que desenvolveram a ideia de compensação potencial para fazer frente ao problema do critério de Pareto, permitindo comparar os estados das coisas que envolvem tanto os perdedores quanto os ganhadores.

Pode-se dizer, portanto, que o critério Kaldor-Hicks apresenta situações eficientes mesmo com a presença de alguns prejuízos para alguns dos envolvidos, desde que o indivíduo cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensado para manter o seu nível de satisfação.⁵⁷ Por exemplo: na construção de um aeroporto, verifica-se se o conjunto de benefícios (valorização da área urbana, geração de empregos, etc.) superam os custos (desapropriação de terras, trânsito, poluição sonora, etc.). O principal problema desse critério de compensação está no fato de levar em conta apenas o nível de riqueza, deixando de lado o problema da sua distribuição. Outrossim, a comparação do ganho de um grupo para com o outro torna-se impossível, visto que o valor substancial de bens é distinto

⁵³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

⁵⁴ SZTAJN, Rachel. Law & economics. In: Stajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.) *Direito e economia: análise econômica do direito e das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

⁵⁵ Viveu entre 1908 e 1986. Importante economista da escola de Cambridge.

⁵⁶ Viveu entre 1904 e 1989. Ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1972.

⁵⁷ LEMOS, Alan. *Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2015. p. 6.

para cada grupo.⁵⁸ Por fim, a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, e o que hoje é eficiente pode deixar de sê-lo amanhã se um único agente alterar suas prioridades.⁵⁹

Isso posto, impende analisar a concepção de eficiência aprimorada na doutrina análise econômica do direito, pelo autor Richard Posner. Em um primeiro momento, notadamente nas obras *Economics of Justice*⁶⁰ e *Economic analysis of law*,⁶¹ em suas primeiras edições, o autor adotava o enfoque da maximização da riqueza. Já a partir da década de 1990, o autor abandona tal fundamentação e apresenta a visão pragmática do direito nas obras *The problems of jurisprudence*⁶², *Overcoming law*⁶³ e *Law, pragmatism and democracy*.⁶⁴

A respeito da maximização da riqueza, Richard Posner inicia fazendo uma comparação com o utilitarismo, “uma vez que a utilidade é mais difícil de avaliar do que a riqueza, um sistema de maximização da riqueza pode parecer um substituto de um sistema utilitarista, mas é mais do que isso; seu espírito é diferente”.⁶⁵ Entretanto, o autor defende que a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social,⁶⁶ e não apenas um fundamento para as decisões no direito consuetudinário ou jurisprudencial.⁶⁷

Para melhor elucidação, Posner⁶⁸ apresenta o exemplo do “monstro utilitário”, em que para um indivíduo ser capaz de obter satisfação torturando pessoas, dever-se-á comprar o consentimento da vítima. Desse modo, em um sistema de maximização de riqueza, as atividades do monstro subordinam-se às limitações de sua riqueza, e suas vítimas são protegidas pelo sistema de direitos, que o obriga a compensá-las da forma que exigirem. Outrossim, o autor propõe que os operadores do direito devem analisar o fenômeno jurídico sob a

⁵⁸ Por exemplo: Um real vale mais para um indivíduo pobre do que para uma pessoa rica.

⁵⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Apresentação: direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

⁶⁰ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁶¹ POSNER, 2007.

⁶² POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶³ POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁶⁴ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁶⁵ POSNER, 2007, p. 526.

⁶⁶ POSNER, 2007, p. 526.

⁶⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Juspositivistas e pós-positivistas*. Florianópolis: Academia Judicial; Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p. 124. Formato Documento eletrônico.

⁶⁸ POSNER, 2010, p. 99.

perspectiva da maximização da riqueza, devendo as normas jurídicas serem justas para promover tal resultado.⁶⁹

Bruno Salama observa que a definição da maximização da riqueza parte de uma base monetária, sendo entrelaçadas a justiça e o aumento da riqueza. Dessa forma, faz a seguinte análise: “(i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado”.⁷⁰

Enfim, a maximização da riqueza, segundo Posner, implica livres mercados para permitir que as garantias individuais (liberdade e trabalho) sejam realocadas periodicamente, disposições legais que simulem as operações do mercado, um sistema de recursos legais para afastar e retificar o desprezo dos direitos, bem como um sistema de moralidade pessoal a fim de reduzir os custos de transação no mercado.⁷¹

Após uma série de críticas, principalmente de Ronald Dworkin em seu artigo *Is wealth a value?*,⁷² Richard Posner aperfeiçoou a visão eficientista de maximização da riqueza, que chama de teoria pragmática do direito. Em sua teoria pragmática, Posner defende que nos casos difíceis,⁷³ o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo. Além disso, defende a objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico das decisões legais. Em suma, as características do pragmatismo proposto por Posner é de que o processo jurídico seja sem formalidade, funcional, incutido de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica.⁷⁴

Sendo assim, para Posner, o direito não é uma ciência fundada em princípios permanentes, mas, sim, um efeito das decisões judiciais. Fernanda Pacheco Telles, nesse diapasão, aduz que:

⁶⁹ POSNER, 2010, p. 90.

⁷⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Ano. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f>. Acesso em: 3 de fev.2016. p. 21.

⁷¹ NIETO, Rafael Mery. *Notas sobre análisis económico del derecho: uma mirada desde America Latina*. Disponível em: <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>>. Acesso em: 3 fev. 2016. p. 126.

⁷² DWORKIN, Ronald M. *Is wealth a value?* Disponível em: <<https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2016.

⁷³ Compreendidos pela doutrina utilizada como sendo aqueles em que há uma lacuna ou obscuridade na aplicação da legislação ao caso concreto.

⁷⁴ POSNER, 2007, p. 37-38

Ao “converter-se” ao pragmatismo jurídico, Posner deu novos contornos à noção de que a eficiência possa ser 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.⁷⁵⁷⁴

Por seu turno, Bruno Salama conclui que o pragmatismo de Posner é um praticalismo, visto que não há fundações nas decisões jurídicas. Ademais, salienta que nessa teoria o direito é algo instrumental e orientado para o futuro.⁷⁶

Portanto, à luz dos ensinamentos de Posner, ser seguidor do pragmatismo significa possuir “uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos”.⁷⁷

Considerações finais

Ao longo do artigo, viu-se que a partir da interdisciplinaridade do direito e economia fora aperfeiçoado o desenvolvimento e a aplicação das normas jurídicas com relação aos resultados. Ademais, aliar o direito à economia é uma tarefa que, segundo os defensores dessa teoria, pode auxiliar os governantes, não só a lhes explicar os efeitos de uma política sobre a eficiência do uso dos recursos disponíveis, como também no que se refere à identificação dos efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza.

O primeiro item demonstrou os aspectos históricos e o desenvolvimento da análise econômica do direito, o segundo momento apresentou resumidamente as características de cada escola de pensamento, e, por fim, expôs as diversas concepções de eficiência consubstanciadas no presente instituto, uma vez que se busca o crescimento econômico — e quando cada vez mais os recursos estão escassos — sob a instrumentalização moderna das leis. Outrossim, argumenta-se que o Direito aplicado de forma eficiente torna-se moral.

Partindo dessa linha de raciocínio, e sabendo que o instituto da análise econômica do direito é calcado em decisões racionais do ser humano que esti-

⁷⁵ TELES, Fernanda Pacheco. *Análise econômica da função social da empresa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos; Nova Lima, 2009, p. 27.

⁷⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30>. Acesso em: 4 fev. 2016. Direito GV.

⁷⁷ POSNER, 2010, p. 38.

mulam a eficiência econômica como critério de justiça, denota-se que a consagração da disciplina poderá contribuir para a segurança das decisões judiciais, e por conseguinte, o crescimento econômico do país.

Destaca-se, entretanto, que o presente artigo não tem caráter exauriente, mas pretende tecer reflexões sobre o tema, provocando outros e mais aprofundados estudos que possam colaborar com a efetivação da justiça, ideal maior do direito.

The efficiency under the perspective of economic analysis of law

Abstract

This work has the purpose to study scientific institute of Economic Analysis of the right. In this way, it has been specified as general objective to examine whether the development of Law & Economics and, notably, their conceptions of efficiency as the criterion of justice, can bring the economic growth of society. To achieve this focus, the research was divided into four specific objectives. At first, it will analyze the historical aspect of the economic analysis of the right. On the second occasion, will examine the schools of thought and its main precursors. A third moment, it will assess the various conceptions of efficiency. Finally, it will expose the criticisms constructed from the theory of economic analysis of the right. Thus, before the whole study performed if moth final considerations that note the relevance of the economic analysis of law to development and the application of the legal rules in society.

Keyword: Law. Economy. Economic analysis of law. Efficiency

Referências

- BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Cambridge: Cambridge University, 1989.
- BECCARIA, Cesare Bonesana . *Dos delitos e das penas*. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: CD, 2006.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. New York: Columbia University, 1968. Disponível em <<http://www.wu.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril, 1974.
- BUCHANAN, James M. *Custo e escolha uma indagação em teoria econômica*. Tradução de Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.
- CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven and London: Yale University, 1970.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica, New Series*, cidade, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2626876>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

COASE, Ronald H. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *O problema do custo social: direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Tradução de Law and economics.

DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 57, n. 2, p. 347-359, 1967. Papers and proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association.

DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value?. Disponível em: <<https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2016.

FURUBOTN, Eirik G; PEJOVICH, Svetozar. *The economics of property rights*. Ann Arbor: Universidade de Michigan; Ballinger, 1974.

GICO JR, Ivo. *Introdução ao direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. A análise econômica do direito e sua crítica. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>. Acesso em: 13 fev. 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a law and economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Revista da Faculdade de Direito Juris*, Rio Grande, v. 11, p. 199-219, 2005. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

LEMONS, Alan. *Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do direito*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2015.

MANNE, Henry. *The economics of legal relationships: readings in the theory of property rights*. Ann Arbor: Universidade de Michigan West Group, 1975.

NIETO, Rafael Mery. *Notas sobre análisis económico del derecho: uma mirada desde America Latina*. Disponível em: <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

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

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

- PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Curso de Law & Economics. 2005. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- PORTO, Antônio Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. 2013. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf> Acesso em: 13 abr. 2015.
- POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007. Tradução de Economic analysis of law.
- POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ROBBINS, Lionel. An essay on the nature and significance of economic science. 2th ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945. p. 81. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2015.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Apresentação: direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f/>. Acesso em: 3 fev. de 2016.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30>. Acesso em: 4 fev 2016. Direito GV.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SZTAJN, Rachel. Law & economics. In: Stajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TELES, Fernanda Pacheco. *Análise econômica da função social da empresa*. Dissertação (Mestrado em ??) — Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009.
- VERA, Flávia Santinoni. A análise econômica da propriedade. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Juspositivistas e pós-positivistas*. Florianópolis: Academia Judicial; Centro de Estudos Jurídicos, 2013. Formato eletrônico.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.