
O PENSAMENTO ECONÔMICO COMO VETOR DA EFICIÊNCIA DA COMMON LAW

*THE ECONOMIC THOUGHT AS A VECTOR OF EFFICIENCY OF THE
COMMON LAW*

*Ana Flávia Lopes Braga
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Common Law e Civil Law; 2 Definições; 2.1 Escassez; 2.2 Maximização racional; 2.3 Incentivos; 2.4 Eficiência; 3 O Pensamento Econômico no Direito; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com base nos Relatórios anuais *Doing Business*, o Banco Mundial sustenta que a *common law* é um sistema que produz normas mais eficientes, em comparação com o sistema da *civil law*. *A Análise Econômica do Direito – AED*, cuja origem vem dos países de tradição jurídica na *common law*, é um meio de se compreender e aplicar o Direito baseado na eficiência. O presente trabalho pretende fazer uma breve apresentação dos conceitos desse pensamento econômico que vem crescendo em importância mundial.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Consuetudinário e Eficiência. Análise Econômica Do Direito.

ABSTRACT: The World Bank, based on the *Doing Business* annual reports, argues that the *common law* system produces more efficient laws than the *civil law* one. The *Economic Analysis of Law – EAL*, whose origin comes from countries with common law legal systems, is a path to comprehend and to apply the Law based on efficiency. This paper intends to make a brief presentation of the concepts of this economic thought which has been growing more and more worldwide.

KEYWORDS: Common Law and Efficiency. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a eficiência econômica do Direito vem ganhando energia fora do ambiente acadêmico desde a divulgação do primeiro relatório *Doing Business* do Banco Mundial, intitulado *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*.

Doing Business é o resultado de um estudo promovido pelo Banco Mundial que avalia a infraestrutura econômica de um país com base nas condições legais e institucionais para o desenvolvimento de uma atividade econômica. Por meio de critérios bastante objetivos, o estudo mostra que o desenvolvimento de um país não pode ser medido apenas com a análise do PIB, ou do superávit primário. Para que o desenvolvimento seja sustentável, há necessidade de instituições e leis sólidas.¹

Instituições e leis que, no Brasil, estão longe de ajudar àqueles que desejam produzir riqueza por meio da criação de uma empresa. Na versão 2011, o Brasil foi classificado na 127^a posição, considerado como detentor de um dos sistemas jurídicos menos condutivos ao crescimento econômico sólidas.²

1 Os relatórios *Doing Business* são baseados em informações fáticas com relação às leis e a regulação jurídica vigente. Eles lidam com tópicos tais como o tempo e o custo para o cumprimento das exigências regulatórias para o registro de uma empresa, rigidez das leis trabalhistas e procedimentos para assegurar a execução contratual. Eles também investigam a eficiência de instituições governamentais, incluindo Juntas Comerciais e Tribunais. A metodologia baseia-se em informações detalhadas sobre regulações que são consideradas relevantes para identificar problemas específicos e projetar reformas. Desde 2004, os indicadores têm sido examinados e modificados, mas o objetivo geral ainda é o mesmo. O projeto visa motivar as reformas através de índices nacionais. O relatório de 2004 foi a primeira publicação de uma série anual que estuda as determinantes do desenvolvimento do setor privado. As apostas são altas: esses relatórios, lidos no mundo todo, desfrutam de grande sucesso e têm sido utilizados como modelos para outros relatórios, bem como para reformas legislativas e, presumivelmente, para decisões sobre investimentos. (FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUEL, Anne-Julia *O Direito é uma disputa econômica? As reações francesas ao relatório Doing Business do Banco Mundial e à Análise Econômica do Direito* Publicado originalmente com o título "Is Law an Economic Contest? French Reactions to the *Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*" in: Georgetown Law and Economics Research Paper n.10-10, Junho de 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/372>. Traduzido para a língua portuguesa, com a permissão expressa das autoras, por Rafael A. F. Zanatta, Disponível em: <<http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/436346/>>

2 Neste estudo, comparou-se a eficiência de 183 diferentes países em relação a nove aspectos: abertura de empresas, obtenção de alvarás de construção, registro de propriedades, obtenção de crédito, proteção de investidores, pagamento de impostos, comércio entre fronteiras, cumprimento de contratos e fechamento de empresas. Os relatórios do Banco Mundial Business pressupõem que a qualidade das leis e regulações que regem o mercado desempenham um papel decisivo no crescimento econômico. Baseado na observação da atuação de diversos sistemas jurídicos, eles objetivam demonstrar que as regulações mais rígidas produzem os piores resultados, porque são geralmente associados com a ineficiência dentro das instituições públicas, altos custos de formalidades administrativas, longos atrasos para alcançar uma

Ao mesmo tempo, o estudo aponta para uma eficiência econômica maior nos países da tradição consuetudinária (*common law*) em comparação com os países da tradição estatutária (*civil law*). O Banco Mundial vem, então, aplicando políticas de fomentação da Análise Econômica do Direito – que permeia a cultura da *common law* – nos países em desenvolvimento.³

Mas, afinal, existe um fundamento filosófico por trás da tradição da *common law* que a torna jurisdicionalmente eficiente? É o que esse trabalho pretende tratar.

O presente artigo não entrará nos meandros da Reforma do Poder Judiciário Brasileiro, nem, tampouco, descerá às minúcias do sistema da *common law*. Ambos os sistemas jurídicos aqui retratados possuem falhas que atualmente procuram ser supridas pela adoção de institutos que constituem o cerne do outro sistema. Os Estados Unidos da América atualmente passam por um movimento crescente de codificação das suas normas, em aproximação ao fundamento típicos da *civil law*, enquanto o Brasil espelha-se no modelo *stare decisis*, que é um desdobramento intrínseco à *common law*, para desenvolver o conceito da obrigatoriedade de submissão das decisões judiciais aos entendimentos dos Tribunais Superiores, como ocorre no caso das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e a lei de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, inseridos na história recente do país.

Esse trabalho analisa o pensamento jurídico econômico que permeia o direito americano, na racionalidade consequencialista das decisões judiciais; sua aplicação pragmática.

1 COMMON LAW E CIVIL LAW

A abordagem das diferenças e aproximações entre os ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro deve levar em conta o sistema ou a família ao qual pertence cada um.

É de se notar que os vários ordenamentos existentes formulam as normas de modo diferente porque as estruturas sociais e, bem assim, os valores sobre as quais se fundam, são diferentes. Desse modo, não há fina correspondência entre as noções e categorias jurídicas de um ordenamento para outro, contudo é possível perceber elementos

decisão judicial, mais corrupção, menor investimento, pouca produtividade e maior desemprego (DOING BUSINESS: *Measuring Business Regulations*. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/>>).

3 SANTOS, Alvaro. *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.) *The New Law and Economic Development*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 253-298.

comuns que possibilitam o seu agrupamento em famílias, facilitando a comparação com os demais.

Fala-se em família de Direito quando se identifica nos ordenamentos jurídicos traços constantes, comuns a uns e diferentes de outros, que possibilitam seu estudo conjunto. Costuma-se apontar, na doutrina do Direito, três grandes famílias: a de base romano-germânica (*civil law*), a da *common law* e a dos direitos socialistas, que indicam diferentes modelos de organização social.⁴

O Brasil, ao sofrer colonização portuguesa, recebeu a tradição do direito romano-germânico, disseminada na Europa continental (*civil law*).

A *civil law* cresceu com o direito civilista romano, sofreu influência do direito canônico e, posteriormente, dos povos bárbaros que se espalharam pelo continente europeu. Os princípios informadores desses direitos são concebidos como regras de conduta presas a noções de moral e justiça. Os sistemas jurídicos que seguem esse modelo são protagonizados pela lei codificada.

Os códigos são conjuntos de normas jurídicas sistematizadas de forma harmônica, que disciplinam as relações intersubjetivas.

O direito romano-germânico descreve, a si próprio, como ideal, independente das outras disciplinas. As regras são comandos gerais e abstratos que tipificam condutas ideais e prescrevem punições pela sua inobservância, descrevem a forma dos negócios jurídicos e prevêm nulidades na sua falta. O prejuízo advindo da conduta alheia irregular é compensado pela reparação civil.

Os Estados Unidos, por sua vez, assimilaram os direitos da família *common law*, que têm como base o modelo originado na Inglaterra (King's Court).⁵

A *common law*, ou direito consuetudinário, foi se formando pelo conjunto das decisões dadas pelos juízes. Os juízes, após viajar pelo país decidindo principalmente questões de propriedade, conversavam entre si sobre suas decisões, para avaliar se as regras que faziam tinham consistência com as outras.⁶

4 STAJAIN, Rachel; GORGA, Érica. *Tradições do Direito*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 137-196

5 Salvo o Estado da Louisiana, que, ao ser colonizado pela França, incorporou o sistema romano-germânico. [Os Estados Unidos compraram a Louisiana à França por 15 milhões de dólares em 30 de abril de 1803. LOUISIANA. History.com. Disponível em: <<http://www.history.com/this-day-in-history/louisiana-purchase-concluded>>.

6 Anotações das aulas ministradas pelo professor THOMAS GOLDEN, na Thomas Jefferson Scholl of Law, durante o Legal Education Exchange Program – Fundamentals of U.S. Law – 2011, passim.

Uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o Direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o Direito, estabelecendo um precedente, mas essa decisão será formada de acordo com o raciocínio jurídico empregado nas decisões anteriores.

No cerne do sistema está o *stare decisis*, que é o reflexo da *common law* que lhe dá unidade. A doutrina do *stare decisis* é definida como a regra de que as Cortes devem ser fiéis aos precedentes estabelecidos.

Trata-se do desejo por consistência, justiça e previsão. Se o indivíduo se comporta de determinada maneira, sabe que conseqüências seu comportamento deve causar. Isso significa que se uma Corte julga um caso de determinada forma, quando estiver diante de outro caso semelhante, julgará da mesma forma.

Essa família de direitos se caracteriza por ser menos abstrata do que as normas dos sistemas de base romano-germânica.

Observa-se um pensamento prático, atento mais às conseqüências do resultado da decisão para a conformação das relações intersubjetivas diante de um fato imprevisto do que para a punição da desconformidade da conduta ideal e recomposição do *status quo ante*.

2 DEFINIÇÕES

Embora o conceito popular de economia esteja tradicionalmente ligado ao estudo da inflação, do desemprego, dos ciclos comerciais e outros mistérios macroeconômicos distantes do dia-a-dia concernente ao sistema legal, o domínio econômico é muito maior. A Economia é concebida como a ciência das escolhas racionais no mundo - no nosso mundo - em que os recursos são limitados em relação aos desejos humanos.⁷

Além de uma teoria científica do comportamento, a Economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o Direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos técnicos; são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para COOTER e ULEN, a Economia é a parte da ciência comportamental mais útil para o Direito:

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos

7 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York. 6. ed. Aspen Publishers, 2003, p.3. Tradução livre.

preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento.

[...]

Generalizando, podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis.⁸

2.1 ESCASSEZ

A escassez é o ponto de partida da análise econômica⁹. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”.¹⁰

A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”.¹¹

Todas as escolhas têm custos de oportunidade, pois nem tudo pode ser feito ou produzido. O investimento feito em uma determinada atividade deixa de ser feito em outras.

A noção de escassez traz uma série de implicações para o Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, ou os direitos são custosos, ou não têm sentido prático. O direito à propriedade *só tem sentido prático se o Estado for capaz de assegurá-la*; o direito à saúde *só tem sentido prático na medida em que a sociedade possa dispor dos recursos necessários para prover hospitais, alimentação, higiene e etc.*; e assim por diante.¹²

8 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25-27

9 SALAMA, Bruno M. O Que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos de Direito GV*, Caderno 22, v. 5, n. 2, março 2008.

10 ROBBINS, *apud* SALAMA, op. cit

11 SALAMA, op. cit

12 *Ibid.*

2.2 MAXIMIZAÇÃO RACIONAL

A tarefa da Economia é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de suas finalidades, suas satisfações, seu interesse pessoal.¹³ Isso quer dizer que os indivíduos buscaram os maiores benefícios aos menores custos.¹⁴

Para SALAMA¹⁵, a premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note-se que a idéia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar¹⁶ e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades:

Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei. Claro que no cálculo de maximização entram os custos e benefícios monetários e também aqueles não monetários (tais como poder, prestígio, sensação do dever moral cumprido, etc.).

A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório.

SALAMA destaca que o papel das premissas é provavelmente o aspecto metodológico do Direito e Economia que traz maiores dificuldades aos profissionais do Direito. Os economistas tentam captar grande parcela da dinâmica comportamental das pessoas com a menor quantidade possível de premissas. A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (ela é obviamente imperfeita), mas sim se essa premissa consegue captar o suficiente para tornar inteligível e previsível uma realidade complexa. Isso significa que a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado:

13 POSNER, op. cit. p.3.Tradução livre.

14 COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. New Haven: Journal of Law and Economics and Organization, v. 4, n.1, 1988, p.33-47. Tradução livre.

15 SALAMA, op. cit.

16 Com exceção dos mentalmente incapazes.

A força da aplicação da Teoria dos Preços às questões jurídicas decorre justamente da quantidade de hipóteses que podem ser formuladas a partir de premissas comportamentais tão simples. Quando se aceita que, de um modo geral, a demanda (isto é, a procura) diminui quando o preço aumenta, há muitas idéias que podem fazer sentido: se a fiscalização é eficiente, o “custo” de se falar ao celular ao dirigir aumenta (e a “procura” pela atividade de se falar ao celular ao dirigir cai); se a palavra dada em contrato vai ser rapidamente executada em juízo, o custo de agir oportunisticamente aumenta (e sua “procura” cai); e assim por diante.

Com essas considerações, tem-se que a premissa da racionalidade é instrumental. A idéia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões. Por exemplo, ao invés de se testar se os mutuários individualmente tomados se comportam racionalmente, deve-se testar se uma mudança da legislação que torne a execução de garantias mais rápida e eficaz causará diminuição das quebras de contratos (ou se causará queda nas taxas de juros). Um mercado pode comportar-se racionalmente (e, portanto, as “leis” de oferta e procura são úteis para prever conseqüências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada.¹⁷

2.3 INCENTIVOS

Nessa seara, a previsão de que os indivíduos agirão como maximizadores racionais (que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis), sugere que os indivíduos responderão a incentivos. Assim, por exemplo, no caso de um motorista que sopesa o benefício auferido com o aumento da velocidade além do legalmente permitido com o custo da multa ponderado pela probabilidade de que haja autuação, os incentivos legais para a conduta desejada corresponderão à *imposição do limite de velocidade*, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

2.4 EFICIÊNCIA

O termo eficiência nesse trabalho é empregado na acepção de maximização da riqueza e do bem-estar a partir da minimização de custos sociais.

¹⁷ SALAMA, op. cit.

3 O PENSAMENTO ECONÔMICO NO DIREITO

Retomemos a definição de economia atrelada à eficiência na aplicação dos recursos:

A economia é a ciência das escolhas racionais, orientada para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é um maximizador de utilização racional. As satisfações são aumentadas na medida em que comportamentos são alterados. Custos informam as opções, os custos sociais diminuem a riqueza da sociedade, os custos privados promovem uma realocação desses recursos. Quem encontra um tesouro não aumenta a riqueza da sociedade (POSNER, 2003). Valor, utilidade e eficiência norteiam escolhas. Quando percebemos decisões jurídicas ou métodos normativos como escolhas, do juiz ou do legislador, conclui-se que essas decisões poderiam se orientar pelos cânones de valor, utilidade e eficiência, que se distanciam de concepções de justiça, teóricas e contemplativas. Admite-se também, bem entendido, que o alcance da economia é limitado, dado que se centra em valor, utilidade e eficiência. Essa conclusão comprova que o pragmatismo é ponto comum na relação entre direito e economia.

A racionalidade (instrumental e convencional) instruiria as relações entre direito e economia. A chamada habilidade para uso do raciocínio como instrumento para resolução dos problemas da vida formataria os eixos epistemológicos de uma convergência conceitual e discursiva entre direito e economia. Porém Posner reconhece que nem sempre as escolhas racionais informam a economia. A randomização ronda as opções humanas. Decorre dessa aceitação olímpica o interesse de Richard Posner pela teoria dos jogos.

Posner ilustra com a *game theory* algumas orientações normativas que não promovem a eficiência. Por exemplo. No direito norteamericano, a lei relativiza a necessidade de autorização do estudante para que suas notas sejam reveladas por um empregador interessado em contratá-lo. Supõe-se que os alunos que não autorizam que as faculdades revelem seus boletins tenham notas abaixo da média. Por conta dessa presunção, não são contratados. Ou ainda, ao imaginarmos alguém com um revólver carregado com seis tiros, a enfrentar assaltantes, tem-se certeza que o primeiro que avançar

corre o risco de ser atingido. Qualquer norma incidente sobre o fato seria desnecessária e pouco eficiente (POSNER, 2003).¹⁸

A interação do Direito com a Economia busca analisar os estímulos legais no comportamento humano, fornecendo aos juristas uma ferramenta útil para atribuir ao Direito a função de tornar eficientes as relações sociais.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito (AED) é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos.¹⁹

Com efeito, ao propor a utilização de postulados da Economia ao Direito, ou seja, uma análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva econômica, a Análise Econômica do Direito (AED) permeia de objetividade a atividade do intérprete da norma.

O diálogo entre Direito e Economia é tão antigo quanto esta última. No século XVIII, Adam Smith, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas já demonstrava a importância da análise interdisciplinar. Contudo, é a partir dos anos 60 que se iniciou o desenvolvimento da área de *Law and Economics*, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica.²⁰

Por sua vez, a disciplina denominada Análise Econômica do Direito (AED) teve início com BECCARIA e BENTHAM, cujas obras introduziram as noções de desincentivos comportamentais e de utilitarismo, respectivamente.²¹

18 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: introdução ao movimento law and economics. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10255>>

19 GICO Jr., Ivo T. *Introdução à Análise Econômica do Direito*. In RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord). *O Que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011, p. 17-26.

20 STAJAIN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 74-83

21 BARBOSA, Louise Maria Barros. Colisão de Princípios Jurídicos: Uma Solução pela Análise Econômica do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2454, 21 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14505>> A autora fundamenta os dados nas obras de BECCARIA, Cesar. *On crime and punishment*. Indiana: Hackett Publishing, 1986, e BENTHAM, Jeremy. *The principles of moral and legislation*. New York: Prometheus Books, 1988. Cf. CARVALHO, Cristiano. *A Análise Econômica do Direito Tributário*. In: "Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

O movimento remonta à obra de COASE intitulada *The Problem of Social Cost*²² que, ao tratar da aplicação da teoria do custo-benefício na tomada de decisões jurídicas, como forma de obter uma maior eficiência na solução dos conflitos, trouxe para ao Direito a possibilidade de aplicação direta dos princípios da microeconomia. O fortalecimento desse moderno método de análise do fenômeno jurídico é concomitante ao crescimento do chamado realismo jurídico, cujo desenvolvimento é fruto do descontentamento generalizado, mormente de juristas americanos, com o mecanicismo na aplicação da lei caracterizava o positivismo jurídico dominante.²³

POSNER, na sua obra *Economic Analysis of Law*²⁴, teve o mérito de sistematizar a aplicação dos postulados econômicos a todos os ramos do conhecimento jurídico.²⁵

POSNER foi o grande defensor da tese da superioridade da *common law* sobre a *civil law* no que concerne ao critério de eficiência econômica. O autor não considera que toda doutrina ou decisão de direito consuetudinário seja eficiente, mas que, em geral, a sua evolução é mais bem explicada a partir de sua tendência a promover a eficiência econômica, o que não aconteceria no âmbito da tradição do direito codificado.²⁶

POSNER sustenta sua tese com base nas diferenças dos processos judicial e legislativo pelos quais as regras jurídicas são formuladas nas duas tradições. No processo jurisdicional da tradição de direito consuetudinário, pelas regras processuais, os juízes não podem conhecer *ex ante* as partes do litígio *sub judice*, sendo, por isso, difícil a manifestação de grupos de interesse no processo judicial. O mesmo não ocorre no processo legislativo pelo qual as regras jurídicas dos sistemas de direito românico são criadas, já que o processo eleitoral para a escolha dos legisladores criaria um mercado no qual eles “vendem” legislação protetiva para aqueles que os ajudaram com votos ou no financiamento da campanha. O argumento tem base na literatura da Escolha Pública (*Public Choice*).²⁷

O processo legislativo, em suma, não é disciplinado como o judicial. Os legisladores podem levar em conta as vontades de partes que serão afetadas diretamente pela legislação. Quando são os juízes que fazem as leis substantivas, as regras tendem a ser consistentes com os ditames da

22 COASE, Ronald. 1960. Prêmio Nobel de Economia em 1991.

23 SALZBERGER, apud BARBOSA, op. cit.

24 POSNEY, 1993.

25 BARBOSA, Louise Maria Barros. op. cit.

26 SZTAJN; GORGA op. cit.

27 Ibid.

eficiência, pois, mesmo que os juízes sejam alheios a questões de eficiência, tenderão a basear suas decisões em intuições econômicas.²⁸

Em Análise Econômica do Direito, POSNER afirma que apesar dos campos do direito terem sua própria história, vocabulário e regras específicas, na *common law* tudo pode ser reiniciado em termos econômicos que explicam as principais doutrinas, tanto substantivas como corretivas. As doutrinas de cada campo formariam um sistema que induz as pessoas a se comportarem de maneira eficiente, não apenas em mercados explícitos, mas em toda gama de interações sociais.

Nas situações em que o custo de transações voluntárias é baixo, como a negociação em torno da propriedade, por exemplo, a *common law* cria incentivos para as pessoas transacionarem, criando direitos de propriedade e de proteção para prevenir transferências coercitivas; remédios como injunções, direito de restituição, punição de danos e punição criminal. Nesse sentido, há maximização do valor da propriedade pelos direitos de proteção conferidos.

Nas situações em que o custo transacional é proibitivamente alto, como quando falamos de danos corporais, o preço do comportamento imita o mercado. A negligência é coibida com a punição dos danos causados pelo comportamento culposos.

Desse modo, explica POSNER, a análise econômica não se aplica apenas dentro dos campos do direito da *common law*, mas entre eles. Assim, quase todos os problemas de danos (*torts*) podem ser resolvidos como um problema contratual, verificando-se se as pessoas envolvidas no acidente adoraram, com relação às medidas de segurança, a postura que seria acordada caso um acordo fosse possível.

Da mesma forma, quase todo problema contratual pode ser resolvido com um problema de dano (*tort problem*), verificando se a sanção é necessária para se impedir a conduta socialmente negligente, como obter vantagem da vulnerabilidade alheia por quebra do contrato para negociação do objeto com outra parte.

Bem assim, problemas de danos e contratuais podem ser emoldurados nos contornos do direito de propriedade. Por exemplo, a lei de negligência pode ser tomada por empréstimo para se definir o direito de termos segurança pessoal em nossos corpos físicos, contra ferimentos acidentais. A definição de direito de propriedade poderia, dessa forma, ser vista como um processo de descobrir que medidas as partes concordaram em ter, a fim de criar incentivos para evitar desperdício de recursos valorados.

28 SZTAJN; GORGA op. cit.

Nessa seara, a *common law* configura um corpo unificado de doutrinas, informado pelas mesmas políticas fundamentais, então se espera que casos similares sejam decididos na mesma forma, ainda que surjam em diferentes campos jurídicos.

Dessa arte, segundo POSNER, a *common law* é economicamente sensível por senso comum. As atividades doutrinárias em termos econômicos, apesar de estarem além da capacidade dos juízes e advogados, seriam intuitivamente sentidos. O que Adam Smith se referiu como riqueza da nação, o que designamos por eficiência e o que um leigo pode chamar de “fatia da torta”, sempre tem importante valor social. Daí não é surpresa que integre as decisões judiciais. Valores sociais concorrentes, todavia, são controversos e mais difícil de efetivar do que permitem as ferramentas à disposição dos juízes. Valores sociais tem a ver com idéias sobre justiça, distribuição de renda e riquezas, onde nenhum consenso é formado²⁹.

POSNER explica que, tendo em vista que efetivas políticas redistributivas requerem taxações e poderes de ordenação de despesas que os juízes não têm e, ainda, que os juízes não podem alterar os pedaços da torta que os vários grupos da sociedade têm, eles se concentram em aumentar o tamanho da torta. Os doutrinadores tradicionais da *common law* não defendem que os juízes devem “negociar” com metas sociais, eles pensam que os juízes devem aplicar os princípios de justiça, mas a inspeção desses princípios normalmente revela uma característica funcional ou instrumental: ser, de fato, uma versão de eficiência e política redistributiva³⁰.

Com efeito, a fruição dos direitos fundamentais depende que o país tenha recursos econômicos para efetivar os investimentos necessários ao desenvolvimento das diversas áreas sociais. De nada adianta o indivíduo ter direito à habitação se não possui meios de adquiri-la; ter direito à saúde se o esgotamento da rede médico-hospitalar é ineficiente para atendê-lo a tempo e modo necessários; ter direito à educação se esta é insuficiente para prepará-lo para o mercado de trabalho e etc.

A eficiência é altamente controvertida quando vista como único valor que as instituições públicas sociais devem perseguir, mas muito menos controvertida quando vista como apenas um dos valores a ser perseguido.

A análise econômica do direito visa identificar a lógica e os efeitos econômicos das doutrinas e instituições e orienta juízes e outros definidores de políticas públicas sobre os métodos mais eficientes de regular condutas por meio do direito.

29 POSNER, op. cit. p.249-253. Tradução livre.

30 Ibid.

[...] Explorando os avanços na economia de comportamento extramercado, a análise econômica do direito se expandiu muito além de seu foco original em defesa da concorrência, tributação, normatização de serviços públicos, finanças empresariais e outras áreas de normatização explicitamente econômica; enquanto, dentro desse universo, ela se expandiu para incluir áreas como direito das coisas e direito contratual, direito previdenciário, transações garantidas e direito falimentar e, notadamente, direito de propriedade intelectual, uma área em especial, com rápido crescimento e significado econômico.

A “nova” análise econômica do direito inclui áreas do direito que são extramercado ou quase extramercado, como responsabilidade civil, direito de família, direito penal, liberdade de expressão, processo e prova, legislação, direito internacional público, direito da privacidade, as normas que regem o processo de julgamento e recurso, direito ambiental, o processo administrativo, a regulamentação de saúde e segurança, as leis que proíbem a discriminação no trabalho e normas sociais vistas como fontes, obstáculos e substitutas do direito formal.

Também inclui o estudo das principais instituições jurídicas, incluindo o juiz e o júri, agências reguladoras e membros do poder legislativo. Os economistas são amplamente solicitados a atuar como peritos em áreas como a normatização da defesa da concorrência e garantias, bem como em todos os tipos de caso – lesão pessoal ou casos comerciais – em que é preciso calcular indenização ou outra forma de reparação aplicável.

Embora a análise econômica do direito tenha o seu maior impacto prático nas áreas de normatização econômica explícita, como normatização de defesa da concorrência e serviços públicos, na qual analistas econômicos sempre desempenharam um papel significativo na condução do direito americano em direção a um livre mercado, cada vez mais sua marca se faz sentir em outras áreas do direito, como o direito ambiental; em que os direitos negociáveis de emissão são um marco da abordagem econômica em relação ao meio ambiente; o direito do domínio iminente, no qual a crescente preocupação judicial com desapropriações “reguladoras” traz a característica dos analistas econômicos do direito; e o direito do divórcio, em que as percepções feminista e econômica se uniram para enfatizar a dimensão econômica da produção doméstica, resultando na adoção de novos métodos para dividir o patrimônio e calcular alimentos em casos de divórcio pelos

tribunais. No entanto, os recentes escândalos financeiros nos Estados Unidos deverão redirecionar o foco da análise econômica do direito para uma de suas preocupações essenciais, o problema dos “custos de representação” no domínio corporativo, isto é, o problema de alinhar os incentivos de gerentes corporativos com os de proprietários dispersos da empresa, os acionistas, que podem ter pouco incentivo ou informações para monitorar o comportamento de seus representantes (nominais), os gerentes.³¹

Com essas considerações, verificamos que a análise econômica traz um fator de eficiência importante para o Direito, uma vez que a construção normativa não pode estar isolada de suas consequências práticas, muito embora a eficiência não possa ser considerada o único fator a ser perseguido.

A Análise Econômica do Direito é hoje um movimento mundial.

A França foi a mais rápida na reação ao relatório Doing Business do Banco Mundial. A comunidade francesa, fortemente embasada em suas tradições jurídicas, foi classificada na 44ª posição na primeira versão. “O direito francês foi então brutalmente lembrado da exigência da eficiência pelas escolas americanas de análises econômicas dos fatores de desenvolvimento”³².

Entre as reações que os relatórios do Banco Mundial provocaram na França, está o lançamento, pelo antigo Ministro da Justiça Dominique Perben, de um grupo de pesquisa internacional, chamado *The Economic Attractiveness of Law* (Atratividade Econômica do Direito), bem como o estabelecimento da Fundação para o Direito Continental, que adotou um novo programa com objetivos similares assim que o mandato para o primeiro grupo expirou.

O *Economics Attractiveness of Law* foi um programa de pesquisa designado para demonstrar a efetividade de certos instrumentos legais criados pelo direito positivo (leis), em particular na tradição do sistema jurídico francês. Para esse propósito, objetivava demonstrar que a diversidade dos instrumentos legais disponíveis para o setor econômico poderia levar à maior eficiência, desde que aqueles instrumentos fossem designados a garantir uma sólida segurança jurídica, para que possam ser mais favoráveis

31 POSNER, Richard A. Direito e Economia na Common law, Civil law e Nações em Desenvolvimento. Tradução de ARNOLD, Carla. *Revistas da Faculdade de Direito Uniritter*, Porto Alegre, 2009. n. 10, p. 119-136.

32 FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, op. cit.

às transações econômicas do que uma padronização apressada. Este programa mobilizou por volta de cem juristas e economistas trabalhando em aproximadamente dez projetos e criou uma nova dinâmica de projetos de pesquisa interdisciplinares investigando a relação entre economia, direito e as instituições. O coordenador científico e chefe do projeto era Bertrand du Marais, membro do *Conseil d'Etat*. O programa foi supervisionado por um conselho científico de trinta renomados cientistas, juristas e economistas internacionais, os quais tinham a tarefa de conferir a coerência dos projetos e a qualidade científica dos resultados. Dentro os livros e artigos que foram publicados, um é intitulado “Indicadores a fim de medir o Direito? Os limites metodológicos dos relatórios Doing Business”. Ele examina a confiabilidade dos indicadores utilizados para analisar a atratividade econômica do direito e tece uma análise crítica aos indicadores específicos utilizados nos relatórios Doing Business. Também contém comentários sobre o desenvolvimento e utilização de questionários, com sugestões para melhoria.

A *Foundation pour le droit continental* foi lançada em 2005 pelo Ministro da Justiça da França parcialmente como uma reação aos relatórios Doing Business do Banco Mundial. Os órgãos de regulamentação das profissões jurídicas francesas, junto com instituições públicas, apoiaram a Fundação. Acadêmicos de todo o mundo (até mesmo de países da *common law*, como os Estados Unidos, Canadá e Austrália) estão envolvidos como membros do conselho científico. Com o apoio desta Fundação, os juristas organizaram uma conferência internacional intitulada “*Continental Law and Global Financial Crisis – Contributions Towards a Better Regulation*”, em Maio de 2009. Ela ocorreu no próprio Banco Mundial, em Washington, para introduzir conhecimentos da profissão jurídica francesa para uma audiência de americanos. Um segundo dia foi dedicado a tópicos específicos, tal como a gerência de parcerias “público-privado” e a posição dos juristas continentais com relação aos relatórios Doing Business do Banco Mundial³³.

O tema não é novo. Os acadêmicos concordam que os aspectos econômicos não devem ser subestimados ao se analisar o direito como um instrumento de moldagem da vida econômica e social. Entretanto, a forma com que o Banco Mundial tem recorrido a instrumentos de análise econômica, a fim de avaliar e classificar os diferentes sistemas jurídicos,

33 FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, op. cit.

promoveu um novo tipo de debate. Desde então, a classificação da França nos relatórios Doing Business tem aumentado sensivelmente³⁴.

No Brasil, a compreensão da relação entre justiça e eficiência vai se tornando cada vez mais premente. A agenda microeconômica adotada pelo Governo Federal revela a importância do programa de pesquisa da interdisciplinaridade em Direito e Economia no contexto do desenvolvimento do país. Reformas institucionais associadas à Lei de Falências, Reforma do Judiciário, respeito a contratos, dentre outros temas, formam o alicerce sem o qual dificilmente teremos a tão decantada sustentabilidade do desenvolvimento brasileiro. Isto é, incentivos a investimentos produtivos de longo prazo, que criam empregos e geram renda, vão muito além das grandes variáveis macroeconômicas e exigem dos formuladores de política crescente compreensão dessa área do conhecimento.³⁵

Nos processos judiciais que tratam de matérias de direito tributário, embora não exclusivamente neles, existem sempre, e de maneira muito proeminente, ao lado dos aspectos passíveis de serem representados por meio de categorias analíticas mais convencionais do direito, outros aspectos que são compreendidos e avaliados em suas consequências práticas, por meio de uma perspectiva especificamente econômica.³⁶

A mesma constatação – de que as questões referentes à existência e cobrança de tributos adquirem sentidos jurídicos e também outros – pode ser feita em relação aos termos do debate sobre as propostas de reforma tributária consideradas pela sociedade e pelos governos há vários anos no Brasil. Um histórico desse debate aponta que, em comparação com o conjunto das leis tributárias vigentes nas primeiras décadas do século XX, a reforma tributária instituída em 1966 tornou o aparato de arrecadação “sistematizado, com menores distorções e ineficiências”. E isto porque, segundo descreve VIOL, os tributaristas que atuaram na reforma de 1966 “colocaram em primeiro plano o fator econômico”, cuidando para que a tributação passasse a incidir “sobre bases econômicas” e abandonando a prática de “tributar meras definições jurídicas”.³⁷

BARBOSA³⁸ propõe que a análise econômica do direito seja eleita como critério objetivo – sendo objetiva como, de fato, é – no

34 FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, op. cit.

35 FARINA, Elizabeth M.M.Q. *Prefácio*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

36 CASTRO, Marcus. *Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica*. Brasília, Revista da PGFN, vol. 1, nº 2, julho 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925432>

37 Ibid.

38 BARBOSA, op. cit.

enfrentamento de questões em que colidem os princípios informadores do nosso sistema constitucional, a fim de propiciar a solução do conflito com base nas vicissitudes do próprio caso, mas sem perder de vista a eficácia e a aplicabilidade de decisão.

A autora expõe que, em se tratando de normas de conteúdo programático ou finalístico, os postulados principiológicos têm a função de nortear a aplicação das regras, auxiliando o intérprete na escolha do enunciado prescritivo que deverá incidir sobre o comportamento ocorrido. Quando não há regra específica regulando determinada conduta, ou ainda, quando a regra existente não se coaduna com o conteúdo finalístico veiculado pelo princípio jurídico informador, o intérprete deverá aplicar postulados principiológicos diretamente ao caso posto a deslinde. Nas duas situações são percebidas possibilidades de conflito entre princípios, tanto na sua função interpretativa quanto na aplicação direta aos casos concretos, pois mais de um princípio possa ser aplicável em ambas as situações.

Nesse contexto, a partir da premissa de que os princípios jurídicos são dotados do mesmo valor, ou seja, não há escalonamento hierárquico entre esses postulados, quando dois ou mais princípios podem nortear a solução do litígio, somente mediante a ponderação dos enunciados é que o intérprete será capaz de decidir qual, e em que medida, deverá ser aplicado. O critério que deverá orientar a ponderação de enunciados é o princípio da proporcionalidade, pelas suas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Se, contudo, ainda assim, não for possível definir qual princípio deverá ser aplicado, caberá ao intérprete, analisando a argumentação apresentada e mediante decisão fundamentada, fazer sua escolha.

Uma vez que tal escolha fica relegada, quando ultimado o processo de ponderação sem resultado, ao subjetivismo do aplicador da norma, o intérprete da norma deverá utilizar-se das ferramentas fornecidas pela análise econômica do direito para auxiliá-lo a formular a solução mais eficiente, tendo em vista que a AED fixa critérios mais objetivos para a tomada de decisões.

Há que se mencionar, ainda, em Análise Jurídica do Pensamento Econômico (AJPE), que se articula no Brasil com base na preocupação de que o sistema de política econômica como um todo deve ser subordinado à finalidade de assegurar a fruição empírica de direitos subjetivos, especialmente os direitos fundamentais e direitos humanos.³⁹

39 CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, nº 1, junho 2009, p. 17-70.

No entanto, nossa familiaridade com a AED é recente e incipiente, ao contrário da tradição americana.

Nos Estados Unidos, cada uma das principais faculdades de direito tem um ou mais economistas com PhD em seu corpo docente; fora isso os professores nos cursos normais de direito frequentemente incluem a perspectiva econômica em sua disciplina. A maioria dos juízes federais e muitos estaduais dos Estados Unidos frequentaram programas de treinamento sobre a Análise Econômica do Direito. Muitos juízes federais de segunda instância (dentre os quais se encontram Guido Calabresi, Frank Easterbrook, Douglas Ginsburg, Stephen Williams, Ralph Winter e Richard Posner) e um juiz da Suprema Corte (Stephen Breyer) foram especialistas em Direito e Economia.⁴⁰

Anthony Kronman, reitor da Faculdade de Direito de Yale, um crítico do movimento de Direito e Economia, ainda assim o define como “uma enorme força animadora do pensamento jurídico americano” e diz que “continua a ser a escola mais influente da ciência do direito neste país”.⁴¹

4 CONCLUSÃO

Apura-se que a *common law* foi pioneira na adoção dos fundamentos econômicos como ferramentas a serem empregadas, por meio do Direito, em benefício da promoção da eficiência nas relações sociais.

A análise comportamental econômica aplicada ao direito é estudada pela Análise Econômica do Direito (AED) como um método que busca dotar o Direito de praticidade.

A AED encontra campo mais fértil no campo da *common law* do que no campo da *civil law*, devido à tradição de concepção jurídica que se desenvolveu naquela cultura, bem como em virtude da multidisciplinaridade que ela promove, muito menos idealizada e sistematizada do que a codificação romano-germânica.

Entretanto, o raciocínio econômico deve informar o nosso sistema jurisdicional sempre que possível. Embora a eficiência não possa ser considerada o único fator a ser perseguido pelo Direito, o desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 3º da Constituição Federal.

40 POSNER, Richard A., 2009. op. cit.

41 Ibid.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Louise Maria Barros. Colisão de Princípios Jurídicos: Uma Solução pela Análise Econômica do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2454, 21 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14505>>
- CASTRO, Marcus Faro de. Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. Brasília: *Revista da PGFN*, v. 1, n. 2, julho 2011.
- CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. Brasília: *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 1, junho 2009.
- COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. New Haven: *Journal of Law and Economics and Organization*, v. 4, n. 1, 1988.
- COOTER, Robert. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FARINA, Elizabeth M.M.Q. *Prefácio*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUEL, Anne-Julia *O Direito é uma Disputa Econômica? As Reações Francesas ao Relatório Doing Business do Banco Mundial e à Análise Econômica do Direito*. Publicado originalmente com o título *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law* in: *Georgetown Law and Economics Research Paper n.10-10*, Junho de 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/372>>. Traduzido para a língua portuguesa, com a permissão expressa das autoras, por Rafael A. F. Zanatta. Disponível em: <<http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/436346>>
- GICO Jr., Ivo T. *Introdução à Análise Econômica do Direito*. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (orgs.). *O Que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: Introdução ao Movimento Law and Economics. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10255>>

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. *Common Law, Civil Law e Análise Econômica do Direito*. In Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2109.pdf>

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. *Direito e Economia na Common law, Civil law e Nações em Desenvolvimento*. Tradução de ARNOLD, Carla. Porto Alegre: Revistas da Faculdade de Direito Uniritter, n. 10, 2009.

SANTOS, Alvaro. *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.) *The New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SALAMA, Bruno M. *O Que é Pesquisa em Direito e Economia?* São Paulo: Cadernos de Direito GV, Caderno 22, v. 5, n. 2, março 2008.

STAJAIN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STAJAIN, Rachel e GORGA, Érica. *Tradições do Direito*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (orgs.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.