

# Recensão à Obra *El Análisis Económico del Derecho*<sup>\*\*</sup>, de Richard Posner – Capítulos I e II

Eugênio Rosa de Araújo\*

## 1. Capítulo I: O Direito e a Economia – Introdução

A economia é uma ferramenta para analisar um vasto conjunto de questões legais pensando, ao mesmo tempo, que os juristas têm dificuldades para relacionar os princípios econômicos com os problemas legais concretos.

O livro se propõe a basear a análise da teoria econômica com questões legais concretas e variadas.

### 1.1. Conceitos Fundamentais

A economia é a ciência da eleição racional em um mundo onde os recursos são limitados em relação com as necessidades humanas.

Assim definida a economia, sua tarefa consiste em explorar as consequências da suposição de que o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, seu interesse próprio. Não se deve confundir maximização com o cálculo consciente. A economia não é uma teoria do consciente. O comportamento é racional, seja lá qual for o estado mental de quem a eleja. O interesse próprio não se confunde com o egoísmo; a felicidade (ou a miséria) de outras pessoas pode formar parte de nossas satisfações.

O conceito de homem como um maximizador racional de seu interesse próprio implica que as pessoas respondam a certos incentivos (que, se alteradas as circunstâncias de um indivíduo de tal modo que possa incrementar suas satisfações modificando seu comportamento, o indivíduo em questão o fará). Desta proposição se derivam os três princípios fundamentais da economia: 1. a relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada (lei da demanda). Se o preço aumenta, o consumidor, como é racional e com interesse próprio, reagirá procurando o mesmo bem, posto que os demais não são bons substitutos. Nada obstante, alguns consumidores comprarão menos do bem mais caro e mais dos substitutos, de modo que diminuirá a quantidade total demandada pelos compradores e, portanto, a quantidade produzida.

Esta análise supõe que a única alteração no sistema é a do preço relativo ou da quantidade. Não obstante, se, por exemplo, a demanda aumentar ao mesmo tempo em que o preço, quem sabe não diminuiria a quantidade demandada e oferecida; poderia inclusive aumentar.

---

\* Juiz Federal da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

\*\* Editora Fondo de Cultura Econômica

A análise também omite o possível efeito de uma mudança do preço relativo sobre os ganhos. Tal mudança poderia ter um efeito de retroalimentação sobre a quantidade demandada. Suponha que uma redução de receita de uma pessoa a faça comprar mais de um bem particular. Em tal caso, um aumento de preço desse bem trará dois efeitos sobre os seus consumidores: 1) os produtos substitutos se tornarão mais atrativos e, 2) se reduzirá a riqueza dos consumidores, porque agora o mesmo dinheiro compra menos bens. O primeiro efeito reduz a demanda do bem, mas o segundo (sob a suposição de que se trata de um bem inferior) aumenta sua demanda e é concebível, ainda que improvável, que supere o primeiro. É improvável que os efeitos de riqueza de uma mudança de preço de apenas um bem sejam suficientemente grandes para exercer algo mais que um insignificante efeito de retroalimentação sobre a demanda; é dizer, os efeitos de substituição de uma mudança de preço comumente superam os efeitos de ganhos ou riqueza. Portanto, de ordinário podemos omitir estes últimos efeitos.

A lei da demanda não se aplica só aos bens que tenham preços explícitos. Às vezes professores impopulares aumentam o número de seus alunos, elevando a média dos estudantes; isto porque os professores rigorosos têm menos alunos que os flexíveis. Diz-se que o criminoso convicto “pagou sua dívida com a sociedade” depois de cumprida a pena. O castigo é o preço que a sociedade cobra por um delito. O economista prognostica que um aumento da severidade do castigo ou da probabilidade de sua imposição elevará o preço do delito e dessa forma reduzirá sua incidência, se estimulará o criminoso para que se dedique a outra atividade. Os economistas chamam “preços de sombra” aos preços que não são pecuniários.

Suponha-se que os consumidores do bem alternativo ou o criminoso, tratem de maximizar sua utilidade (felicidade, prazer, satisfação). No caso dos vendedores, de regra falamos de maximização de benefício e não da maximização da utilidade. Os vendedores tratam de maximizar a diferença entre seus custos e o valor de suas vendas, mas por ora só nos interessa o preço mais baixo que cobraria um vendedor racional com interesse próprio. Esse mínimo é o preço que os recursos consumidos na elaboração (e venda) do produto do vendedor alcançariam em seu seguinte uso melhor: o preço alternativo. Isto é o que o economista entende por custo de um bem, e sugere porque um vendedor racional não venderia abaixo do custo. Por exemplo, o custo de fabricação de uma podadora é o preço que deve pagar o fabricante pelo capital, a mão-de-obra, os materiais e outros recursos consumidos para fabricá-la. Esse preço deve ser maior que o preço a que poderiam ter-se vendido os recursos ao melhor comprador, porque se o fabricante não estivesse disposto a melhorar esse preço não teria sido o melhor comprador e não teria obtido os recursos. Mais adiante se examinará a complicação que se apresenta quando os vendedores de um insumo fixam um preço maior que seu preço alternativo.

Um corolário da noção de custo como preço alternativo é que só se incorre em um custo quando se nega a alguém o uso de um recurso. Dado que posso respirar todo ar que queira sem privar ninguém do ar que desejo, ninguém me pagará para que entregue meu ar; portanto, o ar não custa nada. Para o economista o custo é

“custo de oportunidade”; o benefício sacrificado ao empregar um recurso de tal modo que impeça seu uso para alguém mais. Vejamos outros exemplos de custo de oportunidade:

1) O custo da educação superior são os ganhos que o estudante ganharia se trabalhasse em lugar de assistir às aulas; esse custo é maior que o custo do estudo; 2) Suponhamos que os custos de mão de obra, capital e materiais de um barril de petróleo são \$ 2, mas que, em virtude de que o petróleo de custo baixo está se esgotando rapidamente, se espera que em 10 anos custe \$ 20 a produção de um barril de petróleo. O produtor que conserve seu petróleo todo esse tempo o venderá então a \$ 20. Essa soma de \$ 20 é um custo de oportunidade de venda do petróleo no presente (ainda que não um custo de oportunidade líquido, porque se o produtor espera para vender seu petróleo perderá os juros que teria ganhado vendendo agora e investindo o dinheiro). Em contrapartida, suponhamos que o preço atual do petróleo é de só \$ 4 o barril, de modo que se o produtor vende agora só obterá um lucro de \$ 2. Investe-se esta soma de \$ 2, é pouco provável que a soma cresça até \$ 20 dentro de 10 anos. Portanto, convirá deixar o petróleo no subsolo. Observe que, quanto mais se espera que o petróleo escasseie no futuro, maior será o preço futuro e, em consequência, será maior a probabilidade de que o petróleo se deixe no subsolo (para aliviar a escassez futura).

Esta discussão do custo poderia ajudar a destruir uma das falácias mais tenazes acerca da economia: que esta se ocupa do dinheiro. Pelo contrário, se ocupa do uso dos recursos; o dinheiro é só um direito sobre os recursos. O economista distingue entre as transações que afetam o uso dos recursos, independentemente de que o dinheiro troque de mãos, e as transações puramente pecuniárias. O trabalho doméstico é uma atividade econômica, ainda que quem a realize seja a esposa que não recebe compensação pecuniária; suporta um custo, em particular o custo de oportunidade do tempo do trabalhador doméstico. O sexo também é uma atividade econômica. A busca de uma parceira sexual (assim como o ato sexual mesmo) toma tempo e assim impõe um custo, medido pelo valor desse tempo em seu uso melhor. O risco de contrair uma doença ou uma gravidez não desejada também é um custo do sexo: um custo real, ainda que não primordialmente pecuniário. Ao contrário, a transferência, por meio dos impostos, de \$ 1000 que passam de minhas mãos às de um pobre (ou rico) careceria de custo em si mesma, independentemente de seus efeitos sobre meus incentivos e os do beneficiário, os outros custos de sua execução, ou quaisquer diferenças possíveis no valor de um dólar para cada uma das partes; não diminuiria o acervo dos recursos. Diminuiria meu poder de compra, mas aumentaria na mesma quantidade o poder de compra do beneficiário. É dizer, havia um custo privado mas não um custo social. Um custo social diminui a riqueza da sociedade; um custo privado só redistribui essa riqueza.

A concorrência é grande fonte de externalidades pecuniárias por oposição às tecnológicas, é dizer, de transferência de riqueza, por oposição às imposições de custo àqueles que não os desejam.

Suponhamos que A abra um posto de gasolina em frente ao posto de B, de modo que subtraia lucros de B. Dado que a perda de B é o ganho de A, não há diminuição da riqueza total e, portanto, não há custo social, ainda que B se veja prejudicado pela concorrência de A, pelo que incorre em um custo privado.

A distinção entre os custos de oportunidade e os pagamentos de transferência, i.e., entre os custos econômicos e contábeis, ajuda a mostrar que o custo é para o economista um conceito orientado para o futuro. Os custos incorridos não afetam as decisões sobre o preço e a quantidade.

Esta discussão dos custos sofridos ajuda a explicar a insistência dos economistas na perspectiva *ex ante* (antes do fato) mais que na perspectiva *ex post* (depois do fato). As pessoas racionais baseiam suas decisões em suas perspectivas de futuro não em suas lamentações sobre o passado. Tratam o passado como passado. Se se permite que as lamentações destruam as decisões, se prejudicará a capacidade das pessoas de forjar seu destino. Se se permite que um dos contratantes revise *ex post* os termos do contrato celebrado livremente, porque os resultados não foram bons para ele, deixarão de celebrar muitos contratos.

A aplicação mais famosa do conceito de custo de oportunidade em análise econômica do Direito é o Teorema de Coase.

Esse teorema sustenta que as externalidades não provocam a alocação imperfeita de recursos, desde que os custos de transação (para a elaboração de contratos e negociações de acordos) sejam nulos, e os direitos de propriedade, bem definidos e respeitados. Nesse caso, as partes – o produtor e o consumidor da externalidade – teriam um incentivo de mercado para negociar um acordo em benefício mútuo, de tal forma que a externalidade (economias externas) fosse “internalizada”. O teorema estabelece que o resultado desse processo de troca seria o mesmo, qualquer que fosse – o produtor ou consumidor de externalidade – aquele que possuísse poder de veto ou direito de propriedade de usar ou não o recurso.

As externalidades, ou economias externas, seriam os benefícios obtidos por empresas que se formam (ou já existentes) em decorrência da implantação de um serviço público (ex.: energia elétrica) ou de uma indústria, proporcionando às primeiras, vantagens antes inexistentes.

Esse teorema de Coase diz que se as transações carecem de custo, a imputação inicial de um direito de propriedade não afetará o uso final da propriedade.

Suponhamos que um agricultor seja proprietário de uma terra que inclui o direito de impedir a destruição de sua colheita, pelas fagulhas das locomotivas que transitam perto. A colheita vale \$ 100 para ele. É muito maior o valor que tem para a ferrovia o uso irrestrito de seu direito de via, mas a um custo de \$ 110 pode instalar dispositivos que eliminem o perigo de incêndios, de modo que então poderá operar quantos trens quiser sem prejudicar a colheita do agricultor. Com estas suposições, o valor real da colheita para o agricultor não é \$ 100, mas um valor entre \$ 100 e \$ 110, porque, a qualquer preço menor de \$ 110, a ferrovia preferiria comprar o direito de propriedade do agricultor em lugar de instalar os dispositivos contra fagulhas.

Sem embargo, o agricultor só pode avaliar o valor maior da colheita vendendo seu direito de propriedade à ferrovia; se não o faz, sua terra tenderá ao mesmo uso (uma espécie de uso insuscetível ao jogo) que se lhe haveria dado se a ferrovia tivesse sido seu proprietário inicial.

A concorrência tende a fazer com que o custo de oportunidade seja o preço máximo, assim como o preço mínimo.

Um preço maior que o custo de oportunidade é um imã que atrai recursos até a produção do bem e até que o aumento da produção faça baixar o preço até o nível do custo, por efeito da lei da demanda.

O custo marginal é o dispêndio de uma unidade adicional de uma determinada mercadoria ou produto; o custo marginal do capital é o custo de obtenção de fundos adicionais, o que geralmente equivale a taxas de juros vigentes no mercado para tal tipo de operação.

O custo marginal para Posner é a alteração gerada nos custos totais pelo acréscimo de uma unidade na produção, é dizer, é o custo que se evitará produzindo uma unidade a menos.

Equilíbrio significa um ponto estável, *i.e.*, um ponto em que não há nenhum incentivo para que os vendedores alterem o preço ou a produção, a menos que mudem as condições de demanda ou de oferta.

A diferença entre os ganhos totais e os custos de oportunidade totais da produção denomina-se renda econômica. A renda é a diferença positiva entre os ganhos totais e os custos de oportunidade totais.

Sob concorrência, só ganham rendas os proprietários de recursos que não podem aumentar-se com rapidez e baixo custo, para satisfazer um aumento da demanda dos bens que estão habituados a produzir.

Os ganhos muito altos auferidos por cantores, atletas e advogados contêm rendas econômicas geradas pela escassez inerente aos recursos que controlam: uma excelente voz, a habilidade e a determinação atléticas, as habilidades analíticas e forenses do advogado exitoso. Seus ganhos podem superar amplamente seus ganhos potenciais mais altos em ocupações alternativas, ainda quando vendam seus serviços em um mercado plenamente competitivo. O monopolista, que cria escassez artificial de seu produto, ganha uma diferente classe de renda econômica, analisada no Capítulo IX (Teoria do Monopólio).

O autor, ao mencionar a hipótese em que a oferta é menor que a demanda, pondera que a razão é que o preço menor reduz o incentivo dos produtores de produzir o bem ao mesmo tempo em que aumenta o desejo dos consumidores de comprá-lo. O resultado é uma escassez. Como se restabelece o equilíbrio? Utilizando um método de ajuste da oferta à demanda distinto do preço. Por exemplo, os consumidores poderiam ver-se obrigados a fazer filas para obter o produto; o custo de seu tempo determinará o tamanho da fila. As filas são comuns nos mercados de preços controlados. A eliminação do controle de preços elimina as filas.

O terceiro princípio básico da economia é que os recursos tendem a dirigir-se aos seus usos mais valiosos se se permite o intercâmbio voluntário – um mercado.

Por um processo de intercâmbio voluntário, os recursos se deslocam até os usos em que é maior o valor para os consumidores, medidos pela sua disposição de pagar. Quando os recursos se usam onde seu valor é mais alto, podemos dizer que se estão empregando eficientemente.

Uma oportunidade de benefício é um ímã que atrai recursos para uma atividade. Se o ímã não funciona, o economista não conclui que os indivíduos são tolos, ou têm gostos raros, ou tenham deixado de ser maximizadores racionais, mas que há barreiras para o livre fluxo dos recursos. A barreira poderia ser os elevados custos de informação, externalidade etc.

## 1.2. Valor, Utilidade, Eficiência

O valor econômico de algo consiste naquilo que alguém está disposto a pagar por ele; ou, se já o tem, na quantidade de dinheiro que perde por desfazer-se dele. Estas quantidades não são sempre as mesmas, o que pode causar dificuldades.

Em economia, se usa a palavra utilidade em dois sentidos diferentes. O primeiro como o valor de um custo ou benefício incertos por oposição a um certo; neste sentido, a utilidade se liga ao conceito de risco. Suponhamos que lhe perguntem se prefere receber um milhão ou a probabilidade de 10% de ganhar 10 milhões. É provável que você prefira o primeiro, ainda que o valor esperado das duas eleições seja o mesmo: um milhão. É provável, então, que sinta aversão ao risco. A aversão ao risco é um corolário do princípio da utilidade marginal decrescente do dinheiro, o que significa que, quanto mais dinheiro tenha, menor será a felicidade que obterá em cada dólar adicional. A utilidade marginal decrescente se ilustra melhor com bens menos versáteis que o dinheiro (ex.: lâmpadas, cadeiras e chapéus). Sem embargo, podemos aceitar que outro dólar significará menos para uma pessoa à medida que sua riqueza aumenta. Suponhamos que você tenha uma riqueza líquida de um milhão. Estaria disposto a arriscá-la para ganhar dois milhões? Se não está disposto a fazê-lo, isto significa que seu primeiro milhão de dólares vale para você mais do que valeria o segundo.

A aversão ao risco não é um fenômeno universal, os jogos de azar ilustram isso. Os economistas creem que a maioria dos indivíduos sentem aversão ao risco a maior parte do tempo, ainda que as respostas institucionais para a aversão ao risco como o seguro, a formação de corporações, possam fazer com que os indivíduos se sintam neutralizados ao risco em muitas situações.

O uso das palavras “valor” e “utilidade” serve para distinguir entre:

1) um custo ou benefício esperados (o custo ou benefício em dólares multiplicado pela probabilidade que efetivamente se materialize); e

2) o que vale esse custo ou benefício esperado para alguém que não é neutro ao risco obscurece uma distinção mais importante. É a distinção entre: a) o valor em um sentido econômico amplo, o que inclui a ideia de que uma pessoa que sente aversão ao risco “valorize” um dólar mais que uma probabilidade de 10% de ganhar



10 dólares; e b) a utilidade no sentido utilizado pelos filósofos do utilitarismo como um sinônimo (aproximado) da felicidade.

Suponhamos que o extrato de glândula pituitária apresenta uma oferta muito escassa em relação à demanda, de modo que é muito caro. Uma família pobre tem um filho que será um anão se não recebe este extrato, mas a família não pode pagar o preço e não poderia ainda que pudesse pedir emprestado sobre os ganhos que pudesse auferir o menino se se convertesse em uma pessoa de estatura normal, porque o valor presente de tais ingressos, descontando seu consumo, é menor que o preço do extrato. Uma família rica tem um filho que crescerá com uma estatura normal, mas o extrato garantirá mais uns centímetros e seus pais decidem comprá-lo. No sentido de valor utilizado neste livro, o extrato é mais valioso para a família rica que para a família pobre, porque o valor se mede pela disposição de pagar; mas o extrato geraria maior felicidade no seio da família pobre que no da família rica.

Como revela este exemplo, o termo eficiência, quando se usa, como neste livro, para denotar a dotação de recursos que maximiza o valor, tem certas limitações como um critério ético da tomada de decisões sociais. No sentido utilitário, a utilidade também tem graves limitações, e não só porque é difícil de medir quando se abandona o parâmetro da disposição de pagar. O fato de que uma pessoa tenha maior capacidade para o prazer que outra não é uma razão muito boa para impor uma transferência de riqueza da segunda para a primeira. Outros critérios éticos familiares têm seus próprios problemas graves. Neste livro não se tratará de defender a eficiência como o único critério válido da eleição social, mas suporemos que se trata de um critério importante, como provavelmente estará de acordo a maioria das pessoas. A eficiência é a preocupação principal dos estudiosos da política pública em muitas áreas de interesse para o analista econômico do direito, tais como as leis antitruste.

Muitos economistas preferem uma definição de eficiência menos controversa que limita o parâmetro a transações puramente voluntárias. Suponhamos que A venda a B um adorno por \$ 10, que ambas as partes estão plenamente informadas e; que a transação não tem nenhum efeito sobre outras pessoas. Diremos, então, que a dotação de recursos gerada pela transação é ótima no sentido de Pareto, a dotação de recursos antes da transação. Uma transação ótima no sentido de Pareto é aquela que melhora a posição de ao menos uma pessoa, sem piorar a posição de ninguém. O critério de otimização no sentido de Pareto é a unanimidade de todas as pessoas afetadas. Esta é uma concepção muito austera da eficiência, com poucas aplicações no mundo real, porque a maioria das transações têm efeitos sobre terceiros.

No conceito menos austero de eficiência que se utiliza neste livro – chamado de o conceito de Kaldor-Hicks ou de maximização da riqueza –, se A avalia o adorno de madeira em \$ 5 e B em \$ 12, com um preço de venda de \$ 10, a transação gerará um benefício total de \$ 7. Com um preço de \$ 10, por exemplo, A se considera \$5 melhor, enquanto que B se considera \$ 2 melhor – haverá uma transação eficiente, sempre que o dano causado (se há algum) a terceiros não exceda \$ 7. A transação só seria ótima no sentido de Pareto se A e B compensarem os terceiros pelos danos que

lhes infringiram. O conceito de Kaldor-Hicks também recebe o nome de superioridade potencial de Pareto. Os ganhadores podiam compensar os perdedores, ainda que não o fizessem efetivamente.

Em virtude de que quase nunca se satisfazem no mundo real as condições para a superioridade no sentido de Pareto, mas os economistas falam muito da eficiência, está fora de dúvida que a definição de eficiência que se usa em economia não é a superioridade no sentido de Pareto. Quando um economista afirma que o livre comércio ou a concorrência ou o controle da contaminação ou alguma outra política fazem o estado do mundo ser eficiente; nove em cada 10 vezes se refere à eficiência de Kaldor-Hicks, como o faremos neste livro.

O fato de que o conceito de eficiência baseado na superioridade no sentido de Pareto dependa de uma distribuição de riqueza – porque a disposição a pagar, e portanto o valor, são uma junção dessa distribuição –, limita-se mais a eficiência como um critério final do bem social. Se o ingresso e a riqueza se distribuem de outro modo, o padrão de demanda também poderia ser diferente, e a eficiência requereria uma dotação diferente de nossos recursos econômicos. Dado que a economia não decide se a distribuição atual do ingresso e da riqueza é boa ou má, justa ou injusta, tampouco pode dizer se uma dotação eficiente de recursos é desejável do ponto de vista social ou ético. Supondo que a distribuição atual do ingresso e da riqueza seja justa, o economista tampouco pode nos dizer se a satisfação do consumidor deverá ser o valor dominante na sociedade. Portanto, a competência numa discussão sobre o sistema legal é limitada. O economista pode prognosticar o efeito das regras e dos arranjos legais sobre o valor e a eficiência em seus sentidos estritamente técnicos, e sobre a distribuição atual do ingresso e da riqueza, mas não pode expedir prescrições obrigatórias para a mudança social.

Uma questão importante em análise econômica do direito consiste em saber se uma troca involuntária poderia incrementar a eficiência e sob quais circunstâncias. Apesar de que a eficiência não se define como algo que só uma transação voluntária pode criar – ainda que use em seu lugar o conceito de Kaldor-Hicks –, sabemos que a disposição de pagar só pode ser determinada com confiança observando efetivamente uma transação voluntária. Quando os recursos se deslocam em decorrência de uma transação, podemos estar razoavelmente seguros de que a troca leva a um aumento da eficiência. A transação não teria ocorrido se ambas as partes não tivessem esperado melhorar. Isto significa que os recursos transferidos são mais valiosos nas mãos do seu novo proprietário. Sem embargo, muitas das transações efetuadas pelo sistema legal são involuntárias. A maioria dos delitos e dos acidentes são transações involuntárias, como o é uma resolução legal para que se paguem danos ou uma multa. Como sabemos quando tais transações incrementam a eficiência e quando reduzem?

Não podemos sabê-lo com a mesma certeza com que podemos julgar que a maioria das transações voluntárias incrementam a eficiência. Se insistirmos em que uma transação seja efetivamente voluntária para poder saber que é eficiente – efetivamente voluntária porque se compensou plenamente a todos



os perdedores potenciais –, teremos poucas oportunidades para formular juízos sobre a eficiência, posto que muito poucas transações são voluntárias neste sentido; teremos que regressar à superioridade no sentido de Pareto. Um enfoque alternativo, que tem o espírito de Kaldor-Hicks e que se usa muito neste livro, consiste em conjecturar-se, no caso de uma transação voluntária que tivesse sido viável, houvesse ocorrido eficiência. Por exemplo, se se trata de saber se a água limpa é mais valiosa como um insumo da produção de papel que como um meio para passear de bote, poderíamos tratar de determinar (utilizando todos os dados quantitativos ou de outra classe de que dispusermos) se em um mundo de custos de transação nulos, a indústria papeleira compraria daqueles que passeiam de bote o direito de usar a água em questão.

Este enfoque trata de reconstruir os termos prováveis de uma transação de mercado quando em realidade ocorreu um intercâmbio forçado (é dizer, trata de imitar ou simular a operação de mercado). Um intercâmbio forçado, quando o sistema legal trata mais de conjecturar se o intercâmbio incrementou ou reduziu a eficiência, é um método de dotação de recursos menos eficiente que uma transação de mercado, quando são viáveis as transações de mercado. Não obstante, estas não são viáveis, e então a eleição se faz entre um sistema inevitavelmente rudimentar de intercâmbios forçados, legalmente regulados, e as ineficiências ainda maiores de proibir todos os intercâmbios forçados, porque todos têm algum efeito sobre terceiros.

Para além do problema implícito na aplicação do conceito de Kaldor-Hicks, existe um problema filosófico. Em um mercado explícito, as duas partes de uma transação se veem compensadas por sua participação; se não fosse assim, a transação não seria voluntária nem sequer em um sentido frouxo. Em contrapartida, quando, por exemplo, o sistema legal, invocando o conceito de prejuízo, ordena a uma pessoa que deixe de dar certo uso a sua terra, alegando que cria menos valor que a diminuição do valor da terra circundante, o demandado não se vê compensado. Portanto, numa transação legalmente forçada incrementa a felicidade líquida com menos certeza que uma transação de mercado, porque o sofrimento dos perdedores (não compensados) poderia superar a alegria dos ganhadores. E se os esforços legais que se fazem para simular os resultados do mercado não promoverem a felicidade, como poderão defender-se? Em suma, qual é a base ética do conceito de Kaldor-Hicks, correspondente à base ética utilitária, ou referente à frequência da superioridade no sentido de Pareto? Uma resposta é que as coisas que a riqueza possibilita – não só, ou principalmente, bens luxuosos, como também o ócio, a comodidade, a medicina moderna e as oportunidades de expressão própria e autorrealização – são ingredientes importantes da felicidade da maioria das pessoas, de modo que a maximização da riqueza ajuda a maximizar a utilidade. Esta resposta vincula a eficiência com o utilitarismo, nos capítulos VIII e XVI se discutirão as respostas que vinculam a eficiência com outros princípios éticos.

O enfoque de Kaldor-Hicks, o de maximização da riqueza, enfrenta um problema especial (ainda que se relacione com a observação anterior acerca da dependência

da alocação eficiente dos recursos em respeito à distribuição atual do ingresso e da riqueza) quando o montante da transação é uma grande parte da riqueza de uma das partes. Suponhamos que recuso uma oferta de \$ 100.000 pela minha casa, mas, em seguida, é desapropriada pelo Governo, pagando-me \$ 50.000, que é seu valor de mercado. O Governo estaria seduzido de vender-me a casa por \$ 100.000 – vale menos que isso para o Governo, mais que \$ 50.000 –, mas não tenho \$ 100.000 nem posso conseguir emprestado a soma. Em que mãos vale mais a casa: nas minhas ou nas do Governo? Ao considerar este enigma, tenha em conta que o termo “riqueza”, tal como usam os economistas, não é um conceito contábil: mede-se pelo que os indivíduos pagariam pelas coisas (ou pediriam em troca de desfazer-se das coisas que possuem), não pelo que efetivamente pagam por elas. Assim, o ócio tem valor e forma parte da riqueza, ainda que não se compre e venda. Podemos dizer que o ócio tem um preço implícito ou sombra (calculado de que forma?).

### 1.3. O Realismo das Premissas do Economista

O leitor não familiarizado com a economia poderia estar desconcertado pelo que parecem ser os pressupostos muito pouco realistas da teoria econômica. O pressuposto básico – o de que o comportamento humano é racional – parece refutado pelas experiências e observações da vida diária, embora a contradição seja menos flagrante, enquanto se compreende que o conceito de racionalidade utilizado pelo economista é objetivo e não subjetivo, de modo que não é uma incongruência falar de uma rã racional. Ainda assim, os pressupostos da teoria econômica são unidimensionais e pálidos quando se contemplam como descrições do comportamento humano, em particular o comportamento de “atores” econômicos pouco convencionais como o juiz, o litigante, o padre, o violador e outros personagens que encontraremos na análise econômica do Direito. Sem embargo, a abstração está na essência da investigação científica, e a economia aspira ser científica. Por exemplo, a Lei de Newton dos corpos que caem é pouco realista em seu pressuposto básico de que os corpos caem num vázio, porém segue sendo uma teoria útil, porque prognostica com razoável exatidão o comportamento de uma grande diversidade de corpos que caem em um mundo real. De igual modo, uma teoria econômica do Direito não incluirá toda a complexidade, riqueza e confusão dos fenômenos (penais, judiciais, maritais etc.) que trata de elucidar. Mas sua falta de realismo no sentido da plenitude descritiva, longe de invalidar a teoria, é uma condição desta. Uma teoria em que seus pressupostos tratará de reproduzir fielmente a complexidade do mundo empírico não seria uma teoria – uma explicação – senão uma descrição.

Grande parte deste livro se ocupa de propor explicações econômicas para fenômenos legais modelados em termos econômicos.

Os efeitos da desregulamentação, por exemplo, na indústria aeronáutica nos EUA e nas economias socialistas da Europa Oriental, têm sido os prognosticados pelos economistas. Em particular, a desintegração econômica da antiga URSS confirmou os prognósticos da análise econômica, a saber: a regulação de preços gera filas, mercados negros e escassez.

Outra prova de capacidade de uma teoria científica é sua capacidade de apoiar intervenções eficazes no mundo da ação. O exemplo mais palpável é o da bomba atômica, que demonstrou que a teoria atômica moderna não era só outra especulação engenhosa acerca de entidades invisíveis. Também neste sentido a economia tem tido alguns êxitos, ainda que mais modestos que os das ciências naturais. Os economistas criaram novos métodos para a determinação de preços dos produtos financeiros e outras classes; novas estratégias da atividade financeira; novos métodos para a compensação de empregados e executivos, e novos métodos de regulação. Estas intervenções têm funcionado, o que sugere que a teoria econômica é em realidade algo mais que lindas matemáticas.

## **2. Capítulo II: O Enfoque Econômico do Direito**

### **2.1. Sua História**

Até uns trinta anos, a análise econômica do Direito era quase sinônimo de direito contra os monopólios, embora houvesse alguns trabalhos econômicos sobre o direito fiscal (Henry Simons), o direito corporativo (Henry Manne) e a regulação dos serviços públicos e os transportes coletivos (Ronald Coase *et al*). Os arquivos de casos antitruste eram uma mina de informação sobre as práticas empresariais; e os economistas, que nessa época estavam preocupados com a questão do monopólio, trataram de descobrir as justificações e consequências econômicas de tais práticas. Seus descobrimentos tiveram consequências para a política legal, mas basicamente o que estavam fazendo não era diferente do que os economistas têm feito tradicionalmente: tratar de explicar o comportamento dos mercados econômicos explícitos.

A análise econômica das leis antitruste e de outras regulações legais dos mercados econômicos explícitos segue sendo um campo próspero e reabre uma atuação considerável com este livro. Sem embargo, o selo distintivo do “novo” direito e economia – o direito e economia que surge nos últimos 30 anos – é a aplicação da economia ao sistema legal por todas as partes: a campos do direito comum, tais como os danos, os contratos, a restituição e a propriedade; à teoria e a prática da pena; ao procedimento civil, penal e administrativo; à teoria da legislação e da regulação; à imposição da lei e da administração judicial; e, inclusive, ao direito constitucional, ao direito primitivo, ao direito naval, ao direito de família e à jurisprudência.

A teoria do novo Direito e Economia surgiu com o primeiro artigo de Guido Calabresi sobre os danos e com o artigo de Ronald Coase sobre o custo social. Estes foram os primeiros intentos modernos em aplicar sistematicamente a análise econômica a áreas do direito que não regulam expressamente relações econômicas. Podemos encontrar indícios anteriores de um enfoque econômico para os problemas do direito de acidentes e de prejuízos discutidos por Calabresi e Coase, especialmente na obra de Pigou, que serviram para a análise de Coase, mas este trabalho influenciou pouco no pensamento legal.

O artigo de Coase divulgou o Teorema de Coase e criou um marco para analisar, atribuindo em termos econômicos, os direitos de propriedade e a responsabilidade, abrindo um vasto campo à análise econômica.

Um aspecto importante do artigo de Coase foi o de suas consequências para a análise econômica da doutrina legal. Coase sugeriu que o direito inglês dos prejuízos tinha uma lógica econômica implícita. Alguns autores posteriores generalizaram a ideia e sustentaram que muitas das doutrinas e das instituições do sistema legal se entendem e se explicam melhor como esforços para promover a alocação eficiente de recursos.

Uma lista dos fundadores do “Novo” Direito e Economia estaria gravemente incompleta sem o nome de Gary Becker. A insistência de Becker na pertinência da economia para um conjunto surpreendentemente grande de atividades que se realizam fora do mercado (tais como a caridade e o amor), assim como suas contribuições na análise econômica do crime, a discriminação racial, o matrimônio, o divórcio, abriram para a análise econômica grandes áreas do sistema legal que os estudos do direito de propriedade e as regras de responsabilidade de Calabresi e Coase não abarcaram.

## 2.2. A Análise Econômica do Direito Positivo e Normativo

O economista não pode dizer à sociedade que deveria tratar de limitar o roubo, mas pode demonstrar que seria ineficiente tolerar o roubo ilimitado e, assim, pode aclarar um conflito de valores demonstrando quanto de um valor – a eficiência – deve sacrificar-se para alcançar outro. Ou, então, tomando uma meta dada de limitação do roubo, o economista poderia demonstrar que os meios utilizados pela sociedade para alcançar essa meta são ineficientes: que a sociedade poderia obter mais prevenção a um custo menor, utilizando métodos diferentes. Se os métodos mais eficientes não prejudicam outros valores, seriam socialmente desejáveis, ainda que a eficiência ocupe um lugar baixo na escala tradicional dos valores sociais.

Pelo que toca ao papel positivo da análise econômica do Direito (o intento de explicar as regras e resultados legais tal como são em lugar de modificá-los para melhorá-los), veremos que em muitas áreas do direito comum da propriedade, os danos, os delitos e os contratos têm o selo do efeito econômico. Não é uma refutação que poucas opiniões judiciais contenham referências explícitas a conceitos econômicos. Com efeito, a educação legal consiste em cavar debaixo da retórica para encontrar o caráter econômico. Não seria surpreendente descobrir que muitas doutrinas legais se baseiam em passos titubeantes até a eficiência, sobretudo porque muitas doutrinas legais datam do séc. XIX, quando uma ideologia do *laissez faire* baseada na economia clássica predominava entre as classes educadas.

O que poderíamos chamar de teoria da eficiência do direito comum não é que toda doutrina e toda decisão desse direito sejam eficientes. Isto seria muito pouco provável, dada a dificuldade das questões de que se ocupa, o direito e a natureza dos incentivos dos juízes. A teoria é que o direito comum se explica melhor (não perfeitamente) como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade. Os campos do direito estatutário ou constitucional, por oposição aos do direito comum, têm menos probabilidades de promover a eficiência, mas, incluindo eles, estão impregnados dos interesses econômicos e que são aclarados pela análise econômica. Tal análise é útil também para dilucidar as características institucionais ou estruturais do sistema legal,

incluindo o papel do precedente e alocação das responsabilidades da aplicação do direito entre as pessoas privadas e as agências públicas.

Sem embargo, poderíamos nos perguntar se o advogado e o economista não tratam de um mesmo caso de formas tão diferentes que suscitam uma incompatibilidade essencial entre o direito e a economia. A Justiça não tem um paradigma econômico; e, ademais, o economista não se interessa pela única questão que preocupa a vítima que sofreu o dano e seu advogado: quem deve suportar os custos do acidente? Para o economista, o acidente é um capítulo encerrado. Os custos que causou estão afundados. O economista se interessa nos métodos de prevenção de acidentes futuros que não se justifiquem por seus custos, e, portanto, se preocupa com a redução da soma dos custos de acidentes e prevenção de acidentes, mas às partes em litígio não interessa o futuro. Sua preocupação se limita às consequências financeiras de um acidente já ocorrido.

A decisão do caso afetará o futuro e, portanto, deve interessar ao economista, porque estabelecerá ou confirmará uma regra para guiar as pessoas que realizam atividades perigosas. A decisão é uma prevenção no sentido de que, se um se comporta de certo modo e produz um acidente, terá que pagar em decorrência de um julgamento, alterando assim o preço-sombra (do comportamento arriscado) enfrentado pelos indivíduos, a prevenção poderia afetar seu comportamento e, portanto, os custos dos acidentes.

Por outro lado, o juiz (e portanto os advogados) não pode omitir o futuro. Dado que a decisão do juiz é um precedente que influirá na decisão de casos futuros, o juiz deve considerar o provável efeito de decisões alternativas sobre o comportamento futuro dos indivíduos que realizam atividades que provocam a classe de acidentes implícitos como os do caso que se lhe apresenta. Por exemplo, se se fala a favor do demandado alegando que é uma pessoa “merecedora” ainda que descuidada, tal decisão incentivará a indivíduos semelhantes a ser descuidados, o que é um comportamento custoso. Assim, uma vez que o marco de referência se expande para além dos participantes em juízo, a justiça e a equidade assumem significados mais amplos do que simplesmente justo ou equitativo entre este queixoso e seu demandado. A controvérsia se converte num resultado justo e equitativo para uma classe de atividades, e não pode resolver-se sem considerar o efeito futuro de decisões alternativas sobre a frequência dos acidentes e o custo das preocupações. Depois de tudo, a perspectiva *ex ante* não é indiferente ao processo legal.

Não se deve confundir a “teoria econômica do Direito” e a “teoria da eficiência do direito comum”. A primeira trata de explicar o maior número possível de fenômenos legais diante da economia. A segunda (que se inclui na primeira) postula uma meta econômica específica para um subconjunto limitado de regras legais, instituições etc. Esta distinção fica clara observando-se que o direito do trabalho aplicado pela junta nacional de relações trabalhistas, ainda que explicável em termos econômicos, não é um sistema para maximizar a eficiência; sua meta, que é econômica ainda que não eficiente, é aumentar os ganhos dos trabalhadores sindicalizados limitando a oferta de mão de obra em mercados particulares.



### 2.3. Críticas ao Enfoque Econômico

A análise econômica do direito tem provocado um antagonismo considerável, em especial entre advogados acadêmicos aos quais desagrada a ideia de que a lógica do direito pode ser econômica. Já examinamos as críticas de que a economia é reducionista e de que advogados e juízes não falam seu idioma. Outra crítica comum é que os fundamentos normativos do enfoque econômico são tão repulsivos que resulta inconcebível que um sistema legal os adote. O direito reflete e aplica normas sociais fundamentais. Como poderiam ser tais normas incongruentes com o sistema ético da sociedade? É o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks realmente tão oposto a esse sistema? Ademais, veremos que a só condição de que este conceito seja um componente de nosso sistema ético, ainda que não necessariamente o único ou o mais importante, poderia ser ele que domine o direito tal como o aplicam os tribunais, dada a incapacidade destes para promover outras metas com eficácia. E sempre que a eficiência seja qualquer espécie de valor em nosso sistema ético, o debate filosófico não se ocupa de dois usos normativos da economia já mencionados: esclarecimentos de conflito de valores e a sinalização do caminho que se deve seguir para alcançar certos fins sociais dados de modo mais eficiente.

Ademais, não devemos rechaçar toda análise econômica do direito só porque não nos convença a versão mais agressiva de tal análise. A versão mais agressiva sustenta que a economia não explica as regras e instituições do sistema legal, como também provê a guia mais sensata desde o ponto de vista ético para o aprimoramento do sistema. Poderíamos crer que a economia explica só umas quantas regras e instituições legais, mas que pode utilizar-se para melhorar muitas delas; o que explica muitas delas, mas isso é lamentável porque a economia é uma guia amoral para a política legal.

Outra crítica recorrente do enfoque econômico do direito indica que, por um ponto de vista positivo, é um fracasso, porque não tem podido explicar todas as regras, doutrinas, instituições e resultados importantes do sistema legal. É certo que não o tenha feito. Mas uma insistência exagerada nos mistérios, as anomalias e as contradições não se justifica quando se fala de um campo de investigação tão recente, tão frutífero e também assim se esquece de uma lição importante da história do progresso científico: a menos que esteja totalmente errada, uma teoria não se destrói assinalando seus defeitos ou limitações, mas propondo uma outra mais includente, mais poderosa, sobretudo mais útil. Os antropólogos, sociólogos, psicólogos, politólogos e outros cientistas sociais que não são economistas também elaboram análises positivas do sistema legal, mas seu trabalho tem um conteúdo teórico ou empírico insuficiente para gerar uma concorrência séria entre a dos economistas.

E uma crítica mais sobre o Novo Direito e Economia é seu viés político conservador. Veremos que a pena de morte dissuade, que a legislação de proteção ao consumidor acaba por prejudicá-lo, que o seguro automotivo, sobre ser ineficiente, a regulação dos valores é perda de tempo, etc. A teoria dos bens públicos, por exemplo, poderia considerar-se como um dos fundamentos ideológicos do Estado *benefactor*, mas não ocorre assim.



A crítica também omite vários afagos dos analistas econômicos do direito referentes ao direito de ter um defensor e de apresentar provas nos juízos penais, como na França, à responsabilidade objetiva, à aplicação da primeira emenda à radiodifusão, aos custos sociais do monopólio, aos danos nos casos de prejuízos pessoais, à regulação do sexo e a muitos outros assuntos – e que apoiam as posições progressistas.

Critica-se o enfoque econômico do direito, porque se esquece da “justiça”. Devemos distinguir os diferentes significados desta palavra. Às vezes, significa justiça distributiva o grau adequado de igualdade econômica, ainda que os economistas não possam dizer qual é este grau.

Um segundo significado de justiça, e talvez o mais comum, é o da eficiência. Entre outros exemplos, veremos que, quando os indivíduos qualificam de injusto o fato de condenar uma pessoa sem submetê-la a julgamento, de expropriar sem uma compensação justa ou de não obrigar a um motorista que pague os danos causados à vítima de sua negligência, isso não significa nada mais que a afirmação de que esse comportamento desperdiça recursos. Inclusive, o princípio do enriquecimento ilícito pode derivar-se do conceito de eficiência. E, com um pouco de reflexão, não nos surpreenderá que, em um mundo de recursos escassos, o desperdício deve considerar-se imoral.

Mas as noções de justiça incluem algo mais que a eficiência. Não é obviamente ineficiente tolerar os pactos suicidas; tolerar a discriminação privada por razões raciais, religiosas ou sexuais; tolerar que se mate e se devore o passageiro mais fraco do barco em situações de desespero genuíno; obrigar aos indivíduos a declarar contra si próprios; espancar os prisioneiros; permitir que se vendam crianças para adoção; permitir o uso da força homicida na defesa de um interesse puramente material; legalizar a chantagem; permitir que o condenado escolha entre a prisão ou a participação de experimentos médicos perigosos. Com efeito, todas estas coisas ofendem o sentimento de justiça dos americanos modernos e todas são ilegais em maior ou menor medida. É possível explicar algumas destas proibições em termos econômicos, mas isso não se pode fazer na maioria dos casos: a justiça é algo mais que a economia.

Pode haver limites definidos, ainda que amplos, para o poder explicativo e reformador da análise econômica do direito. Sem embargo, a economia sempre poderá proporcionar o que deve sacrificar para alcançar um ideal econômico de justiça. A demanda de justiça não é independente de seu preço.