

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO**

MARCOS PINESCHI TEIXEIRA

**PRINCÍPIOS, DIREITO E ECONOMIA:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2011**

Marcos Pineschi Teixeira

Princípios, Direito e Economia:
Considerações sobre a Análise Econômica do Direito

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Brasília
Dezembro de 2011

Marcos Pineschi Teixeira (marcospineschi@yahoo.com.br)

Princípios, Direito e Economia: Considerações sobre a Análise Econômica do Direito

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB) como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado
com conceito [].

Brasília (DF), de dezembro de 2011.

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Professor Orientador

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Membro da Banca Examinadora

MSc. Fábio Portela Lopes de Almeida

Membro da Banca Examinadora

À Marina, que já tão cedo percebe minha ausência sem sequer compreender o motivo, e à Silvana, sempre entusiasta e companheira, com muito amor.

A meus amados pais, por tudo, e aqui não cabem palavras; e a todos que tanto quero em São José dos Campos.

AGRADECIMENTOS

À Universidade de Brasília e à sociedade brasileira, pela valiosa oportunidade em ingressar no estudo do Direito, à qual buscarei retribuir com todo o meu empenho.

A todos os membros da Faculdade de Direito, que com muito comprometimento e esforço pessoal possibilitam a transmissão de valioso conhecimento.

Ao caro Professor Juliano Zaiden, que prontamente aceitou orientar esta monografia e que, cordialmente, prestou com todo empenho e atenção essa incumbência, e se colocou amplamente à disposição para debater as questões aqui analisadas.

Aos caros membros da banca examinadora, Professor Marcus Faro, pelo estímulo em suas aulas e discussões, e ao duplamente mestre Fábio Portela que, sem hesitar, gentilmente consentiu em participar da avaliação a este até então desconhecido colega.

Ao caro Professor Othon, que por diversas vezes prestou grande apoio e sempre se manteve à disposição para a troca de ideias.

Aos meus colegas desta e de outras turmas, a quem, seguramente, importunei por diversas ocasiões e que foram de grande importância ao longo de todo esse curso de Direito.

E a toda minha família, que por diversas vezes sentiu a minha ausência, dedico, com muito amor, este trabalho.

A lei de ouro do comportamento é a tolerância mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma maneira, já que nunca veremos senão uma parte da verdade e sob ângulos diversos.

Gandhi

RESUMO

Este trabalho pretende analisar o campo de estudos denominado “Análise Econômica do Direito” ou “*Law & Economics*” e averiguar sua importância e aplicabilidade em um contexto de respeito a direitos individuais. Para tanto, apresenta sucintamente a evolução dessa vertente, suas diferentes abordagens, sutilezas e aprimoramentos, e destaca aspectos do pensamento de uma pequena amostra de seus autores. Ademais, para possibilitar a compreensão da sustentação da *Law & Economics* sob o ponto de vista filosófico, passa a discutir o caráter deontológico ou axiológico do Direito de forma a, em seguida, abordar algumas das críticas dirigidas especificamente a essa vertente de estudos. Com esses elementos, ressalta o sentido equívoco conferido às denominações “Análise Econômica do Direito” e “*Law & Economics*”, e discute a questão central referente à possibilidade de compatibilização da visão do Direito como integridade, no qual direitos individuais são preservados, com a Análise Econômica do Direito. Por fim, trata da relação entre operadores do Direito, Economia e economistas, e defende a incorporação de abordagens e ferramentas típicas da Economia ao estudo do Direito, de forma a viabilizar a compreensão de fenômenos que podem revelar substancial importância para o aprimoramento do processo cognitivo em casos complexos no âmbito da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Economia Comportamental. *Law and Economics*. *Behavioral Law and Economics*. Axiologia. Deontologia. Utilitarismo. Consequencialismo. Argumentos consequencialistas. Externalidades. Princípios. Análise principiológica. Argumentos de princípio. Argumentos de política. Política. Casos Complexos. *Hard Cases*. Richard Posner. Ronald Dworkin. Ronald Coase.

ABSTRACT

This paper focuses on analyzing the “Law and Economics” approach and on investigating its importance and applicability under a context of commitment to individual rights. Therefore, it outlines the different approaches employed in this field and its characteristics, peculiarities and enhancements, and introduces the reasoning of a small collection of authors who engage on economic analysis of Law. Moreover, on a view to appreciate its philosophical soundness, it discusses deontological and axiological perspectives for Law, and also criticism on Law and Economics. In the context of such information, it highlights frequent misconceptions regarding Law and Economics and analyses the central issue concerning its feasibility in a context of Law as integrity in which individual rights are respected. Finally, it considers the relationship amongst legal practitioners, Economics and economists, and advocates the incorporation of tools and approaches typically employed in Economics to the study of Law, in order to enable the comprehension of phenomena that may reveal substantial importance to the improvement of the cognitive process in hard cases.

Keywords: Economic Analysis of Law. Law and Economics. Behavioral Law and Economics. Axiology. Deontology. Utilitarianism. Consequentialism. Consequentialist argument. Externalities. Principles. Principled analysis. Arguments of principle. Arguments of policy. Policy. Hard Cases. Richard Posner. Ronald Dworkin. Ronald Coase.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	16
3	UM OLHAR PELA FECHADURA: ADENTRANDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	21
3.1	Uma pequena amostra de autores.....	21
3.2	O pensamento de Posner em <i>Economic Analysis of Law</i>	22
3.3	A visão modificada de Posner (1990) em <i>The Problems of Jurisprudence</i>	29
3.4	As diferenças entre visões de Cooter; Ulen (2000) e Kaplow; Shavell (2002).....	31
3.5	A abordagem de Jolls; Sunstein; Thaler (1998)	35
3.5.1	<i>A análise descritiva</i>	37
3.5.2	<i>A análise prescritiva</i>	39
3.5.3	<i>A análise normativa</i>	43
3.6	A visão de Sunstein (1999) sobre a autonomia do Direito.....	44
4	AS VERTENTES DEONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA DO DIREITO	47
5	RESPOSTAS CRÍTICAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	52
5.1	As abordagens críticas à <i>Law & Economics</i>	52
5.2	A crítica de Dworkin (1980) quanto à concepção de riqueza como valor.....	59
6	É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR A VISÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?	64
6.1	O sentido equívoco conferido às denominações “Análise Econômica do Direito” e “ <i>Law & Economics</i> ”	64
6.2	O argumento consequencialista de Dworkin (1977)	66
6.3	As abordagens de Coase (1960) e Dworkin (1977)	71
6.4	Entre deontologia e axiologia: a análise principiológica pode ser consequencialista?	76
6.5	Uma questão relevante: qual a extensão da apreciação das conseqüências em um ambiente de respeito a direitos individuais?	80
6.6	As relações entre política (<i>policy</i>) e Direito	83

7 OPERADORES DO DIREITO, ECONOMIA E ECONOMISTAS	86
8 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

Por vezes, há eventos que descortinam de forma absolutamente contundente a gravidade das consequências de provimentos jurisdicionais sobre a sociedade. Considero oportuno apresentar um desses eventos ocorrido recentemente na República Popular da China.

As informações foram obtidas através de *site*¹ na rede mundial de computadores que apresenta, no idioma inglês, conteúdo extraído de páginas da internet escritas originalmente em caracteres chineses. O *site* pretende ainda apresentar uma amostra representativa de comentários publicados por internautas chineses acerca de notícias, vídeos ou fotos em discussão na rede. Embora imperfeita, a amostra busca oferecer uma noção de como os internautas chineses reagem, sentem ou pensam a respeito. As páginas e textos seriam traduzidas por meio de pessoal próprio, bem como por voluntários convidados.

Trata-se de tradução de notícia apresentada originalmente no popular *site* chinês de compartilhamento de vídeos Youku². Em 17 horas após sua divulgação teriam ocorrido mais de 700.000 acessos com a publicação de mais de 6.200 comentários ao longo de 210 páginas eletrônicas, e o caso logo atingiu repercussão mundial.

A notícia apresenta um pungente caso de omissão de socorro a uma menina de apenas dois anos de idade, vítima de dois atropelamentos em um mercado de uma localidade na província de Guangdong, no sul da China. Após ser gravemente atingida por uma van, que se evadiu do local sem prestar socorro, a menina permaneceu no chão, sendo ignorada pelos pedestres que circulavam no local. Pouco minutos depois, por estar na via, foi atingida por um segundo veículo. As câmeras de segurança próximas registraram que, desde o primeiro impacto, durante cerca de 7 minutos nada menos que 18 pedestres ignoraram a criança gravemente ferida à rua, até que a 19ª pessoa, uma catadora de lixo, a tentou socorrer, não evitando contudo sua morte, dias mais tarde.

Surpreendentemente, os comentários publicados na internet chinesa parecem apontar que muitos internautas poderiam ter a mesma atitude dos pedestres. Na amostra de comentários traduzidos ao inglês³, há as seguintes argumentações:

Comments:

[...]

“Don't blame the passersby, it was a Nanjing judge that killed this little girl”.

[...]

¹ Trata-se do *site* existente no endereço eletrônico <<http://www.chinasmack.com>>. Acesso em: out.2011.

² A notícia foi divulgada no endereço eletrônico <http://v.youku.com/v_show/id_XMzEzMDY4OTcy.html>. Acesso em: out.2011.

³ Há incorreções ortográficas e gramaticas nas traduções efetuadas ao idioma inglês. Foi preservada a forma apresentada no *site*.

“[...] would you risk being accused of being the perpetrator? Would you be willing to dump your entire family’s savings into the endless vortex of accident compensation? You aren’t afraid of going to jail as the perpetrator? Have you not considered that one moment of greatness could mean your entire family losing their happiness with you? Do you know just how many Nanjing judge there are? Do you think it is only Nanjing? The consequences of moral turpitude is not something that you and I can rectify. We are just ordinary people. Seeing this kind of thing, I can only describe it as heartbreaking, but I would be numb/indifferent like those 18 people...because I am a normal person!!!” (CHINASMACK, 2011a).

Em outra página do mesmo *site*, há observações adicionais:

Comments:

[...]

“If it was me, I would only call the police and then walk away, I would not help her up. Reason is as follows: 1, afraid of being accused, afraid that as soon as I saved her, her parents would come out accusing me of hurting her. 2, after saving her no one will claim her, and I have to foot the medical expenses, if her parents do not show up then it would be hard for me to leave/remove myself from the situation. 3, In the circumstance that we still do not know the specifics of the traffic accident, I’m afraid if I save her then the police will catch me as the perpetrator [...].”

[...]

“According to the logic of the Nanjing and Tianjin [There was a case similar to the Peng Yu case in Tianjin this year] judges, if they weren’t pushed by you, then how could she have been hit by the car? Don’t think that just because you weren’t driving the car you aren’t responsible. If there’s anything our judges are capable of it is finding ways to find you culpable/responsible, and have you pay compensation/fines.” (CHINASMACK, 2011b).

Observa-se que alguns dos comentários fazem referência a decisões judiciais, e particularmente a uma decisão que teria ocorrido na cidade de Nanjing, em 2006, que ganhou repercussão nacional. Trata-se do caso em que um jovem, o sr. Peng Yu, teria auxiliado uma senhora idosa que havia sofrido uma queda, encaminhando-a ao hospital. Esta senhora, contudo, teria alegado ter sido empurrada pelo jovem – que enfaticamente rejeitou a alegação –, e a questão chegou à corte. A decisão teria sido no sentido de condenar o sr. Yu em ressarcir parcialmente as despesas médicas supervenientes sob a alegação essencial de que, mesmo sem outras evidências, as ações do acusado, sob o “senso comum”, seriam consistentes com as de uma pessoa que tinha responsabilidade pelo ocorrido, uma vez que, entre outros aspectos, a teria acompanhado ao hospital mesmo após a chegada de familiares da senhora acidentada. A decisão teria sido largamente comentada em páginas da *internet* chinesa.

A propósito, a mesma decisão foi citada na ocasião em que internautas chineses comentaram um caso similar, ocorrido em 2009, no qual um senhor de 75 anos de idade, na mesma cidade de Nanjing, não conseguiu se reerguer após uma grave queda ao descer de um ônibus. As pessoas próximas, entretanto, nada fizeram em seu auxílio, até que o acidentado

declarou expressamente em alta voz aos observadores que havia caído por si próprio, e que o incidente não teve nenhuma participação de nenhum dos observadores. A partir da declaração, o auxílio foi prestado, o que aponta que, caso o acidentado estivesse inconsciente, poderia não ter recebido socorro imediato. Ao comentar a notícia, um internauta se reporta a uma experiência pessoal em um outro acidente, no qual o fato de ter prestado auxílio resultou em um sentimento de que algo errado teria sido feito:

Comments:

[...]

“One day an old person downstairs had slipped, and continuously struggled to stand back up. Not a few people passed by, but all only looked at him once before passing. I and a young guy from the other side of the street together helped the old man up (him alone simply could not get up). Before the old man had gotten back on his feet, the young guy and I exchanged looks, both probably thinking of these things, and quickly walked away, not feeling like we had done a good thing. Now, just being kind results in feeling guilty” (CHINASMACK, 2009).

Evidentemente, não se deseja conferir excessiva credibilidade às informações colhidas, muito menos argumentar que os comentários apresentados refletem o pensamento dos cidadãos chineses da região de Nanjing. Seria claramente inadequada qualquer pretensão de conferir validade científica a informações obtidas de tal forma rudimentar. O aspecto central a ser destacado é outro.

Independentemente de qual seja a realidade dos fatos ou do efetivo comportamento social naquela parte da distante China, o contexto apresentado fornece um exemplo crível acerca da extensão em que as decisões das cortes pode afetar o comportamento humano. Ao buscar, ainda que de forma genuína, proteger um direito individual fundamental, o juiz do caso apresentado – caso que poderia, até mesmo, ser hipotético – provavelmente não considerou que condenação de um acusado na ausência de provas robustas poderia acarretar como consequência um estímulo a uma *menor* proteção a pessoas em situação de risco.

Todavia, a discussão acerca da incorporação das consequências de uma potencial decisão como um dos fatores a afetar o próprio processo de construção da decisão judicial vem sendo travada no campo da Filosofia do Direito há séculos. Trata-se do debate acerca da fundamentação das abordagens consequencialistas e não-consequencialistas, que apresenta como essência a própria questão fundamental do conflito entre a noção de “bem” e a de “dever ser”; da oposição entre o aspecto axiológico ou deontológico do Direito; da inter-relação entre Direito e Moral.

No âmago dessa discussão, a questão da apreciação das consequências dos provimentos jurisdicionais pode se revelar como um componente de extrema importância e complexidade sobretudo em sociedades altamente industrializadas, em que as informações são disseminadas com impressionante rapidez e nas quais questões de causa e efeito podem fazer parte de mecanismos incrivelmente intrincados.

Trata-se, assim, de discutir a importância dos incentivos como aspectos que influenciam o comportamento humano. Com efeito, observou-se, sobretudo na segunda metade do séc. XX, um grande esforço em utilizar instrumentos típicos da ciência econômica para apuração das consequências que os regramentos legais produzem sobre nosso comportamento e para avaliação dos reflexos desse comportamento sobre a eficiência da economia.

Destaca-se, a propósito, que é inadequada a visão da Economia como ciência que busca, precipuamente, analisar apenas questões relacionadas ao emprego, aos preços, aos mercados financeiros e à macroeconomia em geral. A Economia é uma ciência social que, essencialmente, analisa não apenas as atitudes humanas mas também a forma segundo a qual indivíduos tomam decisões e os fatores que influenciam nesse processo. Para tanto, desenvolveu ao longo do tempo um conjunto de técnicas e procedimento de análise que, apesar de apresentarem, por vezes, grande complexidade, se mostram largamente úteis para perseguir esse objetivo.

A incorporação das técnicas de análise próprias da Economia a problemas do campo do Direito tem sido buscada por uma escola de pensamento que vem sendo conhecida como “*Law & Economics*”, usualmente traduzida como “Análise Econômica do Direito”. Essa vertente vem apresentando grande desenvolvimento sobretudo nos Estados Unidos da América, onde as principais escolas de Direito, de renome mundial, incorporaram disciplinas obrigatórias no currículo acadêmico de forma a viabilizar a apreciação de problemas concretos inclusive sob a perspectiva econômica.

Entretanto, não devem ser menosprezadas as dificuldades na tradução da linguagem própria de uma ciência ao campo temático de outra, que contribuem sobremaneira para a criação de uma importante barreira ao fluxo comunicativo. A esse respeito, é particularmente ilustrativa a seguinte análise:

[...] o que se apresenta curioso e ao mesmo tempo desafiador é que as categorias tradicionais de cada ciência social, quando usadas para interagir com outra ciência específica, encontram dificuldades cognitivas muito sérias, eis que o universo gramatical que constitui cada ciência tem suas peculiaridades distintivas e, por vezes, aparentemente inapropriadas para uso em outro cenário ou conhecimento. [...] Ocorre que a realidade e a história têm demonstrado algo totalmente diferente, isto

porque, nos espaços empíricos em que as ciências sociais – notadamente o direito e a economia – interagem há um inarredável e permanente conflito de interpretações e atribuições de sentido, que introduzem âmbitos de dúvidas e ambigüidades que tornam impossível a caracterização do jurídico ou do econômico como ordens absolutamente objetivas e autônomas, haja vista que surgem como resultados de múltiplos fenômenos que não se encontram garantidos por nenhuma determinação a priori (LEAL, 2010, p. 49-51).

Além dessa natural dificuldade de comunicação entre as ciências, deve-se destacar que a vertente da *Law & Economics* é também objeto de severas críticas, e sua aplicação vem sendo vista com ressalvas por proeminentes filósofos do Direito contemporâneo. As ressalvas remetem, sobretudo, às iniciativas prescritivas ao Direito a partir das conclusões obtidas por meio de análises típicas da Economia. O cerne da questão parece se referir aos limites da utilização dos resultados dessas análises sobre a jurisdição, ou seja, sobre o processo de dizer o Direito (*jus dicere, jus dictio* ou *jurisdictio*). Nesse ambiente, há inclusive manifestações que chegam a apontar a Análise Econômica do Direito como um “estado de exceção hermenêutico”⁴, que fragiliza a tradição jurídica de preservação de direitos individuais e que coloca em risco a própria especificidade do Direito.

Certo é que a discussão das bases filosóficas quanto aos limites do inter-relacionamento entre as duas ciências é complexa e ainda atual. O antagonismo entre escolas de pensamento distintas acerca dessa questão chega a ser até mesmo caricatural na conhecida e quase folclórica divergência entre autores renomados como Richard Posner e Ronald Dworkin.

Curiosamente, muito menos famosas são as manifestações posteriores de Posner (1990) ao reconhecer não ter encontrado uma fundamentação filosófica para a utilização da busca da eficiência como parâmetro a guiar as decisões judiciais, e as argumentações de Dworkin (1977) ao defender a realização de análises consequencialistas que provavelmente seriam apontadas pela maioria dos acadêmicos do Direito como típicas da vertente *Law & Economics* – desde que, evidentemente, fosse omitido o nome do autor.

Essas manifestações, contudo, ocorreram já há décadas. A partir de então, a Análise Econômica do Direito aprimorou substancialmente o modo de apreciação de problemas típicos do Direito, incorporando diferentes abordagens que utilizam desde teoria dos jogos a estudos desenvolvidos sob a ótica do ramo denominado Economia Comportamental. Por outro lado, no complexo mundo da sociedade da informação, os dilemas envolvendo direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos se mostram cada vez mais presentes, requerendo soluções e abordagens robustas do ponto de vista filosófico.

⁴ Como afirma o Prof. Dr. Lenio Luiz Streck no prefácio de “Diálogos com a *Law & Economics*”, de Rosa; Linhares (2009).

Enfim, o objetivo precípua do presente trabalho não está relacionado a uma descrição do desenvolvimento recente da Análise Econômica do Direito, mas sim à averiguação dos limites de utilização da Economia em um contexto de respeito aos direitos individuais e aos princípios constitucionais.

Dessa forma, muito embora apresente considerações acerca da evolução da *Law & Economics* (capítulo 2) e aspectos particulares dos trabalhos de alguns de seus autores (capítulo 3), introduz a discussão sobre a compreensão do Direito sob as vertentes axiológica e deontológica (capítulo 4) e, a partir dela, apresenta críticas específicas à Análise Econômica do Direito (capítulo 5). Com esses elementos, passa a discutir o sentido equívoco conferido a essa vertente de estudos e a questão central referente à viabilidade de compatibilização da visão do Direito como integridade, no qual direitos individuais são preservados, com a Análise Econômica do Direito (capítulo 6). A seguir, aborda a relação entre operadores do Direito com a Economia e com os *economistas* (capítulo 7), o que conduz à conclusão deste texto (capítulo 8).

2 A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em 1973, Richard Posner publicou o livro *Economic Analysis of Law*, atualmente na 7ª edição, lançada em 2007. Trata-se de uma extensa obra que atualmente contém 787 páginas e 29 capítulos que abrangem uma enorme diversidade de tópicos, em cada um dos quais são efetuadas análises sob o prisma do Direito e da Economia.

Após trabalhos como os de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*, de 1960, sobre custos sociais), Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk Distribution on the Law of Torts*, de 1961, e *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, de 1970, ambos sobre responsabilidade civil), Gary Becker (*Crime and Punishment: An Economic Approach*, de 1968, sobre a área criminal), pode-se mencionar que a obra de Posner consolida o surgimento da vertente “*Law & Economics*” ou “Análise Econômica do Direito”, que, em essência, pretende estudar o Direito e o ordenamento jurídico sob o prisma da Economia.

A atual versão da obra de Posner aborda tanto ramos com maior interface com a Economia – como direito corporativo e regulação, contratos, propriedade, responsabilidade civil, direito tributário e direito do trabalho – como também segmentos menos evidentes, como direito de família, questões raciais, crimes envolvendo ódio, crime organizado, chegando a analisar questões bastante específicas em cada um desses tópicos e mesmo em outros.

De acordo com Garoupa (2009), observa-se atualmente que a abordagem da *Law & Economics* representa uma parte importante do currículo acadêmico das principais escolas de Direito dos Estados Unidos. Economistas têm se integrado a essas escolas produzindo influências em diversas áreas de maneira que, atualmente, há uma maior dificuldade na compreensão de questões relativas a temas de várias áreas do Direito sem que se tenha familiaridade com conceitos da teoria econômica como eficiência, custos de transação, problemas com informação assimétrica (ou dilema da agência, ou ainda *principal-agent model*), risco moral (*moral hazard*), seleção adversa e outros.

Entretanto, esse cenário, de acordo com Garoupa (2009), não se observa na Europa, onde a *Law & Economics* apresenta, salvo algumas exceções, relevância marginal nos departamentos de Economia e, ainda mais, nos departamentos de Direito das universidades. Garoupa (2011) sugere que uma possibilidade seria decorrente do fato de, fora dos Estados Unidos, os professores de Direito obterem rendas relevantes fora das atividades acadêmicas – atuando como operadores do Direito ou prestando consultoria ao governo, inclusive na elaboração de leis. De toda forma, pondera que, apesar da evolução mais lenta

em outros países, a disseminação da *Law & Economics* fora dos Estados Unidos é maior do que nunca, havendo por exemplo reuniões anuais de entidades como a *European Association of Law and Economics* desde 1980, da *Latin American Law and Economics Association* (ALACDE) desde meados de 1990, e da *Asian Law and Economics Association* desde 2005.

De acordo com Parisi (2004), um importante componente da disseminação da *Law & Economics* decorre do surgimento de vários jornais especializados, como o *Journal of Law and Economics*, lançado ainda em 1958 na Universidade de Chicago por Aaron Director, e mais tarde editado por Ronald Coase. Outros periódicos subsequentes foram, em 1972, o *Journal of Legal Studies*, também da mesma Universidade, editoriado por Richard Posner; em 1979, o *Research in Law and Economics*, editado por Richard Zerbe Jr.; em 1981, o *International Review of Law and Economics*, lançado no Reino Unido e editado por Charles Rowley e Anthony Ogus, e mais tarde também por Robert Cooter e Daniel Rubinfeld; em 1982, o *Supreme Court Economic Review*, editado por Peter Aranson e mais tarde por Harold Demsetz and Ernest Gellhorn; em 1985, o *Journal of Law, Economics and Organization*, editado por Jerry Mashaw, Oliver Williamson e, mais tarde, por Roberta Romano; em 1994, o *European Journal of Law and Economics*, editado por Jürgen Backhaus e Frank Stephen; em 1999, o *American Law and Economics Review*, editado por Orley Ashenfelter e Richard Posner; em 2004, o *Journal of Empirical Legal Studies*, editado por Theodore Eisenberg, Jeffrey J. Rachlinski, Stewart J. Schwab e Martin T. Wells; em 2005, o *Review of Law and Economics* editado por Robert Cooter, Ben Depoorter, Lewis Kornhauser, Gerrit De Geest, Nuno Garoupa e Francesco Parisi. Esses periódicos especializados, enfim, contribuíram e vêm contribuindo para a existência de um importante foro para o estudo da estrutura da lei e das decisões judiciais sob a perspectiva econômica.

Ainda segundo Parisi (2004), um dos efeitos da *Law & Economics* foi o fato de que o ordenamento jurídico passou a ser visto sob a perspectiva de um sistema funcional (*working system*), o que também afetou a Economia, contribuindo para a expansão do campo de análise microeconômica. Entretanto, a Análise Econômica do Direito vem se modificando ao longo dos anos.

A partir das críticas à maximização da utilidade, que é a base do utilitarismo tradicional – largamente criticado pelo próprio Posner em, por exemplo, *Economic Analysis of Law* e *The Problems of Jurisprudence* –, buscou-se alternativas como a maximização da riqueza ou da eficiência. Entretanto, há desconforto em aceitar essa alternativa como válida, sendo apontadas objeções relevantes. Uma dessas objeções refere-se à necessidade de especificação de um conjunto de direitos como pré-requisito para então proceder à

maximização da eficiência. Uma segunda crítica refere-se à necessidade de que não sejam efetuadas escolhas entre eficiência e justiça.

Pouco tempo após a divulgação inicial da obra de Posner em 1973, Calabresi (1980) argumentava que o aumento na renda (ou eficiência) não poderia representar melhorias sociais se não acompanhada do aumento da igualdade ou da utilidade, e rejeitava que sua teoria poderia representar um *trade off* entre eficiência e justiça, argumentando que eficiência e distribuição são, na verdade, *componentes* da justiça.

Por sua vez, outras abordagens buscam conferir importância ao fato de que o conceito de bem-estar de uma sociedade deve depender do bem-estar dos membros mais desafortunados, buscando assim uma maximização direta para alcançar esse objetivo, e não uma maximização em dois passos como atualmente efetuada pela abordagem tradicional da *Law & Economics*, na qual as questões redistributivas seriam apreciadas separadamente, ainda que por meio de intervenções de ordem tributária.

Entretanto, essas são apenas algumas das várias considerações que vem sendo travadas que deram origem a diferentes técnicas e escolas da Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos.

De acordo com Parisi (2004), nos primórdios da *Law & Economics*, os estudos eram referenciados segundo as visões das escolas de Chicago ou de Yale. A escola de Chicago, da qual Posner era integrante, apresentava um viés eminentemente descritivo, no qual a análise criteriosa das decisões do *Common Law* – assim compreendido como o conjunto das decisões dos juízes baseadas em precedentes que não se referiam a aplicações de dispositivos constitucionais ou de leis baixadas pelo Poder Legislativo – indicaria que seriam tomadas, consciente ou inconscientemente, de forma a induzir resultados eficientes. Assim, a eficiência seria o fator primordial a efetivamente guiar essas decisões, sendo que Posner, ademais, apresentava o argumento segundo o qual este seria um critério de decisão justificável uma vez que outros meios de atingir à prestação jurisdicional não seriam consensuais inclusive no meio acadêmico e provocariam uma ambigüidade ou insegurança no processo judicial.

Parisi (2004), por outro lado, menciona que, apesar do poderoso alcance da análise econômica, os acadêmicos da escola de Chicago teriam reconhecido os limites da Economia na apreciação de questões legais. Assim, apesar da importância da análise da eficiência do sistema legal, os economistas de Chicago em geral reconheciam os limites para uma atuação normativa quanto a reformas no ordenamento jurídico.

Essa não seria, contudo, a linha seguida pelos acadêmicos de Yale, que defendiam a necessidade de uma maior intervenção de forma a propiciar a correção de falhas de mercado e, portanto, apresentavam propostas sobre como a lei deveria ser. Por outro lado, a vertente de Yale sugeria que a eficiência, como a defendida pelos acadêmicos de Chicago, nunca poderia ser o fim último do sistema legal, face à marcante necessidade de alcançar a justiça e igualdade distributiva por meio do sistema legal.

Ainda conforme Parisi (2004), mais recentemente há a vertente da Universidade de Virginia, na qual a literatura passou a analisar a interface entre Lei, Economia e a teoria da escolha pública (*public choice theory*) – a qual, por sua vez, busca utilizar o ferramental da Economia no campo da Ciência Política. Busca-se, entre outros aspectos, analisar o ambiente e o processo de formação das leis, identificando falhas políticas na sua criação. Trata-se de uma linha de análise que é considerada funcional, que aponta, inclusive, falhas tanto nas dimensões descritivas como normativas da *Law & Economics*. A abordagem funcional indica questões relevantes, como a extrema dificuldade de relacionar preferências individuais com resultados sociais. Os modelos econômicos representariam apenas uma visão simplificada da realidade, sendo arriscado, portanto, utilizar esses métodos para políticas alternativas. Muito embora essa perspectiva pudesse estar alinhada com a vertente descritiva de Chicago, a linha funcional também critica deficiências ou falta de suporte para a tese da eficiência na prestação jurisdicional em diversas áreas do Direito. Alguns exemplos de estudos e autores sob a abordagem funcional são a seguir destacados:

The recent literature on reciprocity (Smith, McCabe and Rassenti, 1998; Fon and Parisi, 2003), social norms and customary law (Cooter, 2000; Parisi, 1998), choice of law (Romano, 1999; Parisi and Ribstein, 1998; Ribstein and O'Hara, 2000), federalism (Ribstein and Kobayashi, 2001) and freedom of contract (Trebilcock, 1994; Buckley, 1999) are examples of the growth and value of functional approaches in law and economics. (PARISI, 2004, p. 297).

Ademais, deve-se destacar a relevância da utilização do instrumental da teoria dos jogos como técnica para apreciar, de forma analítica rigorosa, o comportamento dos indivíduos a partir da forma como a prestação jurisdicional é concedida. Trata-se, enfim, da perspectiva de apreciar como os indivíduos poderão reagir em um determinado contexto, de maneira que, dessa forma, sejam obtidas informações relevantes quanto às consequências das decisões judiciais, o que pode propiciar importantes subsídios para o processo cognitivo do juiz e mesmo para a averiguação da medida em que a prestação jurisdicional é eficiente.

Além da aplicação da teoria dos jogos, há que ser feita menção às abordagens conhecidas como *Behavioral Law & Economics*, nas quais há a tentativa de incorporação de

outros fatores – como os emocionais e sociais – nas análises, inclusive utilizando resultados de outras campos da ciência como a psicologia, reconhecendo que as escolhas dos indivíduos não necessariamente são racionais. Nas palavras de Sunstein (1999, p. 115-116):

The last decade has seen an outpouring of work in “behavioral law and economics;” in the last few years, the outpouring has become a flood.1 This should not be surprising. Cognitive psychology and behavioral economics have played a role in the work of many economists, including, to name just a few examples, George Akerlof (1991), Kenneth Arrow (1986), Colin Camerer (1990), Robert Frank (1999), Timur Kuran (1995), Matthew Rabin (1994), and Richard Thaler (1991). In light of their increasing influence on economics, behavioral approaches were bound to affect economic analysis of law as well.

Por outro lado, Sunstein (1999, p. 151-152) menciona que:

Behavioral law and economics is obviously flourishing; but it remains, in its early stages, perhaps not so different from that of conventional Law and economics in, say, 1971. No treatise organizes the field, and a great deal of further research remains to be done, theoretical and empirical. For example, there is no systematic work on the relationship between damage awards and the various ingredients of cases involving libel, sexual harassment, and intentional infliction of emotional distress. There is only preliminary work on the role of “anchors” in awards by juries and judges. Nor is there much work on the relationship between legal rules and reciprocity and on the important question whether and how legal rules might solve prisoner’s dilemmas without requiring large levels of public enforcement activity. Under what circumstances does a legal provision (for example, one that bans smoking or requires recycling) become self-enforcing? We lack much information about whether and how legal rules change preferences themselves; this is a promising area for both experimental and empirical work. Nor do we know a great deal about the effects of social institutions in overcoming cognitive and motivational limitations.

There can be no question that human beings care about fairness, that they can be myopic, and that they exhibit bounded rationality. The questions for the future are whether an understanding of the underlying phenomena can lead to better predictions about the effects of law, more reliable prescriptions about how law might promote social goals, and more refined judgments about when the legal system should respect or reject individual choices.

Enfim, os estudos relacionados à *Law & Economics* vem continuamente sendo aprimorados. Até mesmo em decorrência de sua evolução, é pertinente apresentar, ainda que parcialmente, as visões de uma pequena amostra de seus autores, de forma a observar sutilezas das diferentes abordagens empregadas. Essa é a intenção do capítulo seguinte.

3 UM OLHAR PELA FECHADURA: ADENTRANDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 Uma pequena amostra de autores

Para propiciar uma melhor visão de segmentos do campo de estudo da *Law & Economics*, consideramos adequado apresentar algumas das considerações de uma pequena amostra de seus autores, ainda que problemas específicos concretos não sejam analisados em profundidade. Em outras palavras, entendemos ser mais útil delinear o *tipo* de abordagem empregada do que analisar extensivamente questões específicas.

Primeiramente, serão apresentadas algumas das visões de Richard Posner contidas no livro *Economic Analysis of Law*, editado primeiramente em 1973, muito embora sejam aqui efetuadas referências à 7ª edição do livro, publicada em 2007. A importância de apresentar sua visão refere-se principalmente ao fato de o autor ter defendido uma abordagem significativamente diversa daquela presente na lógica jurídica tradicional, apesar das fragilidades em sua teoria. Entendemos que um dos principais méritos de suas considerações, apesar de suas fragilidades, foi o de ter estimulado significativamente as discussões relativas à necessidade ou desnecessidade do inter-relacionamento entre Direito e Economia.

Anos mais tarde, em *The Problems of Jurisprudence*, de 1990, Richard Posner reconhece expressamente a falta de sustentação filosófica para sua teoria, o que não significa que tenha mudado sua visão quanto à necessidade de uma abordagem interdisciplinar na apreciação de questões jurídicas. Aponta, assim, que as decisões judiciais necessitariam como que de um fio condutor, que poderia ser propiciado por subsídios da Economia, na solução de problemas complexos. Por esse motivo, também apresentamos alguns de seus pensamentos constantes dessa obra.

Décadas mais tarde, no entanto, as abordagens da Análise Econômica do Direito em sua vertente mais tradicional continuavam a apresentar diferenças significativas. Como exemplo, apresentamos as abordagens relativamente mais recentes de Louis Kaplow e de Steven Shavel publicadas em *Fairness Versus Welfare*, de 2002, em contraste com as de Robert Cooter e Thomas Ulen na 3ª edição, publicada em 2000, do livro *Law and Economics* (editado inicialmente em 1988).

Não obstante, essas obras não contemplavam aspectos de economia comportamental, o que é presente na argumentação de Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler, que em 1998 publicaram o artigo *A Behavioral Approach to Law and*

Economics. Entendemos ser oportuno, assim, apresentar as principais considerações expostas no artigo, bem como, em seguida, o ponto de vista de Cass Sunstein sobre questões relativas à autonomia do Direito, manifestadas em artigo de 1999.

Dessa forma, o objetivo é que os itens subsequentes deste capítulo possibilitem uma visão, ainda que limitada, sobre algumas das abordagens empregadas na *Law & Economics* e das opiniões de seus autores quanto à extensão em que os resultados da Economia podem ser aplicados ao Direito.

3.2 O pensamento de Posner em *Economic Analysis of Law*

Posner (2007a) menciona sua convicção segundo a qual a Economia representa uma ferramenta poderosa para analisar uma vasta gama de questões jurídicas, muito embora os operadores do Direito tenham grande dificuldade em relacionar princípios da Economia com problemas concretos nas mais diversas áreas. Com efeito, observa que a Economia não se limita a questões como inflação, desemprego, crescimento econômico ou outros fenômenos apartados do sistema legal, mas é mais propriamente relacionada à análise das escolhas humanas em um mundo de recursos limitados sob o prisma da racionalidade, e também à forma como os indivíduos respondem a incentivos, como os propiciados por variações no ambiente (como, por exemplo, as decorrentes de alterações no ordenamento jurídico ou na forma como as leis são aplicadas).

Entretanto, Posner (2007a) menciona que buscar a eficiência no sentido de obter a alocação ótima de recursos pode apresentar limitações como um critério ético de decisão, mencionando a esse respeito a possibilidade de que o maior valor oferecido em uma transação seja pago por um indivíduo que efetivamente não necessita do bem transacionado.

Ademais, menciona que limitações éticas também ocorreriam com as tentativas de maximização da utilidade em sentido filosófico – que poderia equivaler, grosso modo, ao conceito de felicidade. Acerca do utilitarismo, destaca não apenas que seria extremamente complexa ou mesmo inviável a tarefa de mensurar a utilidade, mas também que muitas pessoas simplesmente não acreditam – e não seria possível provar que estivessem erradas – que a maximização da felicidade (ou do prazer, ou satisfação, ou da diferença entre prazer e dor, ou qualquer outra versão de utilidade) não representaria adequadamente o objetivo de um ser humano, uma vez que a felicidade, apesar de importante, representaria uma excessiva simplificação dos reais objetivos dos indivíduos em suas vidas.

Adicionalmente, Posner (2007a) critica o utilitarismo por, entre outros aspectos, tratar as pessoas mais como células em um organismo social do que como indivíduos. Esse aspecto levaria a soluções grotescas indicadas pelo utilitarismo, como o sacrifício de uma minoria de forma a maximizar a felicidade na sociedade.

Não obstante essas ressalvas, defende de forma geral a importância da utilização do ferramental econômico para a compreensão das consequências das decisões judiciais e dos incentivos que essas decisões conferem aos indivíduos.

Nos capítulos iniciais, apresenta um caso hipotético que se refere a uma lide envolvendo um acidente. O autor, evidentemente, pleiteia compensação, ao passo que o réu alega que, pelo fator de ter sido o autor a parte que agiu de forma descuidada e imprudente, a responsabilização não é devida. Do ponto de vista da Economia, a questão é relevante pois a forma em que será decidida influenciará comportamentos futuros, podendo conferir ou não adequados incentivos para que as pessoas alterem seu comportamento de forma a prevenir acidentes. Em outras palavras, a decisão poderá influenciar a eficiência da sociedade. Muito embora as pessoas normalmente já atuem de forma a evitar acidentes, a questão referente a quanto esforço (que, no caso do trânsito, pode se referir a tempos maiores de deslocamentos) será despendido ao agir de forma segura é influenciado pelo ambiente que é moldado, inclusive, por decisões como esta. Por outro lado, as partes envolvidas na lide provavelmente não terão qualquer preocupação maior quanto ao futuro, direcionando apenas sua atenção quanto à forma de distribuição dos custos desse evento em particular.

Por outro lado, Posner (2007a) também argumenta que o economista não pode prescrever que determinado comportamento deva ser coibido, embora ele possa mostrar que seja ineficiente, e essa informação deveria ser conhecida pelos juízes. Ademais, o economista pode, a partir de um determinado objetivo estipulado – como limitar os roubos – indicar se os meios para atingir esse objetivo são eficientes e, em caso contrário, quais alternativas poderiam ser consideradas. Caso outros valores não fossem afetados por esses métodos alternativos, eles seriam socialmente desejáveis ainda que a eficiência não fosse considerada como prioritária na escala de valores sociais.

Observa-se, de forma geral, que Posner (2007a) não aborda questões morais ou éticas ao analisar casos concretos que poderiam ser submetidos à apreciação judicial, e também parece não se importar em tecer afirmações que poderiam ser francamente qualificadas como “politicamente incorretas”, o que pode surpreender o leitor. Enfim, parece que seu esforço se volta a obter informações e a elaborar análises sem qualquer influência de

princípios legais ou regras morais, aparentemente de forma a tentar compreender os mecanismos que poderiam estar em jogo naquela situação.

Um exemplo interessante oferecido refere-se ao casamento homossexual. O objetivo aqui é apresentar o tipo de análise desenvolvida por Posner (2007a), apresentada sucintamente a seguir, e não a discussão da questão em si.

Na análise, é apontado que o casamento homossexual não seria permitido na larga maioria dos estados dos EUA e que seria fortemente rejeitado pela maior parte da população daquele país. Observa que uma parte da oposição a essa modalidade de casamento decorreria do temor de que seu reconhecimento legal encorajaria a homossexualidade.

No entanto, sem entrar em considerações quanto à pertinência moral desse tipo de receio, Posner (2007a) implicitamente sugere que esse argumento deveria ser desqualificado face a evidências que apontariam ser a homossexualidade uma característica inata, e não adquirida. Assim, a vedação ou a falta de aceitação social não apresentaria efeitos sobre a orientação sexual, embora possa afetar a manifestação dessa orientação.

Desta forma, benefícios decorrentes do casamento homossexual aos casais homossexuais não impõem custos significativos a terceiros – uma vez que, por exemplo, não influenciaria a orientação sexual de crianças e adolescentes – e, desta forma, haveria claros ganhos sociais na legalização do casamento homossexual. A esse respeito, menciona que uma pessoa casada não é obrigada a elaborar um testamento para que o cônjuge seja beneficiado, e que, apesar de serem esperados custos adicionais à seguridade social pública em decorrência de legalização do casamento homossexual, esses custos não seriam pronunciados pois a expectativa é de que esses casamentos representariam apenas uma pequena fração de todos os casamentos.

Por outro lado, permitir casamentos homossexuais poderia possibilitar benefícios sociais mais amplos. Menciona que vedá-los aumentaria o custo da manutenção de relações homossexuais monogâmicas, uma vez que o casamento pode ser considerado como um subsídio à monogamia. Assim, a vedação acarretaria a elevação da promiscuidade e do risco de disseminação de doenças sexualmente transmissíveis como a Aids⁵. Ademais, a intolerância à homossexualidade – que poderia ser reduzida mediante a legalização do casamento em questão – encorajaria homossexuais masculinos (que apresentariam

⁵ Imaginamos, a propósito, que a marcada referência à Aids no texto de Posner (2007a), apesar de se tratar de edição recente, possa ser decorrente da época em que a obra foi originalmente redigida e da maior dificuldade então existente no controle da evolução de seus efeitos.

comportamento sexual mais promíscuo em relação ao de homossexuais femininos) a casar com mulheres⁶, o que não impediria a manutenção de atividade homossexual paralela.

Contudo, Posner (2007a) destaca que o aspecto fundamental seria relativo à questão de conferir um status legal ao casamento homossexual. Sobre esse ponto, menciona a possibilidade de estipulação de um contrato padrão similar ao de casamento que incorporasse aspectos do casamento convencional ao sistema legal, abrangendo questões referentes a seguridade social e outros benefícios públicos concedidos a cônjuges tradicionais. A esse respeito, defende que tal abordagem contratual esvaziaria o debate referente ao reconhecimento de casamentos convencionais a casais homossexuais.

Consideramos ser oportuno apresentar outro caso mencionado por Posner (2007a) com a finalidade de ilustrar a questão da eficiência. Esse exemplo se refere à questão do banimento do suicídio assistido por médicos no caso de doenças terminais ou extremamente graves. Muito embora o suicídio assistido seja fortemente rejeitado pela sociedade nos Estados Unidos e, à exceção de um de seus estados, seja considerado crime, a legislação pode ser ineficiente uma vez que poderia propiciar *mais*, e não *menos*, suicídios. A questão refere-se ao fato de que uma pessoa que acredita – mas ainda não tem certeza – de que sua doença será fatal preferiria aguardar o suicídio até o momento em que essa certeza ficasse evidente. Contudo, a essa altura, a própria evolução da doença poderia incapacitá-lo para o suicídio por si próprio. Nessa situação, a lei atual representaria um incentivo para que o indivíduo tendente ao suicídio o realize de forma prematura e, por vezes, eventualmente desnecessária em face (i) da possibilidade de uma fração dos pacientes lograrem recuperação ou controle da doença; ou (ii) de, ao longo do tempo, os próprios indivíduos mudarem de ideia quanto à sua concretização simplesmente por saberem que a opção estaria disponível. Trata-se, enfim, de aspectos que apontam pela ineficiência da lei de banimento ao suicídio assistido⁷.

Ainda a respeito da abrangência do termo “eficiência”, a leitura de Posner (2007a) parece remeter a uma acepção extremamente ampla desse conceito. Para ilustrar esse ponto, pode-se considerar uma situação na qual uma pessoa é vítima em um acidente ocorrido em decorrência de uma conduta absolutamente descuidada por parte do autor, e outra no qual uma pessoa é vítima em um acidente na qual ambas as partes agiram de forma prudente. Caso os danos à vítima sejam exatamente os mesmos, o sentimento de indignação, a despeito da possibilidade de ressarcimento, será geralmente maior no primeiro caso. Aparentemente, a visão defendida é a de que, na primeira situação, há desperdício de recursos, denotando uma

⁶ Acerca do tema, Posner (2007a) faz referência a Michael W. Ross, *The Married Homosexual Man: A Psychological Study*, 1983.

⁷ Sobre essa questão, Posner (2007a) faz referência a Posner, R., *Aging and Old Age*, 1995.

maior ineficiência (ou menor eficiência) que, inclusive, é objeto de reprovação social. A propósito, Posner (2007a) aponta, inclusive, que atitudes como honestidade, lealdade, frugalidade, consideração para com os outros, caridade, boa vizinhança, dedicação ao trabalho, atuação não negligente, atuação não coercitiva seriam eficientes, uma vez que inclusive poderiam propiciar a redução do custo de transações e do desperdício, bem como a geração de externalidades positivas.

Ademais, sugere que as decisões do *Common Law*⁸ usualmente impõem sanções à violações de princípios morais que afetariam a eficiência da economia. Menciona os casos *Reed vs King* e *Stambovsky v. Ackley*, no qual foram rescindidas transações imobiliárias pelo fato de que os vendedores teriam omitido a informação de um assassinato múltiplo no local dez anos atrás, e a informação da crença disseminada local de que o imóvel seria *mal-assombrado*. Ao deferir as petições, as cortes teriam aceitado a subjetividade de valores na celebração do contrato, um aspecto relevante na teoria dos contratos. Enfim, as decisões teriam contribuído para a eficiência na realização desses negócios jurídicos.

Acerca do tema, considera que a Análise Econômica do Direito apresenta uma dimensão descritiva (*positive economic analysis of law*), na qual busca-se explicar o ordenamento e as decisões como efetivamente seriam ao invés de buscar aprimorá-las. Sob o aspecto descritivo, defende que as decisões judiciais vêm usualmente sendo tomadas implicitamente de acordo com a lógica econômica, muito embora poucas vezes contenham referências explícitas a conceitos econômicos, sendo que, frequentemente, as reais bases das decisões judiciais não seriam explicitadas.

Posner (2007a) vai além, mencionando que as verdadeiras – e omitidas – motivações das decisões do *Common Law* são bem explicadas, embora não perfeitamente, como se buscassem maximizar a riqueza ou eficiência da sociedade. Por outro lado, a promoção da eficiência seria menos observada nas leis elaboradas pelo parlamento (*statutory laws*) ou na Constituição, embora também sejam permeadas por conceitos e análises econômicas.

Postula, ainda, que a Análise Econômica do Direito apresenta também uma dimensão normativa. Há, aqui, uma questão importante a ser discutida, e que será abordada mais adequadamente em outras partes deste texto. Ao efetuar análises sobre questões de custo e eficiência, poderiam ser alcançadas soluções que flagrantemente violem princípios

⁸ Posner (2007a) menciona que o termo "*Common Law*" é dúbio. Assim, esclarece que a acepção do termo utilizado em seu texto refere-se ao ramo das leis que foram criados principalmente por juízes como consequência de sua atividade jurisdicional, e não pelo Poder Legislativo. Assim, sua concepção de "*Common Law*" refere-se essencialmente aos seguintes campos: direito de propriedade, direito dos contratos, responsabilidade civil, direito penal, bem como seguranças e outras doutrinas auxiliares.

constitucionais. Na questão referente ao casamento homossexual, poderia, eventualmente ser alcançada uma conclusão em sentido diametralmente oposta àquela aqui indicada. Assim, é importante averiguar se, de fato, Posner (2007a) prescreve uma solução normativa, no sentido de que a conclusão das análises que utilizam fatos, estudos ou técnicas sem a apreciação de princípios que resguardem direitos e liberdades individuais seriam ainda assim prescritas sob o prisma da construção de incentivos desejáveis aos indivíduos ou da maximização da eficiência.

A propósito, considero que algumas das análises efetuadas, ao se afastarem completamente de princípios constitucionais, parecem-me francamente inapropriadas, bizarras e sem utilidade prática – como é o caso das considerações sobre o estupro –, que apenas contribuem para criar uma barreira comunicativa junto ao leitor. Assim, claramente as análises efetuadas não são suficientes como critério para direcionar uma decisão judicial, que requer considerações de outra ordem, o que não significa, contudo, que essas análises não sejam úteis para o processo cognitivo do juiz.

Acerca desse ponto, não observamos, na 7ª edição de *Economic Analysis of Law*, publicada em 2007, prescrições de que as conclusões alcançadas sob a ótica econômica devam necessariamente ser aplicadas pelos tribunais. Aparentemente, o objetivo é algo mais fluido, como se o norte principal fosse contribuir para o aprimoramento dessas decisões, usando a concepção ampla de eficiência como fio condutor.

O próprio Posner (2007a) menciona expressamente que, de forma evidente, a noção de justiça não se limita ao conceito de eficiência, ou seja, “*there is more to notions of justice than a concern with efficiency [...] Evidently there is more to justice than economics, and this is a point the reader should keep in mind in evaluating normative statements in this book*” (POSNER, 2007a, p. 27). Como já apontamos, destaca também que “[...] *the term “efficiency”, when used as in this book to denote that allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decisionmaking*” (POSNER, 2007a, p. 11).

Sobre esse tema, seria preferível analisar as primeiras edições de *Economic Analysis of Law* inicialmente lançado em 1973, de forma a averiguar se o ramo normativo então defendido por Posner era mais incisivo do que é atualmente. Essa averiguação seria interessante uma vez que propiciaram as críticas de Ronald Dworkin, escritas por exemplo no artigo *Is Wealth a Value?*, publicado em 1980 no periódico *The Journal of Legal Studies*, e o artigo *Why Efficiency?*, publicado no mesmo ano no periódico *Hofstra Law Review*

(posteriormente, ambos os artigos foram transformados em capítulos no livro *A Matter of Principle*, de 1985).

Sobre as críticas recebidas, Posner (2007a, p. 26-27) tece sucintos comentários, os quais serão parcialmente reproduzidos a seguir:

Economic analysis of Law aroused considerable antagonism, and not only among academic lawyers who dislike the thought that the logic of the law might be economics. A recurrent criticism is that the normative underpinnings of the economic approach are so repulsive that is inconceivable that the legal system would embrace them, since law reflects and enforces fundamental social norms. But is the Kaldor-Hicks concept of efficiency really so at variance with those norms? It is certainly a component of the ethical system of our market-oriented society, and it may be the one that dominates the law as administered by the courts because of the courts' inability to promote other goals effectively.

Another recurrent criticism of the economic approach to law – although it is better described as a reason for the distaste with which the subject is regarded in some quarters – is that it manifests a conservative political bias. [...] [However,] economic research that provides support for liberal positions is rarely said to exhibit political bias [...] The criticism also overlooks a number of findings of economic analysis of law [...] that support liberal positions. Perhaps the best evidence that economic analysis of law is ideologically neutral or balanced is the significant number of prominent practitioners of it who are decidedly liberal, such as Ian Ayres, Guido Calabresi, John Donohue, Gillian Hadfield, and Christine Jolls.

The economic approach to law is criticized for ignoring “justice.” One must distinguish between the different meanings of this word. Sometimes it means distributive justice, the proper degree of economic equality – and sometimes it means efficiency. We shall see, among other examples, that when people describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without just compensation, or failing to make a negligent automobile driver answer in damages to the victim of this negligence, they mean nothing more pretentious than that the conduct wastes resources (see further §8.8 infra). Even the principle of unjust enrichment can be derived from the concept of efficiency (§4.14 infra). One should not be surprised that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral.

But there is more to notions of justice than a concern with efficiency. It is not obviously inefficient to allow suicide pacts; to allow private discrimination on racial, religious, or sexual grounds; to permit killing and eating the weakest passenger in the lifeboat in circumstances of genuine desperation; to force people to give self-incriminating testimony; to flog prisoners; to allow babies to be sold for adoption; to permit torture to extract information; to allow the use of deadly force in defense of a pure property interest; to legalize blackmail; or to give convicted felons a choice between imprisonment and participation in dangerous medical experiments. Yet all these things offend the sense of justice of modern Americans, and all are to a greater or lesser (usually greater) extent illegal. An effort will be made in this book to explain some of these prohibitions in economic terms, but many cannot be. Evidently there is more to justice than economics, and this is a point the reader should keep in mind in evaluating normative statements in this book.

Dentre outras questões, o autor menciona que seus críticos apontam de forma recorrente que o Direito reflete e dá coercitividade a normas sociais fundamentais. Contudo, questiona se o conceito de eficiência⁹ seria parâmetro de tal forma distinto dessas normas que

⁹ Trata-se aqui do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, o qual será sucintamente abordado na seção 5.1 deste texto.

inviabilizasse sua aplicação. Destaca, ademais, que pode ser este o principal critério a ser efetivamente empregado pelas cortes em sua atividade jurisdicional.

Acerca das críticas de que as análises econômicas do Direito seriam politicamente viesadas, observa que a melhor contestação seria construída por meio da mera observação de que diversos adeptos da realização dessas análises seriam liberais. Quanto àquelas que apontam que essas análises ignorariam a “justiça”, responde que se trata de palavra de múltiplos sentidos que, por vezes, significa eficiência, no sentido em que, em um mundo de recursos escassos, o desperdício seria considerado imoral.

Ao final, pondera que, de fato, o conceito de “justiça” é mais amplo que o de mera eficiência. Esse tema será também abordado na próxima seção.

3.3 A visão modificada de Posner (1990) em *The Problems of Jurisprudence*

No livro *The Problems of Jurisprudence*, de 1990 – posterior, portanto, à primeira edição de 1973 de *Economic Analysis of Law* –, Posner inclui um capítulo apresentando novas considerações sobre a Análise Econômica do Direito.

Dentre outros aspectos, menciona que há fragilidades na ciência da Economia, uma vez que, por exemplo, dependeria em larga medida da hipótese da racionalidade, e não seria efetivamente *falseável* sob a ótica de Karl Popper (2002). Não obstante, seria a mais forte das ciências sociais, e defende que essas fragilidades não constituem razão suficiente para desencorajar a sua aplicação a atividades não relacionadas a mercados (*nonmarket activities*).

Por sua vez, no que tange à vertente normativa da Análise Econômica do Direito, que prescreve que os juízes devem decidir de forma consistente com a eficiência, reconhece que, embora muitas críticas possam ser respondidas, outras simplesmente não podem: “*Most contributors to the debate over it conclude that it is a bad theory, and although many of the criticisms can be answered, several cannot be [...]*” (POSNER, 1990, p. 375).

Nesse contexto, pondera que o maior argumento para a maximização da riqueza não é moral, mas pragmática. Mais especificamente, Posner (1990, p. 384) também reconhece que pode ser impossível estabelecer fundamentos filosóficos sólidos para essa tese:

It may be impossible to lay solid philosophical foundations under wealth maximization, just as it may be impossible to lay solid philosophical foundations under the natural sciences, but this would be a poor reason for abandoning wealth maximization, just as the existence of intractable problems in the philosophy of science would be a poor reason for abandoning science. We have reason to believe that markets work [...].

Por outro lado, argumenta que as sociedades nas quais os mercados funcionam de forma eficiente não são apenas mais evoluídas do ponto de vista econômico, mas também conferem mais direitos políticos, mais liberdade e mais dignidade a seus cidadãos. Assim, aponta que:

The fact that wealth maximization, pragmatically construed, is instrumental rather than foundational is not an objection to its use in guiding law and public policy. It may be the right principle for that purpose even though it is right only in virtue of ends that are not solely economic. At least it may be the right default principle, placing on the proponent of departures from wealth maximization the burden of demonstrating their desirability. [...] The object of pragmatic analysis is to lead discussion away from issues semantic and metaphysical and toward issues factual and empirical. Jurisprudence is greatly in need of such a shift in direction. Jurisprudence needs to become more pragmatic. (POSNER, 1990, p. 387).

Desta forma, Posner (1990) claramente abandona a justificação filosófica da maximização de riqueza e opta por defender que, sob a ótica do pragmatismo, este é um princípio condutor importante, particularmente no âmbito do *Common Law*.

Ademais, ressalta que a maximização da riqueza ou da eficiência não é uma *proxy* para o utilitarismo. Apesar de considerar que é extremamente mais simples efetuar a mensuração de uma variável concreta como riqueza do que algo abstrato como utilidade, essa não seria a diferença crucial entre o utilitarismo e a abordagem que propõe. De acordo com Posner (1990), a maximização da riqueza está relacionada à expansão da produtividade e da cooperação social, ao passo que o utilitarismo estaria meramente relacionado ao hedonismo.

A partir dessa diferenciação, efetua forte crítica ao utilitarismo, lembrando que, sob a perspectiva da maximização da utilidade, um assaltante poderia até mesmo alegar em sua defesa que obteve maior prazer ou utilidade no assalto do que a dor que foi de fato infligida à vítima, o que é claramente grotesco. Já sob a ótica da maximização da eficiência ou da riqueza, não haveria defesa para tal comportamento criminoso.

Essencialmente, o argumento do autor sustenta que as decisões que maximizam a riqueza seriam consideradas razoáveis e conformes ao senso intuitivo de justiça do cidadão, em regra estimulando assim comportamentos eficientes e cooperativos. Em casos complexos, haveria necessidade de uma metodologia prática que efetivamente propiciasse um auxílio na tarefa de buscar a melhor decisão. Nesse sentido, do ponto de vista pragmático, a decisão deve se pautar pela solução que torne o funcionamento da economia mais eficiente.

Não obstante, ressalva que:

Unfortunately, wealth maximization is not a pure ethic of productivity and cooperation. [...] So, once again, the foundations of an overarching principle for resolving legal disputes are rotten, and one is driven back to the pragmatic ramparts. (POSNER, 1990, p. 391-392).

Assim, Posner (1990) reconhece que, infelizmente, nem sempre a decisão que maximizaria a riqueza estimularia a produtividade e cooperação ou faria com que todos os afetados necessariamente sejam beneficiados.

3.4 As diferenças entre visões de Cooter; Ulen (2000) e Kaplow; Shavell (2002)

É importante destacar que mesmo obras mais recentes estão distantes de apresentar uma abordagem uniforme quanto ao caráter prescritivo da Análise Econômica do Direito, motivo pelo qual torna-se oportuno apresentar, sucintamente, comentários sobre duas abordagens distintas relativamente mais recentes.

Assim, Kaplow; Shavell (2002) mencionam que análises efetuadas sob o prisma da justiça (*fairness*) muitas vezes não consideram o modo em que as normas legais afetam o bem-estar dos indivíduos, podendo ser inteiramente não-consequencialistas. Em contraste, defendem que a avaliação das normas jurídicas deve ser feita em dois passos, de maneira que, no primeiro, devem ser descobertos os efeitos que essas normas produzem e, no segundo, deve ser feita a avaliação desses efeitos, de forma a verificar se, do ponto de vista social, são ou não desejáveis.

Entretanto, Kaplow; Shavell (2002) efetuam afirmações fortes em relação ao segundo passo, defendendo que uma abordagem normativa baseada no bem-estar dos indivíduos deveria ser o *único* critério a ser empregado na avaliação de normas legais. Sob sua perspectiva, a utilização de outros argumentos que não aqueles relacionados ao bem-estar acarretaria a redução do bem-estar social:

Our central claim is that the welfare-based normative approach should be exclusively employed in evaluating legal rules. That is, legal rules should be selected entirely with respect to their effects on the well-being of individuals in society. This position implies that notions of fairness like corrective justice should receive no independent weight in assessment of legal rules.

[...]

Our argument for basing the evaluation of legal rules entirely on welfare economics, giving no weight to notions of fairness, derives from the fundamental characteristic of fairness-based assessment: such assessment does not depend exclusively on the effects of legal rules on individuals' well-being. As a consequence, satisfying notions of fairness can make individuals worse-off, that is, reduce social welfare. Furthermore, individuals will be made worse off overall whenever consideration of fairness leads to the choice of a regime different from that which would be adopted under welfare economics because, by definition, the two approaches conflict when a regime with greater overall well-being is rejected on grounds of fairness [...] (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 4, 52).

Uma das questões centrais nesse tipo de abordagem refere-se à forma com que será apurado o bem-estar dos indivíduos, uma vez que, de acordo com os citados autores, esse deveria ser o único objetivo a ser considerado. Contudo, Kaplow; Shavell (2002) meramente defendem a maximização da utilidade sob *qualquer* forma de agregação de utilidades individuais. Assim, dentre inúmeras possibilidades, a agregação poderia tanto conferir pesos maiores às utilidades dos indivíduos menos favorecidos, como simplesmente somar as utilidades – caso que corresponderia ao utilitarismo clássico:

Under welfare economics, normative evaluations are based on the well-being of individuals. Economists often use the term “utility” to refer to the well-being of an individual, and, when there is uncertainty about future events, economists use an ex ante measurement of well-being, “expected utility”. [...] a method of aggregation is of necessity an element of welfare economics, and value judgments are involved in aggregating different individuals’ well-being into a single measure of social welfare. The choice of a method of aggregation involves the adoption of a view concerning matters of distribution (as we explore further in subsection 3). Various methods of aggregation are possible. For example, under the utilitarian approach, social welfare is taken to be the sum of individuals’ utilities. Alternatively, the well-being of worse-off individuals might be given additional weight, as under the approach associated with John Rawls, wherein social welfare corresponds to the utility of the worse-off individuals. In this book, we do not defend any specific way of aggregating individuals’ well-being; that is, we do not endorse any particular view about the proper distribution of well-being or income. Rather, we argue, in essence, that legal policy analysis should be guided by reference to some coherent way of aggregating individuals’ well-being, in contrast to the view that policy analysis should be guided by notions of fairness and thus, at least in part, without regard to individuals’ well-being. (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 18, 26-27).

Assim, os autores não adentram o mérito da questão relativa à forma de agregação de utilidades. Impressiona, portanto, observar que a defesa da abordagem utilitarista tradicional continua a sobreviver, a despeito das amplas críticas já bem conhecidas – que são corroboradas, inclusive, por Posner (1990; 2007a).

Por outro lado, Kaplow; Shavell (2002) criticam a utilização da maximização da *riqueza* ou da *eficiência* como uma mensuração adequada do bem-estar social. Não obstante, os autores apontam que, apesar da inadequação conceitual desse tipo de maximização, esse cálculo, na prática, pode se revelar útil, podendo representar uma medida aproximada e incompleta do bem-estar:

Many legal academics seem to be under the impression that wealth maximization is ‘the’ economic measure of social welfare. This belief is perhaps not surprising, both because wealth maximization possesses some intuitive appeal and because it is the goal that Posner advanced two decades ago in the most sustained attempt by a legal scholar to defend a normative law and economics approach. However, wealth – and thus wealth maximization – is not a well-defined concept; to compute wealth, one must know the prices of different goods and services, yet there is no natural set of prices to use. More importantly, and more obviously, even if we possessed an unambiguous way of computing wealth, wealth still would not constitute a measure of social welfare under welfare economics because wealth is not defined in terms of individuals’ well-being. As we have explained, a measure of social welfare under

welfare economics must be a function of individuals' well-being. (This observation also reconciles the fact that wealth is independent of its distribution with the point that distributive concerns may be an important determinant of social welfare under welfare economics.)

As a practical matter, though, the defects in the conceptual and normative foundations of wealth maximization do not imply that analysis based on wealth maximization will usually be misguided. As we have mentioned, it may be analytically useful to study models in which social welfare equals some simple wealth-like aggregate. In addition, maximization of wealth (defined, perhaps, with respect to current prices) may in fact reasonably approximate maximization of social welfare in many contexts. Thus, under welfare economics, although wealth is not in itself deemed to be valuable, analysis that assesses policies based on their aggregate impact on wealth will often prove useful. (We observe that the preceding point about wealth applies as well to "efficiency". Efficiency is also a concept that captures aggregate effects of policies on individuals' well-being, and invocations of efficiency should thus be understood to entail a concern for individuals' well-being rather than obeisance to some technical or accounting notion. Moreover, that efficiency does not reflect a concern for the distribution of income indicates that efficiency, like wealth, is only a proxy measure of social welfare, and one that is incomplete in an important respect. (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 35-37).

Nesse contexto, importa destacar que autores como Cooter; Ulen (2000) não apresentam afirmações tão contundentes como as de Kaplow; Shavell (2002) no sentido de que o bem-estar social devesse ser o único parâmetro a ser considerado nas análises de questões legais. A esse respeito, não apenas reforçam expressamente a crítica ao utilitarismo, como também a estendem ao critério da maximização de riqueza:

On utilitarian grounds, the young son may be excused for throwing the parents out of the home if their loss in utility from being dispossessed is less than his gain in utility from having them out of the house. [...]. Do we really think that a person could be rightfully deprived of his property just because the loss is more than offset by the gain to others?

This objection to the utilitarian theory of property applies with equal force to the conventional economic theory that holds that a purpose of property is to maximize wealth. Isn't ownership more than a right to a stream of income? Do we really think that a person could be rightfully deprived of her property just because the loss of wealth is more than offset by the gain in wealth to others? (COOTER; ULEN, 2000, p.114-115).

Ademais, Cooter; Ulen (2000, p. 116) também apontam que, para o estabelecimento de direitos de propriedade, não é suficiente supor que processos competitivos conduzirão à justiça distributiva, sendo assim necessário considerar outros parâmetros, como, pelo menos, as dotações iniciais (*endowments*) envolvidas:¹⁰

[...] the competitive process can lead to a multitude of distributive outcomes, from one in which each individual has an equal share to one in which one individual has 99% of the property and everyone else divides up the remaining 1%. All of the outcomes are efficient. But clearly not all of them are equitable or just. The notion

¹⁰ É curioso observar que essa observação de Cooter; Ulen (2000) quanto à necessidade da justiça distributiva é utilizada, por sua vez, como um dos argumentos de Kaplow; Shavell (2002) para a maximização de utilidades, uma vez que uma determinada dotação apresentaria maior utilidade para um indivíduo mais necessitado do que para um indivíduo bem-aquinhado, de maneira que, do ponto de vista da agregação de utilidades, o aspecto referente à justiça distributiva já estaria, indiretamente, sendo considerado na análise.

of the competitive process as distributive justice is not a sufficient guide to designing rules of property law. At a minimum, there must be an additional, independent standard by which to appraise various initial endowments of property.

Face às críticas à maximização tanto de riquezas como de utilidades, e à necessidade de serem observados parâmetros relacionados à justiça distributiva, Cooter; Ulen (2000) defendem mais propriamente a utilização de ferramentas da Economia e de seus principais resultados para a apreciação de questões relativas ao Direito.

Mais especificamente, mencionam que é particularmente importante a utilização da Economia para proceder à avaliação dos efeitos de normas legais sobre o comportamento, uma vez que, desta forma, seriam obtidas conclusões mais sólidas do que aquelas alcançadas pela mera intuição:

Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economist, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. [...] Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analyzing the effects of prices on behavior. [...] Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense. (COOTER; ULEN, 2000, p.3).

Não obstante, os autores apontam que, para que a contribuição da Economia sobre questões legais seja efetiva, os economistas devem também conhecer o Direito. Ademais, consideram que uma abordagem interdisciplinar entre esses dois grandes campos da ciência permitirá uma maior compreensão de um em relação ao outro. A esse respeito, argumentam que a abordagem típica do Direito na solução de problemas práticos confere importância a peculiaridades que os economistas usualmente ignoram, os quais, se incorporados na análise econômica, poderiam conferir, por exemplo, maior realismo às modelagens por eles criadas:

The economic analysis of law is an interdisciplinary subject that brings together two great fields of study and facilitates a greater understanding of both. Economics help us to perceive law in a new way, one that is extremely useful to lawyers and to anyone interests in issues of public policy. You probably are already accustomed to thinking of rules of law as tools for justice. Indeed, many people view the law 'only' in its role as a provider of justice. This book will teach you to view laws as incentives for changing behavior (implicit prices) and as instruments for policy objectives (efficiency and distribution). [...].

Besides substance, economists can learn techniques from lawyers. Lawyers spend much of their time trying to resolve practical problems, and the techniques of legal analysis have been shaped by this devotion to practice. The outcome of a case often turns upon the labels used to describe the facts, so law students learn sensitivity to verbal distinctions. These verbal distinctions, which sometimes strike nonlawyers as sophistry, are based on subtle but important facts that economists have ignored. To illustrate, economists frequently extol the virtues of voluntary exchange, but economics does not have a detailed account of what it means for exchange to be voluntary. As we shall see, contract law has a complex, well-articulated theory of volition. If economists will listen to what the law has to teach them, they will find their models being drawn closer to reality.

[...]

With respect to law, economists sometimes wonder what lawyers really study: Is the law a branch of philosophy? Is it a list of famous cases? Is it a collection of rules?[...] In any case, economists cannot contribute significantly to law without studying it.(COOTER; ULEN, 2000, p.7, 57-58).

Em suma, as questões centrais a serem destacadas são que, mesmo após cerca de trinta anos da primeira edição de *Economic Analysis of Law*, o ramo da *Law & Economics* não apresenta uma abordagem uniforme sobre a forma e sobre a extensão das contribuições da Economia sobre o Direito.

De toda maneira, observa-se que as abordagens mais moderadas da Análise Econômica do Direito levam em consideração tanto as deficiências relacionadas à utilização da maximização da riqueza, utilidade ou da eficiência, bem como a necessidade de conhecimento do Direito de forma a viabilizar contribuições mais efetivas de um campo da ciência para outro, especialmente no que tange à apreciação dos efeitos das normas e da jurisprudência sobre o comportamento.

Nesse contexto, é útil apresentar contribuições recentes da análise do Direito sob a ótica da Economia Comportamental (*Behavioral Economics*). Um exemplo dessa contribuição é apresentado no próximo sub-item.

3.5 A abordagem de Jolls; Sunstein; Thaler (1998)

Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler publicaram, em 1998, o artigo *A Behavioral Approach to Law and Economics* no periódico *Stanford Law Review*.

Nesse artigo, destacam que a Análise Econômica do Direito usualmente é efetuada sob as hipóteses econômicas neoclássicas. Entretanto, a evidência empírica forneceria bases contrárias a essas hipóteses, como manifestações de limitada racionalidade, limitado interesse próprio e limitada força de vontade por parte dos indivíduos. Desta forma, argumentam que a Análise Econômica do Direito pode ser aprimorada mediante subsídios acerca do real comportamento humano, e assim apresentam propostas e abordagens para tratar essas questões. Ademais, o artigo é subdividido em três categorias, correspondentes à análise descritiva, prescritiva e normativa sob o ponto de vista da *Law & Economics*, sendo mencionado que a análise descritiva (*positive analysis*) tem o objetivo de verificar como os agentes se comportam em resposta às regras legais e em como esse sistema legal é moldado. Por sua vez, a análise prescritiva analisa a questão de quais regras deveriam ser adotadas para alcançar objetivos específicos, e a análise normativa busca apreciar de maneira mais ampla as

finalidades do sistema legal, averiguando se necessariamente são respeitadas as escolhas pessoais dos indivíduos.

Mencionam que, na *Law & Economics* tradicional, a análise normativa não seria distinta da análise prescritiva, uma vez que o objetivo do sistema legal seria maximizar o bem-estar social (*social welfare*) usualmente mensurado por meio das preferências reveladas dos indivíduos (*people's revealed preferences*), de maneira que essa análise seria relacionada à forma segundo o qual o bem-estar social seria expandido. Contudo, sob a perspectiva da *Behavioral Law & Economics*, não apenas as preferências reveladas não forneceriam bases sólidas para a análise, mas também as finalidades do sistema legal seriam mais complexas do que o mero bem-estar social, o que suscitaria a diferenciação entre as análises prescritiva e normativa. Ademais, destacam, enfatizando questões cognitivas e motivacionais tanto dos indivíduos como do governo, que a vertente da *Behavioral Law and Economics* oferece respostas diversas daquelas alcançadas pela Análise Econômica do Direito convencional. Não obstante, buscam aprimorar, ao invés de minar, ao poder analítico e a capacidade preditiva da Análise Econômica do Direito.

Antes de proceder às análises descritiva, prescritiva e normativa mencionadas, o artigo apresenta diversas evidências de racionalidade, interesse próprio e força de vontade limitados o que denotaria comportamentos não racionais. Evidências desses comportamentos também são apontadas, por exemplo, em Sunstein (1997a), os quais, embora desafiem alguns dos resultados da teoria dos jogos, em regra não serão, entretanto, aqui apresentados, devendo ser destacado que tornam a perspectiva comportamental (*behavioral*) uma representação mais complexa e menos generalizável do comportamento humano.

Uma das observações a partir das evidências comportamentais desafia, por exemplo, o Teorema de Coase – que essencialmente estipula que, havendo direitos bem especificados e na ausência de custos de transação, as partes chegariam a um acordo eficiente acerca da questão das externalidades negativas por meio de negociação. Contudo, a partir das evidências empíricas, a intervenção do Estado nesse caso pode ser necessária para um resultado eficiente mesmo na ausência de custos de transação em um jogo de soma zero.

Outra interessante observação refere-se à atuação de partes bem intencionadas em uma negociação. Essas partes usualmente tendem a interpretar a situação de modo mais favorável a elas do que seria racionalmente esperado, de maneira que há um comportamento no qual as percepções são distorcidas em decorrência de interesse próprio. Trata-se de viés que pode explicar a frequência elevada de negociações infrutíferas como em casos de divórcio, custódia de menores ou transações comerciais. Com uma noção do valor das ações

judiciais envolvidas, as partes deveriam teoricamente alcançar mais acordos do que efetivamente conseguem.

Há ainda a menção ao viés referente a aversão às perdas, no qual se observa que os indivíduos conferem maior valor às perdas do que aos ganhos. Em outras palavras, as pessoas estariam menos propensas a vender benefícios que eles já dispõem do que a comprá-los caso não os tivessem, o que denota uma assimetria comportamental não compatível com a hipótese de racionalidade.

Esta situação é particularmente interessante uma vez que um resultado da *Law & Economics* tradicional que aponta que cláusulas obrigatórias em um contrato representam uma efetiva “taxa” imposta pelo Estado sobre a transação que colocaria ambas as partes em pior situação – uma vez que, de acordo com seu livre interesse, ambos poderiam rejeitar a cláusula.

Esse é o caso, por exemplo, da imposição de seguros em determinados contratos de trabalho, medida que acarretaria uma diminuição do salário ao menos no montante equivalente ao prêmio do seguro contratado. Entretanto, com a evidência empírica, os trabalhadores, muito embora possam não estar inclinados a receber o salário descontado do valor do benefício, poderiam estar ainda menos inclinados a trabalhar sem o benefício após tê-lo recebido. Um caso similar seria representado pela venda de um bem de consumo com um período de garantia legal compulsoriamente estipulado.

De toda forma, Jolls; Sunstein; Thaler (1998) não prescrevem uma solução para a questão, mas apenas apontam que a abordagem sob o *prima* comportamental pode fornecer um subsídio importante na apreciação dessa questão.

3.5.1 A análise descritiva

Acerca da análise descritiva das inter-relações entre o Direito e a Economia, que busca apreciar os efeitos das normas jurídicas e os motivos pelos quais foram elaboradas, os autores sob a visão tradicional da *Law & Economics* usualmente mencionam que as leis:

- (i) representariam soluções eficientes para a organização da sociedade; e
- (ii) seriam decorrentes da busca adicional de renda sem correspondente agregação de valor (*rent seeking activities*) de atores politicamente poderosos, como produtores rurais e indústrias que apresentem grande concentração no mercado.

Assim, as leis buscariam maximizar o bem-estar social (especialmente se decorrentes das decisões judiciais do *Common Law*) ou redistribuir renda a grupos de interesse com grande influência no processo legislativo. Por outro lado, acadêmicos da *Law &*

Economics tradicional que rejeitam essa visão não teriam oferecido versões alternativas capazes de explicar as leis existentes.

Não obstante, a noção de que as leis derivam de considerações de eficiência ou *rent seeking* pareceriam estranhas à maioria dos indivíduos que, de forma ingênua, as classificariam essencialmente como codificações do que é “certo” e “errado”.

Por outro lado, Jolls; Sunstein; Thaler (1998) argumentam que há diversas leis que dificilmente seriam justificadas por esses motivos – por exemplo, há leis que proíbem transações que acarretariam benefícios mútuos às partes sem a geração de externalidades negativas evidentes e que beneficiam grupos sem poder significativo sobre a atuação parlamentar. Seriam, assim, leis “anômalas”.

Nesse contexto, Jolls; Sunstein; Thaler (1998) argumentam que a percepção tradicional da Análise Econômica do Direito deve ser modificada de forma a considerar o viés segundo o qual os indivíduos apresentam interesse próprio restrito – defendendo assim normas justas (*fairness norms*) – e limitada racionalidade em seu comportamento. Argumentam que a explicação para as leis “anômalas” seria tipicamente decorrente da característica de os indivíduos apresentarem limitada racionalidade ou de sua percepção pelos indivíduos de que o resultado dessas leis seria justo. Entretanto, o aspecto relevante que os autores pretendem demonstrar é o poder explanatório da análise comportamental para esse tipo de questão.

Assim alegam, com relação às leis emanadas do Parlamento, que os legisladores estão primordialmente interessados em sua própria reeleição, respondendo a preferências e julgamentos de seus eleitores e dos grupos de interesse que o suportam. Nesse sentido, o compromisso dos indivíduos com seu conceito do que representa o justo (*fair*) interage com outras forças que formam o mecanismo causal que molda as leis, gerando as normas consideradas “anômalas”.

Os autores apresentam o exemplo do banimento por lei de certas transações econômicas, como a venda de ingressos por cambistas, a agiotagem e a venda de produtos por preços excessivos em situações de calamidade pública. Embora seja possível explicar muitas proibições sob a visão tradicional da *Law & Economics*, os argumentos relacionados ao *rent seeking* ou à maximização da eficiência não parecem ser capazes de explicar todas, ou mesmo a maior parte, dessas restrições.

Assim, Jolls; Sunstein; Thaler (1998) apontam que os indivíduos em geral consideram como injustas as transações que se desviam substancialmente do padrão que

concebem como “transação de referência”. Caso essas transações efetivamente venham a ocorrer, haveria um forte movimento para seu banimento.

No que se refere à atividade dos cambistas, há inclusive manifestações no sentido de que, se fossem permitidas, os expectadores de menor renda acabariam por ter de se conformar em assistir aos eventos pela televisão, por exemplo. O mesmo ocorre nas situações de calamidade: o público simplesmente considera como profundamente injusto as empresas majorarem significativamente os preços de produtos mesmo em situações de escassez de oferta, como a que pode ocorrer após a passagem de um furacão.

Um exemplo prosaico foi fornecido – embora, evidentemente, não seja suficiente para elaborar uma lei a respeito. Ocorre que, uma semana antes do Natal, uma determinada loja encontrou em seu estoque um único exemplar de um tipo de boneca muito procurado e que já se encontrava esgotado há um mês. Muito embora a solução mais eficiente talvez fosse promover um leilão desse raro exemplar, essa idéia foi considerada como injusta ou extremamente injusta pela grande maioria das pessoas.

Enfim, independentemente de considerações sobre a eficiência, os legisladores podem estar respondendo a sentimentos da comunidade sobre as transações que, afastadas de seu padrão referencial, deveriam ser restringidas. A mesma racionalidade é aplicável para questões mais complexas, como venda de órgãos humanos, no qual a referência é a inexistência absoluta desse mercado.

3.5.2 A análise prescritiva

Sob a ótica prescritiva, os autores analisam a questão relativa às formas pelas quais as leis podem ser estruturadas de forma a melhor atingir finalidades específicas, como coibir comportamentos (como os que podem gerar acidentes) ou encorajá-los (como os que podem propiciar a prevenção de problemas de saúde).

O primeiro caso considerado refere-se à atuação do júri em questões referentes à apuração de conduta negligente da parte acusada. O problema decorre da constatação empírica de que as pessoas tendem a considerar, *a posteriori*, que probabilidade de ocorrência de um evento que efetivamente veio a ocorrer era substancialmente maior do que a probabilidade efetiva de sua ocorrência. Em outras palavras, a simples verificação da ocorrência de um evento o tornaria mais provável aos olhos de quem recebeu essa informação, o que é denominado de *hindsight bias*. Por outro lado, os indivíduos, *ex ante*, normalmente agem de forma excessivamente otimista, considerando intuitivamente que a

probabilidade de ocorrência de eventos indesejados é maior para as demais pessoas do que para si próprio.

A característica *hindsight bias* acarretaria problemas relevantes em relação à atuação dos jurados e, talvez em menor grau, do juiz, uma vez que gera a tendência de, em casos de apreciação de negligência, conceder ganho de causa ao autor em casos que este não deveria obter sucesso. Ademais, o júri tenderia a conceder indenizações punitivas exacerbadas em decorrência de uma predisposição retributiva exacerbada. Não obstante, a literatura da *Law & Economics* tradicional não parece conferir a devida relevância a este tipo de viés.

Uma das formas de reduzir o viés em casos de apuração de responsabilidade seria informar ao júri a própria existência desse tipo de viés e instruí-los a voltar sua atenção para a situação *ex ante*, quando não se sabia se o evento iria ou não ocorrer. Entretanto, ainda que esse procedimento possa reduzir em algum grau o viés, não seria capaz de eliminar a grande barreira decorrente de se efetivamente saber que o resultado desfavorável veio a ocorrer.

Dessa forma, uma prescrição elaborada por Jolls; Sunstein; Thaler (1998) é a de, quando possível, restringir as informações do júri àquelas existentes na situação *ex-ante*. Pode-se apresentar aos jurados, por exemplo, a escolha enfrentada por uma empresa em utilizar ou não um determinado produto químico em seu processo produtivo para evitar uma determinada forma de contaminação bacteriana, sabendo-se que poderia ocasionar um risco ligeiramente aumentado de ocasionar câncer em residentes próximos à indústria. Se os jurados não souberem que a demanda se refere a um caso de contaminação bacteriana ou a um caso de ocorrência de câncer, a forma de decisão poderá ser mais ponderada do que se souberem de antemão que a demanda é (i) por contaminação por bactérias – caso em que o júri poderia estar inclinado em decidir pela negligência da empresa em *não usar* o produto com os devidos cuidados; ou (ii) por ocorrência de câncer – caso em que seriam inclinados a decidir pela negligência pela *utilização* do produto.

Enfim, ainda que se trate de um exemplo aproximado, há diversas situações em que a análise poderia ser aplicada, como na avaliação das técnicas que poderiam ser utilizadas por um médico acusado de erro sem que seja mencionada a escolha que este veio a adotar, uma vez que dessa forma poderia ser melhor verificada a adequação de sua conduta. A questão se refere à tentativa de aproximar os julgadores às opções do acusado disponíveis à época em que tomou a decisão. Evidentemente, os autores ponderam que trata-se de uma proposta que pode ser inexecutável em muitas situações, nas quais o próprio conhecimento da demanda já é suficiente para saber qual foi o resultado efetivo, caso em que outras alternativas poderiam ser consideradas para minimizar o problema decorrente da existência do viés (como

apreciação do caso sem a utilização do júri, bifurcação do júri¹¹, ou outras possibilidades a serem pesquisadas).

A segunda prescrição dos autores aponta que, como em decorrência do *hindsight bias* os jurados superestimam a possibilidade de ocorrência do dano – pelo simples fato do dano ter efetivamente ocorrido –, deve ser elevado o patamar requerido para condenação. No sistema jurídico em questão, a apuração de casos de negligência deveria requerer uma certeza maior na apreciação do caso em relação à atualmente exigida, passando-se a exigir o padrão *clear and convincing evidence*, o que representa uma posição intermediária entre o padrão atual e o exigido nos casos criminais (em que se utiliza o critério *beyond a reasonable doubt*). De toda forma, seriam necessários estudos adicionais antes de se atingir uma solução final a respeito.

Já o **segundo caso considerado** refere-se à forma de divulgação de informações ao público. Nas situações em que se considera que determinada informação é essencial ao público, pode ser estipulada a necessidade de campanhas de divulgação, como as referentes aos efeitos prejudiciais do uso de drogas, ou à necessidade de utilização de aparelhos elétricos eficientes do ponto de vista energético, dentre diversos outros aspectos.

Entretanto, observa-se que simplesmente prestar a informação não é suficiente, uma vez que a forma em que é efetuada sua exibição ao público é aspecto crucial ao sucesso da divulgação. A propósito, o volume extraordinário de recursos direcionados a campanhas publicitárias e a especialistas em *marketing* aponta claramente nessa direção. No exemplo de informações referentes a investimentos financeiros, por exemplo, a própria maneira de esclarecer o potencial investidor quanto aos riscos envolvidos seria suficiente para incentivá-lo a optar pelo investimento mais seguro ou mesmo *para o mais arriscado*.

Assim, a partir das evidências empíricas, os autores apresentam três prescrições:

- explorar a aversão ao risco, de maneira que, ao invés de ressaltar, por exemplo, os aspectos positivos do auto-exame de mama, deveria ser destacada a possibilidade aumentada de câncer caso o exame não seja realizado. Assim, é substancialmente diferente apresentar a mensagem como um risco de perda do que um potencial de ganho;

- explorar casos reais, uma vez que se constata que a observação de experiências reais mostra-se empiricamente mais eficiente que a mera apresentação de estatísticas. Nesse sentido, a observação de eventos concretos influencia o indivíduo a superestimar a frequência – e portanto a probabilidade – de sua ocorrência;

¹¹ Mencionado em Jolls; Sunstein; Thaler (1998, p. 1528).

- levar em consideração o excesso de otimismo dos indivíduos. Uma campanha destinada a prevenir acidentes seria mais eficiente ao mencionar a necessidade de cuidados ao volante em decorrência da atuação negligente dos *outros* motoristas. Afinal, a maior parte dos motoristas se auto-considera um motorista responsável.

O **terceiro caso considerado** na análise prescritiva de Jolls; Sunstein; Thaler (1998) refere-se ao comportamento de criminosos. Destaca-se inicialmente que a racionalidade limitada das pessoas faz, conforme mencionado, com que a probabilidade dos eventos seja avaliada a partir da frequência em que esses eventos sejam efetivamente observados, de maneira que a aparência da presença policial nas ruas – como a atuação de uma polícia comunitária – pode acarretar efeitos no que tange à percepção da probabilidade de detecção de uma conduta criminosa.

Os autores apontam que os indivíduos que cometem a ação criminosa têm maior chance de apresentarem um viés relacionado à limitação de seu auto-controle. Um aspecto central do comportamento criminoso refere-se ao fato de que os benefícios ao indivíduo seriam percebidos imediatamente, ao passo que os custos, se vierem a ocorrer, poderão ser sentidos apenas anos mais tarde.

Entretanto, uma característica no comportamento desses indivíduos foge à apreciação da Análise Econômica do Direito usual, uma vez que, de acordo com os autores, haveria evidências de que as taxas de desconto implicitamente consideradas para apreciar custos ou benefícios futuros seria “hiperbólica”, apresentando substancial redução ao longo do tempo, acarretando uma inconsistência dinâmica irracional na avaliação da questão. Em outras palavras, no curto prazo a aversão ao risco – e a impaciência por recompensas – é extremamente elevada, mas inusitadamente reduzida em relação a eventos distantes no futuro, distorcendo assim a análise tradicional.

Assim, trata-se de indivíduos que, em tese, valorizariam de forma exacerbada o momento presente. Haveria evidência de que os criminosos considerariam, aproximadamente, uma prisão por um período de cinco anos apenas duas vezes pior que uma prisão por um período de um ano, e uma prisão por dez anos apenas três vezes pior que uma prisão por um ano. Por essa visão, prisões efetuadas com mais agilidade mas com menor duração seriam mais eficientes que prisões longas executadas no futuro. Apesar da necessidade de diversos outros fatores serem levados em consideração para uma análise mais abrangente da questão, o que os autores pretendem demonstrar é a utilidade da vertente comportamental para aprimorar resultados da análise tradicional sobre a questão.

3.5.3 A análise normativa

Os autores apontam que a *Law & Economics* tradicional apresenta uma forte característica antipaternalista, na qual a noção de soberania do consumidor tem um destacado papel. Assim, seria considerado que os indivíduos, detendo adequado acesso à informação, seriam os melhores juízes acerca das ações necessárias para expandir seu próprio bem-estar.

Entretanto, sob a ótica comportamental, podem ser tecidas críticas a essa ação anti-paternalista, muito embora não se trate de uma defesa do paternalismo nas ações do governo pois, se de um lado a característica de racionalidade limitada dos indivíduos demandaria uma maior atuação da Lei, a característica relativa a existência de um interesse-próprio moderado reduziria a necessidade dessa intervenção.

Enfim, os autores argumentam que a combinação de excesso de otimismo com a percepção distorcida de risco em decorrência do fato de eventos negativos não serem observados no cotidiano – como os efeitos deletérios decorrentes da ingestão de uma dieta alimentar inadequada – pode levar o indivíduo a cometer erros significativos de apreciação da realidade. Não se trata propriamente de falta de informação, mas de uma falha em processar adequadamente as informações disponíveis. Assim um indivíduo pode saber que o fumo causa câncer, mas não depreender de maneira adequada o risco que ele próprio efetivamente corre ao fumar, ainda que disponha de estatísticas a respeito.

Ademais, a abordagem comportamental apresenta uma importante diferença em relação à abordagem tradicional, uma vez que distingue a utilidade esperada pelos indivíduos – que é revelada pelas ações que foram adotadas – da utilidade efetivamente obtida após a concretização dessas ações. A questão é que as pessoas podem simplesmente julgar erroneamente os resultados advindos das decisões que tomam.

Nesse contexto, a questão que se coloca é se o Estado deve intervir de forma a evitar esses erros de avaliação. A esse respeito, os autores argumentam que um governo populista agiria em função das pressões dos próprios cidadãos, e portanto estaria sujeito ao mesmo tipo de viés. Ademais, percepções distorcidas de risco pelo Estado poderiam levar tanto a regulações ineficientes como a replicações de erros cognitivos dos indivíduos no processo de elaboração de leis e normas administrativas. Mesmo no caso de governos não populistas, nada garantiria que os agentes do Estado não venham a atuar com as mesmas limitações cognitivas e motivacionais apresentadas pelos cidadãos comuns, muito embora o distanciamento do populismo e o conhecimento de tais características comportamentais possa minorar o problema.

Em suma, a questão referente à conveniência ou não da atuação paternalista do Estado está relacionada a aspectos específicos em relação aos quais deve haver forte embasamento empírico, e não um posicionamento teórico genérico *a priori*. Mais especificamente, não se pode argumentar que, necessariamente, os indivíduos atuam de forma consistente com seus próprios interesses, o que torna significativamente mais complexo o campo da Análise Econômica do Direito.

3.6 A visão de Sunstein sobre a autonomia do Direito

Em 1997, Sunstein publicou um artigo interessante, embora sucinto, no *Harvard Journal of Law and Public Policy*, denominado *The Autonomy of Law in Law and Economics*. Sobre o texto, é oportuno apresentar literalmente uma parte de seus parágrafos iniciais:

As you may know, at the University of Chicago the economists and the lawyers interact frequently. I have noted that these highly intelligent economists contribute much in their field, but when they talk about law it is apparent that something has gone wrong. They do not clearly understand the legal field, and there is even a question of what it is about the field that they do not understand. [...].

My claims here are three, and they are simple.

The first is that the enormous contribution of the economic analysis of law is that it orders debates about law by simply asking how we can minimize the costs of decision and the costs of error. [...] With that simple insight we can bring order and structure to debates whose content may be otherwise mysterious.

My second and third points describe ways in which law has a claim to autonomy. (SUNSTEIN, 1997b, p. 89).

Assim, Sunstein (1997b) menciona que parece haver algo de errado quando economistas extremamente competentes manifestam suas opiniões sobre o Direito. Os economistas não compreenderiam com clareza esse campo, e poderia até ser indagado o quê, especificamente, eles não compreenderiam.

Nesse contexto, apresenta essencialmente três alegações em seu artigo.

A primeira alegação destaca que a enorme contribuição da Análise Econômica do Direito é orientar o debate sobre como os custos das decisões – e também dos erros – pode ser minimizado, o que propicia trazer ordem e estrutura a discussões cujo conteúdo seria, de outra maneira, nebuloso.

Na segunda alegação, ressalta que os indivíduos muitas vezes concordam sobre questões particulares, muito embora discordem sobre as questões abstratas que lhe dão suporte. Seria o caso, por exemplo, da política de contratação de funcionários para uma universidade que vem sendo bem sucedida até o momento em que se passa a discutir, em

abstrato, sobre questões de diversidade que devem ser observadas nas admissões, quando então se instaura o desacordo. Em outras palavras, pessoas que concordavam em questões concretas deixam de concordar em questões conceituais que fundamentam decisões específicas. Nesse sentido, a segunda alegação destaca que a autonomia do Direito essencialmente residiria na busca de acordos em situações concretas quando as partes discordam em conceitos abstratos incompletos: “*my submission is that the autonomy of Law often lies in simultaneous agreement on particulars amidst disagreement about abstractions*” (SUNSTEIN, 1997b, p. 90).

Na terceira alegação, Sunstein (1997b) menciona que o Direito frequentemente utiliza um critério de segunda ordem para limitar o tipo de considerações nos quais operadores do Direito devem estar envolvidos. Assim, algumas considerações são simplesmente bloqueadas, não sendo admissíveis na agenda. Cita como exemplo o importante precedente da *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, apreciado em 1984 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Essencialmente, a decisão deste caso em Estados Unidos da América (1984) dispõe que, quando uma lei baixada pelo Parlamento (*statute*) é ambígua, a corte deve acatar a decisão administrativa de uma agência do governo desde que essa decisão seja razoável¹². Com efeito, essa decisão está alinhada com um dos argumentos da Chevron no sentido de que não é função das cortes apreciar se a decisão administrativa é correta, mas se essa decisão é razoável face à ambigüidade da Lei.

Nesse contexto, Sunstein (1997b) ressalta que uma das argumentações mais poderosas nesse caso apontava que a argumentação da Chevron era adequada caso se desejasse minimizar os custos das decisões e os custos dos erros. Assim, a resolução das ambigüidades das leis do Poder Legislativo no caso indicava a necessidade de um julgamento político, e que o Congresso e as cortes estariam em pior situação do que as agências do governo para efetuar essa escolha.

Ademais, o autor manifesta concordância com a visão, manifestada anteriormente pelo juiz Frank Easterbrook durante um simpósio em Direito e políticas públicas¹³, segundo a qual o Direito não seria autônomo no sentido de que qualquer doutrina legal necessitaria, em última análise, de uma sustentação em termos não legais, fora do campo do Direito, como se a tentativa de fundamentação por motivos exclusivamente legais conduzisse a um raciocínio circular. Sobre o tema, menciona que o cerne da Análise Econômica do Direito refere-se à

¹² Observando a decisão, há a seguinte consideração: “*sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit, rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984).

¹³ Trata-se do *The Sixteenth Annual National Student Federalist Society Symposium on Law and Public Policy*, ocorrido em 1997.

organização dos debates sobre a minimização de custos de decisões e custos decorrentes de erros. Por outro lado, ressalva que simplesmente não há algo como um algoritmo mágico de solução de problemas, sendo que o debate sobre a própria identificação de erros pode se tornar controvertida. A questão, todavia, é que as discussões podem se tornar significativamente mais simples ao serem analisadas sobre o prisma do Direito e da Economia uma vez que esse enfoque propicia a identificação dos pontos em que exista divergência:

The kind of core, simple insight of the economic analysis of Law – indispensable, I think, to the practice of Law in the Twenty-first Century – is that we can organize a lot of our otherwise unruly debates by suggesting that they are really debates about how to minimize decision costs and error costs. However, it is not as if this were a magic algorithm that can solve our problems. The identification of what counts as an error may well become contentious, but a lot of debates become much simpler once we see them through the Law and economics lens because we can identify our exact point of disagreement. (SUNSTEIN, 1997b, p. 93).

Sunstein (1997b) menciona ainda que, por vezes, o esforço para reduzir custos decisórios e custos decorrentes de erros resulta em leis elaboradas sob a perspectiva de que não seria produtora a realização de análises custo-benefício. Seria esse o caso, entre outros exemplos, (i) de leis que possibilitam a atuação de outros atores como agências governamentais, o que contornaria a necessidade de as cortes realizarem apreciações relativas a custo e a benefício; e (ii) da aplicação de princípios que simplesmente excluem a possibilidade de determinados atos, como o princípio de que o direito de expressão não deve ser objeto de regulação¹⁴. Nesses casos, haveria leis autônomas que incorporam a noção de que determinadas análises não seriam, assim, conduzidas pelas cortes, muito embora, ainda assim, houvesse necessidade de uma meta justificativa, econômica ou não, para essas leis.

Enfim, apesar de todos os avanços observados no estudo das inter-relações entre Economia e Direito, a questão subsiste: qual a extensão dessas inter-relações, e quais são os objetivos da Lei?

Para compreendermos esse questionamento, é crucial considerar a discussão sobre as concepções de justiça como *valor* ou como *dever*. Trata-se, portanto, de apreciar as abordagens axiológicas e deontológicas do Direito. Essa é a intenção do capítulo seguinte.

¹⁴ O que, evidentemente, não significa ausência de posterior responsabilização civil, administrativa ou criminal, caso seja devida.

4 AS VERTENTES DEONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA DO DIREITO

A apreciação da natureza da *Law & Economics* tem, como pano de fundo, uma discussão mais profunda que se passa no âmbito da filosofia do Direito. Os pontos centrais dessa discussão serão aqui sucintamente apresentados, sendo particularmente úteis as considerações a respeito da prestação jurisdicional sob o prisma das teorias hermenêuticas axiológica e deontológica.

Essa análise é suscitada a partir do questionamento relativo à aceitação e legitimidade dos princípios constitucionais no contexto de uma sociedade pluralista na qual os valores essenciais não são necessariamente compartilhados.

Em síntese, “o conceito deontológico fundamental é a ideia de *dever ser*, ao passo que o conceito axiológico fundamental é a ideia de *bem*” (ALMEIDA, 2008, p. 499). Sob a perspectiva axiológica, a Constituição é compreendida como uma ordem concreta de valores. Entretanto, do ponto de vista da moral não há apenas um único valor, mas vários valores que podem estar em conflito. Nesse contexto, uma das formas das teorias hermenêuticas axiológicas responderem a essa realidade plural é através do monismo, teoria que considera, em suas diferentes vertentes, que, apesar da diversidade de valores existentes, um dos valores prepondera em relação aos demais.

Conforme Almeida (2008), em uma primeira vertente do monismo, considera-se haver um valor que, sendo superior a todos os demais, possibilitaria ordená-los. Esse valor superior, em essência, corresponderia à ideia de *bem* da ética platônica, o que possibilita a crítica a essa visão, vez que assumiria a existência de uma ordem de valores a ser revelada pela razão humana. Em última análise, essa vertente monista denegaria a própria existência de uma multiplicidade de valores essenciais em conflito na sociedade.

Em uma segunda vertente monista, os valores podem ser expressos em uma unidade comum, de maneira que podem ser, assim, ordenados. Um exemplo dessa vertente monista é apresentado pelas teses utilitaristas de Jeremy Bentham ou de John Stuart Mill, nas quais o prazer, ou o bem-estar, pode ser o meio de comparação entre valores. Dentre várias críticas que podem ser oferecidas a essa visão, pode-se destacar a que menciona tratar-se de uma teoria que afere o prazer, ou bem-estar, para toda a coletividade, e não para pessoas individualmente consideradas. Assim, violações de direitos para algumas pessoas seriam justificáveis desde que sobrepujados por benefícios gerados a toda a coletividade.

Em uma terceira vertente monista, defende-se a existência de um princípio meta-axiológico que, uma vez aplicado, tornaria possível a ordenação dos valores em jogo bem

como a aplicação simultânea de valores de acordo com a ordenação obtida no caso em concreto. Essa vertente pode ser observada na teoria principiológica de Robert Alexy (1993), na qual o processo de ponderação possibilitaria averiguar o valor que deve ser prioritariamente aplicado na situação em concreto.

Mais especificamente, Alexy (1993) pondera que os princípios devem ser compreendidos sob uma ótica deontológica, ao passo que os valores devem ser considerados sob uma perspectiva axiológica. Entretanto, ao mesmo tempo em que apresenta essa distinção, Alexy (1993) defende que os princípios representam *mandatos de otimização*, de forma que, sendo observada a existência de colisão de princípios – no qual a aplicação de diferentes princípios ensejariam provimentos jurisdicionais distintos em um determinado caso concreto –, um princípio deveria ceder frente aos outros princípios aplicáveis mediante a utilização de um critério de proporcionalidade. Esse critério de proporcionalidade, em última análise, representaria um processo de otimização na aplicação, no qual se busca o menor sacrifício possível dos princípios envolvidos.

Entretanto, Almeida (2008) observa que, ao proceder dessa forma, a diferenciação entre princípios e valores defendida por Alexy (1993) se esvai, uma vez que esse processo representaria em essência a maximização do que seria considerado como desejável ou bom, e a esse respeito menciona que:

[...] duas das mais influentes teorias éticas construídas ao longo dos últimos duzentos anos, o utilitarismo e a metafísica dos costumes kantiana, são baseadas na indiferenciação de valor e princípio. De um lado, esta é a estratégia utilitarista, cuja filosofia assume como “dever a maximização daquilo que é bom”. Do lado kantiano, por sua vez, “bom é tudo aquilo que é devido”, ou seja, tudo aquilo que é desejado em razão de ser racional, a partir do princípio ético de universalização, consubstanciado nas formulações do imperativo categórico. Nas duas formulações, portanto, o que é bom e o que é devido se confundem. (ALMEIDA, 2008, p. 499).

Nesse sentido, o critério de ordenação de princípios proposto por Alexy (1993) seria um critério de ordenação de valores, o que caracterizaria sua teoria como monista uma vez que estabelece um critério meta-axiológico de valoração, que possibilitaria resolver os conflitos existentes em uma sociedade na qual os valores não são compartilhados.

Assim, Almeida (2008) postula a incapacidade da teoria axiológica dos princípios constitucionais em uma sociedade plural, uma vez que seria requerido um compromisso ético dos cidadãos com valores não compartilhados. Da mesma forma, a hierarquização de valores por meio de um critério de decisão seria, enfim, uma atitude arbitrária.

A teoria deontológica, por sua vez, não compartilha a noção de que os princípios constitucionais incorporam valores morais compartilhados pela sociedade, rejeitando a visão

monista. Desta forma, não haveria preponderância de determinados valores sobre outros, nem de determinados princípios sobre outros. Da mesma maneira, não existiria uma medida comum capaz de aferir valores ou princípios de forma a proceder a sua priorização, uma vez que qualquer critério nesse sentido seria considerado axiológico.

Por outro lado, a adoção de tal perspectiva deontológica acarreta expressivos problemas, como a necessidade de:

(i) “assumir uma íntima ligação do direito com a moral que garanta a estabilidade do direito numa determinada sociedade, sem estabelecer uma relação de dependência do direito no tocante a valores morais específicos” (ALMEIDA, 2008, p. 505-506); e

(ii) estabelecer “uma origem imparcial e independente (*free-standing*) de qualquer contexto moral específico, a partir da qual se torne possível postular uma avaliação justa das várias pretensões de validade moral oriunda dos discursos éticos que dialogam no interior de uma sociedade democrática”. (ALMEIDA, 2008, p. 505).

No que se refere à questão envolvendo o Direito e a Moral, destaca-se a necessidade de haver um inter-relacionamento entre ambos de forma que o sistema jurídico apresente estabilidade na sociedade, muito embora o Direito não esteja submetido à Moral e vice-versa.

Na verdade, o Direito, apesar de sofrer a influência de diferentes concepções morais, não deve a elas a sua legitimidade, que é obtida no ambiente democrático. Essencialmente, deve o Direito conferir igualdade de tratamento a essas concepções que podem ser conflitantes. Sobre esse aspecto, é importante observar a seguinte argumentação:

Quando se diz que o direito manifesta os valores de uma sociedade concreta, precisamos deixar de lado a idéia de que a ética é o fundamento último do direito. Se fosse assim, o pluralismo corrente nas sociedades contemporâneas seria percebido como um mal, e não como uma característica inerente e positiva das democracias constitucionais. A idéia de que o direito deve sua legitimidade a valores éticos precisa ser abandonada, na medida em que depende de uma fundamentação metafísica abandonada historicamente, fundada na subordinação do direito positivo perante o direito natural.[...] [Por outro lado] a relação de complementaridade entre direito e moral garante a própria estabilidade do direito. Se os princípios constitucionais institucionalizados por meio do direito não se refletissem nas crenças morais e éticas dos cidadãos, o sistema jurídico seria absolutamente instável na medida em que não conseguiria obter o consenso social necessário para assegurar sua legitimidade. (ALMEIDA, 2008, p. 508).

Por sua vez, no que tange à necessidade de a manifestação jurisdicional ocorrer em um ambiente no qual nenhuma perspectiva moral é privilegiada e em que inexistam hierarquização de princípios, devem ser analisadas as manifestações de autores como John Rawls, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, que buscam superar a dificuldade representada pela aplicação do Direito em uma sociedade plural.

John Rawls, um dos grandes autores do constitucionalismo dos Estados Unidos, editou, em 1971, *A Theory of Justice*, reeditada em 1999, no qual aborda a forma de enfrentar conflitos morais por meio de princípios constitucionais. No que se refere aos princípios, Rawls (1999) inicialmente convida à reflexão quanto a quais princípios que seriam escolhidos caso os indivíduos estivessem em uma posição, denominada “posição original”, na qual, sob um “véu de ignorância”, desconhecêssem quaisquer informações sobre si próprio e sobre sua posição na sociedade, de forma a garantir a imparcialidade na escolha. Na tradução de sua obra para o português, Rawls (2000, p. 333) defende que, sob essas circunstâncias, os indivíduos escolheriam dois princípios:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

(a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Acerca desses princípios, Nunes Junior (2005, p. 218) aponta que:

[...] o primeiro princípio aplica-se às liberdades básicas, que devem ser distribuídas de modo equitativo para todos: liberdades políticas, liberdade de pensamento, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de integridade física e moral, liberdade de possuir propriedade privada e liberdade de não ser preso arbitrariamente. O segundo princípio aplica-se às desigualdades sociais que somente são justas se for garantida uma igualdade equitativa de oportunidades e se as desigualdades resultarem em benefícios para todos os indivíduos, especialmente para os menos favorecidos na sociedade.

Em outras palavras, sob um véu de incerteza, os indivíduos escolheriam uma sociedade na qual haveria a maximização de benefícios sociais e econômicos aos indivíduos mais desafortunados – e não a maximização desses benefícios para a sociedade como um todo. Trata-se do princípio conhecido como Maximin, que é contraposto por Rawls (1999) ao utilitarismo. Sobre esse aspecto, o autor argumenta que a aplicação da teoria do utilitarismo provavelmente conduzirá a restrições de liberdade de alguns indivíduos de forma a produzir a maior utilidade geral à sociedade. Assim, defende que o Direito deve preservar as liberdades individuais contra o utilitarismo.

A esse respeito, Habermas (1989), por exemplo, constrói a teoria do “agir comunicativo”, na qual a democracia deve propiciar as condições para que a razão

comunicativa flua em um contexto no qual indivíduos livres possam participar em igualdade de condições do debate institucionalizado pelo Direito. Entretanto, há que se reconhecer que uma das condições procedimentais do discurso está relacionada à participação de indivíduos que não estejam fortemente vinculados às tradições, o que pode levar a uma distorção do fluxo comunicativo. Por outro lado, ainda que o debate não seja realizado em condições ideais, a inclusão formal de minorias que, assim, podem postular a aplicação contra-fática do Direito representa um avanço em uma sociedade onde a racionalidade seja efetivamente prestigiada, ainda que consensos não sejam alcançados.

Dworkin (2010), por sua vez, elabora uma teoria da interpretação constitucional na qual a decisão correta em um caso concreto faz prevalecer o indivíduo mesmo contra o bem da sociedade, o que denota um claro viés anti-utilitarista. Nesse contexto, o indivíduo é a base da construção jurídica, de maneira que todos são merecedores de igual respeito e consideração, sendo que os princípios, na verdade, devem ser compreendidos como uma proteção ao indivíduo contra os valores defendidos pela maioria.

Ademais, o juiz deveria atuar como um “juiz ideal”, buscando pleno conhecimento do caso interpretando-o à luz da história constitucional como que na construção de um “romance em cadeia”, no qual um novo capítulo deve manter consistência com os anteriores. Destaca-se que, embora essa noção de integridade do Direito traga limites à atuação judicial, ela não impede, contudo, que a melhor solução ao caso concreto inove em relação a decisões anteriores.

Enfim, sob a perspectiva deontológica, aponta-se que, ao contrário dos valores, os princípios não poderiam ser realizados gradualmente, embora sua aplicação possa ser afastada a partir da apreciação das características do caso concreto que poderiam demandar a aplicação de outros princípios. Adicionalmente, sob a ótica deontológica, uma política, ainda que operando sob a lógica da eficiência, não pode violar direitos, considerados com trunfos individuais. Assim, pode-se argumentar, *a priori*, que a consideração jurisdicional dos resultados desenvolvidos pela Análise Econômica do Direito representa um proeminente risco de violação de Direitos?

Para apreciar essa importante questão, abordaremos com mais profundidade, no capítulo seguinte, uma amostra das críticas dirigidas especificamente à vertente da *Law & Economics*.

5 RESPOSTAS CRÍTICAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

5.1 As abordagens críticas à *Law and Economics*

Certamente, não faltam críticas às diversas formas de abordagens empregadas pela Análise Econômica do Direito. Como exemplo, White (2006) tece uma série de argumentações contrárias à *Law & Economics* a partir de uma visão construída sob a ética kantiana.

Um dos aspectos interessantes apontados pelo autor refere-se à necessidade de aprofundar o debate ético nas análises que utilizam subsídios da economia, ainda que considerando, por exemplo, aspectos da ética de Kant, muito embora reconheça que essa ética também possa ser criticável – uma vez que, a rigor, nenhum sistema ético seja perfeito – e que o próprio debate quanto ao mérito das consequências vem sendo travado há longo tempo pelos filósofos:

[...] the current utilitarian nature of law and economics, focusing on aggregate, society-wide calculations of economic efficiency, conflicts strongly with common intuitions about the nature of the law [...]. I will argue that the ethics of Immanuel Kant are better suited to deal with the moral concepts inherent in the law, and should therefore be included in any responsible analysis of law.[...]. Philosophers have debated the merits of consequentialist and non-consequentialist ethics for decades, and I am hardly qualified to contribute to this discussion. Nonetheless, I submit that Kantian ethics is much more consistent with traditional thinking about the law [...] (WHITE, 2006, p. 236-237).

A propósito, uma das grandes questões a serem enfrentadas refere-se à questão da *compensação hipotética* dos ganhos decorrentes da maior eficiência ou riqueza social. Ocorre que, exatamente por ser hipotética, o resultado eficiente não se torna ineficiente caso a compensação, embora possível face a novos recursos agora disponíveis, não tenha sido de fato realizada, o que pode acarretar perdas severas a alguns indivíduos, violando a dignidade das pessoas. Nesse contexto, a não efetivação de compensação em decorrência de restrições de ordem prática para sua realização – face à sua dificuldade e aos custos envolvidos, por exemplo – representaria privilegiar a eficiência em detrimento a direitos. Não obstante, vai ainda além, destacando que, mesmo que a compensação ocorresse, mas fosse involuntária, ocorreria uma violação moral:

The compensation is hypothetical because it does not have to occur to make the action efficient; it simply has to be possible. [...] A Kantian would consider this reliance on hypothetical compensation to be a violation of (most clearly) the Formula of the respect for the Dignity of Persons, because it treats the losers as mere means to improve the lot of the winners. Even if the compensation occurred, but was not voluntarily accepted by the losers (as in the case of eminent domain

takings), or the act itself was not consented to by the losers, Kant would have the same objection; the absence of compensation simply compounds the moral offense.

One of the arguments commonly given for hypothetical compensation is that compensation is often too difficult, the transaction costs too high, in which case, to use Posner's term, the authorities should 'mimic the market' and make the transaction that the parties involved 'would have' made in the absence of transaction costs. But there is no rationale for justifying coercive transfers based on high transaction costs, unless efficiency is valued more highly than rights. (WHITE, 2006, p. 240).

Ademais, White (2006) analisa o argumento segundo o qual a ausência de compensação não seria crítica uma vez que, no longo prazo, a sociedade gerenciada sob o prisma da eficiência e da redução de custos de transação se encontrará em melhor situação, de maneira que cada indivíduo em particular apresentaria maiores chances de, também, estar melhor ao longo do tempo, apesar de perdas temporárias nesse processo. Sobre essa visão, destaca que os indivíduos não deram seu consentimento para a existência desse tipo de risco e, principalmente, para as perdas potenciais a ele associadas.

As críticas de White (2006) se estendem também a outros ramos da Análise Econômica do Direito, como os voltados ao campo penal. A esse respeito, aponta que as análises baseadas na economia apreciam precipuamente a questão da dissuasão (*deterrence*) da prática de criminosa, ao passo que o Direito teria, por sua vez, grande preocupação com questões relacionadas à *retributividade* da pena, o que não seria, claramente, uma noção a ser considerada sob a ótica do utilitarismo.

Apesar de tecer críticas também a outras abordagens da *Law & Economics* – como, por exemplo, as relacionadas a questões envolvendo responsabilidade civil (*torts*) – o cerne de seu posicionamento refere-se, em essência, à utilização da eficiência como único critério de avaliação das questões jurídicas.

Nesse ponto, é oportuno apresentar os comentários críticos de Kronman (1980) que, apesar de terem sido redigidos há mais tempo, abordam outras questões interessantes. Pondera que o fato do utilitarismo não diferenciar os beneficiários das ações – prejudicando alguns e beneficiando outros – apontaria a necessidade de substituição do critério de maximização da utilidade pela adoção do critério das transações eficientes de Pareto – no qual todos os afetados, indistintamente, deverão ter sua situação melhorada.

Entretanto, este seria um critério por demais rígido, o que conduziu à sua substituição pelo parâmetro do conceito de eficiência de *Kaldor-Hicks*, no qual se requer, apenas, que os ganhos possam, hipoteticamente, ser distribuídos. Tal critério – que, conforme apontado pelo próprio Posner (2007a), equivale ao critério da maximização da riqueza – é sujeito à crítica kantiana em moldes semelhantes aos apresentados por White (2006).

A esse respeito, Kronman (1980, p. 239-240) aponta que o emprego de tal conceito de eficiência sequer seria utilizado tanto por um utilitarista que considerasse incorporar restrições relativas a respeito a direitos individuais (uma vez que o critério não protege direitos), como também por kantianos que concedessem abrandar, em algumas situações, o rigor do critério de Pareto (uma vez que não a utilidade não é levada em consideração):

A utilitarian who acknowledges that the pursuit of utility should be constrained by a respect for individual rights will not be led to adopt the principle of wealth maximization since that principle, unlike the Pareto criterion, fails to protect rights and does not express concern for the autonomy of persons. Likewise, a Kantian who is prepared to grant the relevance of utilitarian considerations in certain situations will not endorse wealth maximization since increases in wealth do not necessarily mean increases in utility. Moreover, if a Kantian accepts the Pareto principle as an appropriate expression of his conception of individual autonomy, but is concerned about the principle's practicality, he may have an incentive to relax its demanding requirements by expanding the notion of actual compensation. He will not have a reason of any kind, however, to soften the Pareto principle by adopting wealth maximization as his guiding norm. From either point of view – Kantian or utilitarian – the principle of wealth maximization makes no sense. Nor does it make sense as a rational compromise between these points of view, in the way, for example, that a utilitarian theory that explicitly incorporated the idea of rights might.

Entretanto, Kronman (1980) apresenta outra questão, que se refere ao fato de que a apreciação de uma transação sob o critério de eficiência de Kaldor-Hicks apresenta um viés importante que pode distorcer o resultado da análise.

Ocorre que uma transação seria eficiente quando o bem é alocado a quem por ele oferece e paga o maior valor. Desta forma, a venda a um comprador que oferece o maior lance em um leilão de baixo custo no qual participe um grande número de pessoas seria, em tese, eficiente. Entretanto, o critério não leva em consideração a real necessidade dos indivíduos que não disponham dos recursos necessários para cobrir o melhor lance. Assim, ainda que um indivíduo que desesperadamente necessite de um bem não o consiga adquiri-lo por insuficiência de recursos, a transação que transfere esse mesmo bem a alguém que o compra por mero capricho, oferecendo uma oferta maior, será considerada eficiente¹⁵.

Assim, Kronman (1980, p. 240) aponta que, ao ignorar a necessidade ou utilidade, o critério de Kaldor-Hicks favorece os indivíduos com maiores dotações, conferindo vantagens a aqueles que já se encontram em melhor posição relativa.

An individual's wealth is defined by his ability and willingness to pay, so the principle of wealth maximization necessarily favors those who already have money,

¹⁵ Essa questão é abordada no artigo *Is Wealth a Value*, publicado também em 1980 por Ronald Dworkin, coincidentemente no mesmo mês que o artigo de Kronman (1980), e é indicada pelo próprio Posner (2007a) ao mencionar que outros critérios de análise devem ser levados em consideração. A respeito das manifestações de Posner (2007a), ver o item 3.2 deste texto.

or the resources with which to earn it, and are therefore able to pay more than others to have a new legal rule defined in the way that is favorable to them. The principle of wealth maximization gives an additional advantage to those who are already advantaged, and this quite rightly strikes us as unfair.

Assim, observando o conceito apresentado por Rawls (1999) segundo o qual a alocação inicial de talentos individuais, deficiências e recursos aos indivíduos ocorre em decorrência de uma “loteria natural”, Kronman (1980) aponta que a utilização do princípio da maximização de riqueza ou da eficiência de *Kaldor-Hicks*, de forma perversa, acentua, ao invés de moderar, os resultados arbitrários dessa loteria. Tratar-se-ia, portanto, de um princípio ruim e incoerente, que não reconhece as pessoas como seres morais que, por seu livre arbítrio racional podem, ainda que moderadamente, afastar-se do poder indiferente da natureza:

In my view, social institutions, including the law, should be used to mitigate the effects of the natural lottery; for the law to intensify them is perverse. A theory which legitimates the chance effects of the natural lottery treats persons as if they were things by giving moral significance to those aspects of our lives over which we have no control. Such a theory fails to recognize that persons are moral beings precisely because they have a capacity for rational action which puts them, in a limited but important way, beyond the reach of nature's indifferent power. That is why, in my view, wealth maximization is a bad principle as well as an incoherent one. (KRONMAN, 1980, p.240).

Nesse momento, é também oportuno apresentar um interessante aspecto de uma das observações de Coleman (1984), que também aborda, embora de outra maneira, as questões apresentadas por White (2006) e Kronman (1980). Para Coleman (1984), a Análise Econômica do Direito observa os litígios como oportunidades para as cortes promoverem objetivos coletivos. Assim, na visão do economista, a vantagem comparativa das cortes é realizar a promoção da eficiência, ao passo que a vantagem comparativa do Legislativo seria realizar a justiça distributiva, redistribuindo riqueza – o que seria compatível com a noção de concretizar compensações hipotéticas que, sob o critério de eficiência de *Kaldor-Hicks*, poderiam ter sido possibilitadas, mas não foram realizadas.

Entretanto, isso representaria uma estranha inversão de papéis, uma vez que, para a promoção de objetivos sociais, há necessidade de uma larga quantidade de informações empíricas, ao passo que as cortes não deteriam nem as ferramentas e muito menos a autoridade para perseguir a meta da eficiência. As cortes, ao contrário, por não terem membros eleitos pela população e por não promoverem objetivos sociais e coletivos, representariam a instituição mais adequada para apreciar de forma independente e desinteressada os direitos das partes. Assim, as vantagens comparativas das cortes e das

legislaturas seriam exatamente opostas àquelas defendidas sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito:

[...] the economic analysis is an instrumentalist theory of law since it views litigation in terms of the opportunities claimants give courts to promote global or collective aims.[...] in the economists' view, the comparative advantage of courts is promoting efficiency, while the comparative advantage of legislatures is doing justice, which amounts to redistributing wealth to promote an ill-defined conception of equity. This seems to constitute an odd reversal of institutional roles. Promoting social goals like efficiency requires gathering a good deal of empirical information, and we tend therefore to think of courts as lacking the tools, let alone the proper authority, to act as advocates of efficiency. In contrast, the prevalent pretheoretical intuition is that courts, in part because they are essentially unaccountable, nondemocratic institutions which do not seek out issues or goals to promote or advance, are best left to adjudicate claims brought to them by particular litigants and framed in terms of the interests of the litigants alone. In short, our intuitions regarding the comparative advantages of courts and legislatures are exactly the opposite of what the economic analysis claims they are. For, unlike the economist, the common view is that promoting human welfare is the comparative advantage of legislatures, while doing justice between persons is the comparative advantage of courts. (COLEMAN, 1984, p.677-678).

Castro (2005), por sua vez, apresenta inclusive outra ordem de críticas, argumentando que a Análise Econômica do Direito marginaliza “questões importantes para a elaboração jurídica que tenha a pretensão de explorar a dimensão valorativa e ética das normas que ordenam a vida em sociedade” (CASTRO, 2005, p. 1). Ademais, citando outros autores, pondera que o raciocínio econômico é construído sobre conceitos gerais, de maneira que não seria adequada a visão de que os resultados são alcançados mediante enunciados lógicos sobre fatos incontroversos, uma vez que inclusive não incorporam aspectos importantes do ambiente institucional – como a ordem legal, suas regras e princípios, e os costumes, hábitos e convenções.

Do ponto de vista político, Castro (2005, p. 3) aponta que:

[...] a partir das décadas de 1970 e 1980, houve uma proliferação de regras que passaram a instrumentalizar a política econômica a serviço do pragmatismo econômico e político em favor da expansão de mercados por meio de uma agenda liberalização comercial e financeira [...]. Foi nesse contexto que, a partir dos anos 1980, cresceu o interesse pela "Análise Econômica do Direito". Sob essa nova ótica doutrinária, as relações entre direito e economia passam a ser apoiadas sobre pressupostos derivados da teoria microeconômica. [...] Por ser tributária da visão de sociedade implícita na teoria microeconômica, ínsita à Escola Neo-Clássica ou à Ciência Econômica, a chamada "Análise Econômica do Direito" é extremamente questionável, pois confunde "direito subjetivo" com "maximização de utilidade".

O autor aborda ainda a questão da manifestação dos tribunais quanto a aspectos diversos de políticas econômicas. Essencialmente, a mensagem transmitida aponta que a Análise Econômica do Direito, por meio de seu apelo exacerbado às consequências e à utilidade social, atuaria de forma a limitar a manifestação dos tribunais em, por exemplo,

temas caros a políticas econômicas governamentais em um contexto da globalização da economia:

A chamada "globalização da economia" tem sido freqüentemente invocada para justificar um processo de mudança das políticas econômicas e das políticas públicas de diversos países. A imagem que a imprensa explora de tal processo faz parecer que ele é inexorável e é inerente ao funcionamento da economia mundial e das diversas economias nacionais. No campo jurídico, o baluarte teórico desse processo é a Análise Econômica do Direito.

Contudo, é preciso aos juristas e tribunais nacionais e internacionais resgatar o papel da análise jurídica e recuperar a capacidade de os tribunais judiciais exercerem autoridade sobre os diversos aspectos da política econômica, preservando os direitos dos indivíduos e grupos, que não devem ficar à mercê do que se diz serem "imperativos econômicos".

A realidade é que tais "imperativos econômicos" não existem, não constituem a natureza das instituições, por mais que muitas análises econômicas façam parecer que não haja alternativas à política econômica correntemente adotada. Nada na sociedade é inexorável, conforme a lição de Maquiavel. Que os juristas, advogados e tribunais se inspirem, a fim de avançarem para além dos conceitos oferecidos pela Ciência Econômica (adaptados sob a "Análise Econômica do Direito"), e façam valer, ao lado da eficiência econômica, os ideais de justiça econômica. (CASTRO, 2005, p.12).

Assim, destaca que um suposto conjunto de imperativos econômicos sempre poderia ser utilizado de forma a minimizar o poder das cortes em diversas questões, o que limitaria de forma indevida a proteção a direitos. Nesse ambiente, há a necessidade de os tribunais exercerem efetiva autoridade inclusive sobre os diversos aspectos da política econômica, de forma a preservar direitos de indivíduos e grupos.

Esse ponto havia sido também abordado anteriormente por Castro (2002) ao comentar uma decisão de um juiz da Argentina contra medidas das autoridades econômicas daquele país. Acerca do caso, expõe o dilema segundo o qual, por um lado, decisões judiciais contrárias a políticas do Poder Executivo podem ter um grande potencial de causar dano à sociedade por, eventualmente, fragilizar a economia, não obstante seja também verdade que decisões governamentais adotadas sem o devido cuidado podem também causar danos severos a direitos dos cidadãos.

Por um lado, é muito fácil reconhecer que decisões judiciais podem ter um impacto sobre a economia que seja visto com reservas por autoridades do Executivo. É muito fácil argumentar, por exemplo, que o reparo judicial a uma medida de política econômica pode ter o efeito de contribuir para uma queda da receita, ou para o desencadeamento de um fluxo financeiro inesperado. Não obstante, por outro lado, é também verdade que decisões tomadas por autoridades do Executivo podem causar injustiças extremas, ainda que tais decisões respeitem uma determinada interpretação de textos legais infraconstitucionais relevantes.

Diante de semelhantes situações, que têm se multiplicado nos anos e meses recentes, cabe a fundamental indagação: Na sociedade brasileira, uma das mais desiguais e injustas do mundo, o que deve prevalecer? Será o desiderato de "eficiência" administrativa e econômica, que tem sido tipicamente buscada por autoridades do Poder Executivo; ou será a "justiça", que é passível de ser provida aos cidadãos

mediante o processo judicial, atuando como parte integrante do processo institucional de nossa democracia?

Na verdade, tal indagação não é simples de ser respondida. A complexidade da questão deriva do fato de que, hoje, renovam-se constantemente – e de forma acelerada e muitas vezes até dramática –, as possibilidades de contradições entre “interesses econômicos” e “ideais de justiça”. (CASTRO, 2002, p. 191).

Nesse dilema, Castro (2002) aponta a existência de dois métodos para a obtenção de uma decisão. O primeiro é o método econômico, que utiliza a abordagem da Análise Econômica do Direito e busca a eficiência econômica o que, inclusive, poderia frustrar a possibilidade de agregação de valores não econômicos, embora relevantes, no processo decisório. O segundo é o método jurídico, que contempla a legitimação discursiva da política econômica e que é alicerçado no plano nacional pela jurisprudência constitucional sobre direitos fundamentais e no plano internacional pela atuação dos tribunais de Direitos Humanos.

Contudo, apesar de destacar sua clara preferência pelo método jurídico, ressalta que alguns governos e agências internacionais parecem optar pelo método econômico, o que propicia que dimensões valorativas e morais relevantes possam ser indevidamente excluídas do debate:

[...] alguns governos e agências internacionais, nos tempos recentes, parecem optar pelo método econômico, dando-lhe extrema largueza. Isto certamente é prejudicial à manutenção da pluralidade de perspectivas capaz de evoluir com a mediação da linguagem natural, no funcionamento das instituições democráticas. Com o método jurídico, as questões relevantes podem ser submetidas, em suas dimensões valorativas e morais, a extensos debates que têm lugar nos processos legislativo e judicial. O mesmo não pode ocorrer com o emprego tendencialmente exclusivo do método econômico. (CASTRO, 2002, p. 201).

Em suma, há uma grande diversidade de críticas efetuadas à Análise Econômica do Direito. Entretanto, uma delas será considerada em particular, e apresentada a seguir. Trata-se das críticas essencialmente presentes no artigo *Is Wealth a Value?* que, de acordo com o próprio Posner (2007b), o influenciou para que alterasse sua visão acerca da questão referente à maximização da riqueza:

An article that he wrote many years ago forcefully criticizing my views about wealth maximization [Ronald Dworkin, Is Wealth a Value?, 9 J. LEGAL STUD. 191 (1980)], though it overstated his case, was convincing and caused me to alter those views, albeit grudgingly of course, and with a lag. I am grateful for the criticism. (POSNER, 2007b, p. 11-12).

Essa crítica elaborada por Dworkin será comentada a seguir.

5.2 A crítica de Dworkin quanto à concepção de riqueza como valor

Em 1980, Ronald Dworkin publica no periódico *The Journal of Legal Studies* o artigo *Is Wealth a Value?*, que se torna um capítulo do livro *A Matter of Principle*, de 1985, no qual aprecia a Análise Econômica do Direito e apresenta considerações sobre a inadequação em se considerar a riqueza um valor. A crítica é voltada sobretudo ao livro *Economic Analysis of Law*, publicado em 1973 por Richard A. Posner.

A crítica de Dworkin refere-se essencialmente à estipulação da maximização da riqueza como um objetivo social digno. Ao se questionar quanto aos motivos pelos quais poderia ser postulado que o aumento de riqueza de uma sociedade corresponderia a uma melhora da sociedade, apresenta algumas possíveis respostas:

- a) a riqueza social seria, em si mesma, uma componente do valor social, caso que poderia ser subdividido nas seguintes possibilidades:
 - a.1) a riqueza social é o único componente do valor social;
 - a.2) a riqueza social é um dentre outros componentes do valor social.
- b) a riqueza social não é um componente, mas um instrumento do valor social. Essa seria a teoria instrumental da riqueza, segundo a qual as melhoras na riqueza social não são valiosas em si mesmas, mas porque propiciam outras melhoras na sociedade que têm valor. Esse caso poderia ser subdividido nas seguintes possibilidades:
 - b.1) melhoras na riqueza social causam, por si só, outras melhoras na sociedade, ainda que por meio de processos desconhecidos;
 - b.2) melhoras na riqueza social possibilitam a adoção de ações que, por sua vez, propiciam outras melhoras na sociedade – sendo, assim, um “ingrediente” para essas melhoras;
 - b.3) melhoras na riqueza social não seriam desejáveis por causar melhoras na sociedade ou por possibilitar a adoção de ações para que essas melhoras ocorram, mas simplesmente porque existiria uma correlação suficientemente elevada entre melhoras na riqueza e melhoras na sociedade. A riqueza social seria, assim, um “segundo objetivo”, que não é valorizado em si mesmo, mas que se constitui como um “falso alvo” prático a ser buscado.

Acerca da visão segundo a qual a riqueza seria um componente do valor, Dworkin utiliza o exemplo da “posição original”¹⁶ de Rawls (1999), argumentando que, sob um “véu de incerteza”, os indivíduos seriam imprudentes caso considerassem que ganhos na riqueza da sociedade representariam indicadores de ganhos em seu bem-estar individual. Nesse caso, considera mais plausível que optassem por algo próximo ao Maximin¹⁷ ou, caso a escolha fosse restrita entre a mais alta riqueza social ou o Maximin, certamente sua escolha individual recairia, nessa hipótese, sobre o Maximin, que maximiza os benefícios dos mais desafortunados – uma vez que essa poderia vir a ser sua condição.

Assim, sob um “véu de incerteza”, não haveria sentido considerar a maximização da riqueza como um componente do valor social, de forma que não haveria uma escolha a ser feita quanto a trocas entre justiça por riqueza na sociedade. Sob essa perspectiva, argumentos segundo os quais a Análise Econômica do Direito é útil por demonstrar quanta riqueza se perde quando se escolhe algum outro valor perderiam o sentido.

Na verdade, apenas quando é retirada a posição de ignorância apresentado por Rawls (1999) – caso em que o indivíduo conhece suas aptidões e sua real posição na sociedade –, passaria a fazer sentido, sob a perspectiva individual, defender a troca de justiça por ganhos de riqueza para a sociedade.

Aponta ainda que o raciocínio envolvendo trocas entre justiça e riqueza (ou entre justiça e outros valores, como a cultura, por exemplo) é efetuado de forma personificada, ou seja, como se toda a sociedade pudesse ser representada pelas escolhas de uma pessoa – ignorando, assim, o largo espectro das populações que a compõem. A esse respeito, ressalta que esse tipo de personificação da sociedade é uma simplificação não apenas grosseira, mas também nociva.

Além desse aspecto, apresenta classificações quanto às teorias que tratam da maximização da riqueza, que são utilizadas ao analisar a visão de que a riqueza seria um instrumento de outros valores sociais. Desta forma, destacam-se as seguintes classificações:

- teoria forte e teoria institucional forte:

[A teoria institucional forte] afirma ser função especial dos tribunais buscar exclusivamente a riqueza social, embora não seja, necessariamente, a função das legislaturas fazê-lo. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que, embora a maximização da riqueza seja apenas um entre vários componentes do valor social, é, não obstante, o único que os tribunais devem buscar, deixando os outros componentes a outras instituições. Ou que, embora a riqueza social seja apenas um ingrediente do valor social, deve-se deixar a cargo dos tribunais maximizá-lo compreendendo que o uso

¹⁶ Mencionada sucintamente no item 4 deste texto.

¹⁷ Também abordado sucintamente no item 4.

adicional do ingrediente é competência de outras instituições. Ou que a riqueza social é um valor substituto para os tribunais porque estes, por alguma razão, não podem perseguir o verdadeiro alvo diretamente, embora outras instituições o possam e, portanto, não precisem de um substituto ou precisem de um substituto diferente. Chamarei tal teoria de teoria institucional forte – “institucional” porque especifica razões para que uma instituição busque a maximização da riqueza social, e “forte” porque requer que essas instituições o façam de maneira exclusiva.

Uma teoria forte não precisa afirmar que os juízes devem buscar a maximização da riqueza como o único padrão em suas decisões em todos os casos em litígio, ou mesmo em todos os casos do Common Law ou em todos os casos de natureza civil – embora, quanto maior for o alcance da afirmação, mais interessante ela será. Mas a teoria tem de afirmar que os juízes devem buscar unicamente a riqueza em algum tipo de casos especificados independentemente da própria afirmação instrumental – isto é, especificados de outra maneira que não como “os casos em que maximizar a riqueza irá, de fato, promover o verdadeiro objetivo”. [...] A tese forte não precisa supor (naturalmente, não precisa negar) que, em todos os casos, uma decisão judicial que maximize a riqueza promoverá o verdadeiro objetivo. Mas deve demonstrar por que, se em alguns casos a maximização da riqueza não tiver esse efeito desejável, trata-se, não obstante, de uma estratégia prudente buscar a maximização da riqueza em todos os casos abrangidos pela informação. Qualquer afirmação forte, mesmo que de alcance limitado, deve especificar o objetivo ou valor independente que supõe ser promovido instrumentalmente pela maximização da riqueza social [...], ainda que aproximadamente. (DWORKIN, 2000, p. 358, 371-373).

- teoria instrumental fraca:

Caracterizei certas versões da afirmação instrumental como “fortes”, e devemos distingui-las de afirmações mais fracas. Uma afirmação instrumental fraca sustenta meramente que, às vezes, incrementos na riqueza social causam melhorias de outros tipos. Às vezes esse é claramente o caso, por várias razões. Se, por exemplo, os juízes conseguirem aumentar muito a riqueza por meio de alguma decisão que tomaram, então, dentro de talvez um quarto de século, todos os que estão vivos poderão encontrar-se em melhor situação do que estariam se o ganho não tivesse sido obtido, seja porque a riqueza aumentada será distribuída pela ação política, de modo que mesmo os pobres se beneficiarão, seja porque o mesmo resultado será obtido mediante algum mecanismo invisível sem nenhuma ação política direta. Mas a afirmação instrumental fraca – a de que, algumas vezes, será esse o caso – é insuficiente para sustentar que os juízes devem aceitar a maximização da riqueza como o único parâmetro para a mudança no Common Law. Para tanto seria necessária a tese forte, de que os juízes que aceitam tal parâmetro produzirão mais do que é valioso independentemente, como a mitigação da pobreza, do que se adotassem uma avaliação mais minuciosa e tentassem maximizar a riqueza apenas no casos em que têm alguma razão especial para pensar que, ao fazê-lo, aumentariam o valor independente. (DWORKIN, 2000, p. 371).

Acerca da possibilidade de que uma sociedade com mais riqueza seja preferível pelo motivo de a riqueza apresentar uma ligação instrumental – como causa, ingrediente ou falso alvo – com outro componente independente do valor social, Dworkin afirma que esse segundo valor deveria ser especificado, ainda que aproximadamente.

Quanto às teorias instrumentais fracas, Dworkin (2000) é particularmente crítico acerca de sua utilidade, uma vez que ninguém contestaria a afirmação e não seria feita qualquer indicação relativa ao verdadeiro objetivo que poderia ser alcançado por meio da riqueza. Assim, menciona:

Se o ramo normativo da análise econômica não inclui pelo menos alguma afirmação instrumental forte desse tipo – se repousa apenas na afirmação fraca e sem elaboração de que, às vezes, buscar a riqueza levará a bons resultados –, o ramo normativo da teoria é tedioso e desorientador: tedioso porque ninguém contestará a afirmação, e desorientador porque a teoria deve, então, ser nomeada não de acordo com a riqueza, mas de acordo com o verdadeiro objetivo, até agora não especificado, a que às vezes se considera que a riqueza serve. (DWORKIN, 2000, p. 372).

Por sua vez, se por um lado as teorias instrumentais fracas não apresentariam utilidade, por outro defende que as teorias fortes não demonstraram que a maximização da riqueza poderia estar relacionada a características sociais desejáveis, como o respeito a direitos individuais, o encorajamento de virtudes pessoais atraentes, a geração de uma distribuição menos desigual de recursos ou a construção de uma sociedade meritocrática, por exemplo.

Nesse contexto, Dworkin (2000) destaca que, apesar de suposta popularidade da Análise Econômica do Direito, teriam ocorrido poucas tentativas de proceder a essa demonstração. Essa omissão indicaria que muitos juristas presumiriam, de forma acrítica, que a riqueza seria de fato um componente do valor, e não um instrumento para outros valores.

Essencialmente, essas críticas referem-se ao ramo normativo da Análise Econômica do Direito. Contudo, há o ramo descritivo, que usualmente aponta que as decisões judiciais em casos controversos de fato vêm sendo tomadas de forma a maximizar a riqueza.

Acerca desse ponto, destaca que esse tipo de afirmação não pode ser efetuado de forma genérica. Considerando implausível que os juízes decidam os casos considerando a riqueza da sociedade como um valor em si mesmo, seria necessário reformular a proposição, de forma que, sob a perspectiva de riqueza como instrumento a outros valores sociais, devam ser detalhadas categorias específicas de decisões judiciais e, nessas decisões, fundamentar adequadamente a tese da plausibilidade de que os juízes promoveriam a riqueza porque nesse caso alcançariam outros objetivos específicos, como a redução da pobreza, o Maximin, o poder econômico do país em assuntos externos ou outros valores. Contudo, essa abordagem acarretaria uma extrema complexidade ao ramo descritivo da Análise Econômica do Direito.

Ademais, ainda que fosse possível verificar empiricamente uma correlação importante entre as decisões judiciais em uma área específica e as decisões que deveriam ser tomadas por juízes que desejassem maximizar a riqueza, haveria a questão crucial de essa correlação não ter poder explicativo em relação às motivações subjacentes a esse comportamento. Em outras palavras, esta correlação, ainda que existente, não implicaria que as motivações dos juízes seriam necessariamente relacionadas à busca da riqueza, uma vez

que a motivação poderia estar de fato vinculada à argumentos de princípio, e não de política (conforme será abordado na seção 6.2 deste texto). Assim, destaca:

Podemos tentar demonstrar que as decisões que parecem maximizar a riqueza são necessárias não como decisões instrumentais buscando produzir certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade ou qualquer outra meta de política, mas, antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade. Isto é, poderíamos buscar uma explicação de princípio em vez de explicação de política. [...] Essa estratégia de princípios parece-me muito mais promissora que o programa instrumental fraco de política que acabei de descrever. (DWORKIN, 2000, p. 397-398).

Ademais, às observações sobre a maximização de riqueza, Dworkin (2000) apresenta uma passagem e uma nota de rodapé com um interessante comentário: “Um utilitarista, porém, não é alguém que argumente que tais cálculos têm algum lugar. Ele sustenta que devem ocupar todo o espaço disponível.” (DWORKIN, 2000, p. 398).

Assim, abre espaço para, em uma abordagem sobre princípios, atentar para as consequências das decisões: “ilustrei uma estratégia para uma descrição de decisões judiciais fundada em princípios que atentem para as consequências, inclusive para terceiros” (DWORKIN, 2000, p. 397). A nota associada a essa menção é: “Ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 98-100, 294-327 (brochura, 1978) [...]” (DWORKIN, 2000, p. 397).

6 É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR A VISÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

6.1 O sentido equívoco conferido às denominações “Análise Econômica do Direito” e “*Law & Economics*”

Ao observar o conteúdo dos livros e artigos que tratam da *Law & Economics* – muitas vezes com referência expressa a essa vertente em seu próprio título –, constata-se claramente que a abordagem é distante de ser uniforme.

Com efeito, há os mais variados graus de assertividade quanto à extensão da utilização dos resultados da Economia no Direito¹⁸, bem como as mais diversas linhas de pesquisa, algumas das quais foram indicados no capítulo 2 deste texto. Desta forma, não há como considerar que os textos relacionados à *Law & Economics* apresentem uniformidade quer quanto à metodologia quer quanto à sua fundamentação filosófica.

Não obstante, é frequente a percepção de que o termo “Análise Econômica do Direito” refere-se essencialmente ao pensamento de Posner manifestado em 1973 em seu extenso livro *Economic Analysis of Law*, como que ignorando não apenas a mudança de posicionamento do próprio Posner em *The Problems of Jurisprudence*, de 1990, mas principalmente as ricas possibilidades que podem ser exploradas por meio de uma aplicação criteriosa de técnicas como teoria dos jogos, por meio de uma apreciação ponderada das hipóteses e resultados da economia comportamental, e pela apreciação crítica de trabalhos de uma grande variedade de economistas e operadores do Direito que de forma dedicada se esforçam para apresentar análises ponderadas e criteriosas sobre os mais diversos temas.

Entretanto, a forma em que se deu o lançamento da obra de Posner em 1973 pode ter contribuído para a disseminação de uma visão negativa à vertente da *Law & Economics* no campo acadêmico do Direito especialmente fora dos Estados Unidos. Ocorre que, de fato, a tese que havia sido apresentada era repleta de fragilidades e mesmo de considerações grotescas do ponto de vista filosófico.

Em *Economic Analysis of Law*, depreende-se que a intenção maior era observar as consequências da aplicação de cenários sobre o bem-estar apurado de forma agregada¹⁹. Em outras palavras, parece ter sido utilizada a eliminação da barreira moral como mecanismo de

¹⁸ Um exemplo de diferença quanto à assertividade pode ser observada, por exemplo, na comparação entre as afirmações de Kaplow; Shavell (2002) e Cooter; Ulen (2000), abordadas no item 3.4 deste texto.

¹⁹ Embora nem sempre de forma agregada, como no caso das considerações relativas ao suicídio assistido em pacientes terminais.

verificação das mais diversas alternativas ao caso concreto, o que pode acarretar, como consequência, um grande conflito com o leitor, que se verá apreciando inclusive possibilidades bizarras, muito embora o objetivo final seja o de verificar as consequências dessas mesmas possibilidades que, muitas vezes, mostram-se até mesmo inesperadas. Não significa aqui que esses resultados inesperados sejam corretos, uma vez que é frequente que os pressupostos – como a suposição de comportamentos racionais por parte dos indivíduos – sejam frágeis, mas não é essa a questão a se atentar. A questão é que essa abordagem contribui para o aprimoramento do processo cognitivo, lembrando que, nesse processo, as formas rudimentares de análise sempre podem ser aprimoradas, inclusive incorporando considerações sérias sobre direitos.

Assim, as flagrantes deficiências da obra de Posner de 1973 não significam que *Economic Analysis of Law* não tenha tido, em minha visão, até mesmo excepcional importância, pois possibilitou a construção de textos veementemente contrários à essa abordagem, o que no mínimo contribuiu para a retomada da importante discussão sobre as bases filosóficas da incorporação das consequências para a formação dos provimentos jurisdicionais e sobre a extensão em que esse subsídio pode ser incorporado a esse processo.

Em contrapartida, o fato de Posner, em 1973, apresentar argumentações que se pretendiam isentas de outras considerações relacionadas a direitos individuais – essa era, a propósito, a intenção – contribuiu de forma importante para que, principalmente fora dos Estados Unidos, ocorresse não apenas uma franca rejeição à sua tese, mas também uma persistente estigmatização quanto à Análise Econômica do Direito, que contribuiu indevidamente para que fossem ignoradas suas diferentes abordagens e sutilezas de análise.

Assim, parece-me que, além da grande complexidade filosófica para tratamento adequado do tema – que envolve a discussão das intrincadas questões envolvendo Direito, Moral, princípios, deontologia, axiologia, consequencialismo; o que, por si só, é uma grande restrição às abordagens sérias a respeito – há ainda uma barreira comunicativa, que não deriva apenas da existência de diferentes discursos e linguagens empregadas por ciências sociais distintas (o Direito e a Economia), mas do fato de a referida estigmatização prejudicar a disseminação, nas academias jurídicas, de obras e textos mais recentes, complexos e sutis que podem se revelar profícuos para os pesquisadores do Direito.

De fato, é extremamente simples a construção de críticas robustas à obra de Posner publicada em 1973, há quase quatro décadas. Mais complexa, no entanto, é a tarefa de responder a construções teóricas mais recentes, que, por serem classificadas no vasto rótulo

Law & Economics, podem passar despercebidas pelo meio acadêmico pela mera rejeição a Posner.

Muitas dessas obras apontam as próprias restrições filosóficas à Análise Econômica do Direito. Entretanto, os economistas, cientes dessas restrições, usualmente não se aprofundam nas questões dos direitos envolvidos, o que é natural uma vez que não se trata de campo próprio de sua análise.

Mais especificamente, a Economia não é voltada à identificação e ao compromisso com os direitos subjetivos envolvidos, tema próprio do Direito, o que apenas reforça o aspecto da complementariedade entre essas ciências. Buscaremos, de forma mais clara, mostrar esse aspecto nas duas seções seguintes, que apresentam as abordagens complementares de Coase (1960) em um dos trabalhos que o conduziu ao agraciamento ao prêmio Nobel em Economia em 1991, e de Dworkin (1977), abordando questões diversas desse trabalho.

6.2 O argumento consequencialista de Dworkin

Em 1977, Dworkin publica o livro *Taking Rights Seriously*, no qual apresenta considerações sobre a análise jurisdicional fundada em princípios que, não obstante, avalia as conseqüências das decisões tomadas.

De acordo com a terceira edição traduzida para o português, Dworkin (2010), ao discorrer sobre os casos difíceis (*hard cases*), defende que os juízes, ao enfrentarem problemas concretos que não podem ser decididos exclusivamente pela regras existentes, não atuam como legisladores delegados, suprimindo omissões legais. Esses juízes não estariam criando qualquer direito novo, que seria aplicado retroativamente ao caso concreto, mas sim descobrindo quais seriam os direitos efetivos das partes.

Para compreender esse ponto, o autor estabelece distinções entre argumentos de política e argumentos de princípio. Os argumentos de política têm como finalidade essencial fomentar ou proteger objetivos coletivos de uma determinada comunidade, como por exemplo a eficiência econômica. Por outro lado, os argumentos de princípio estariam relacionados ao respeito ou garantia de direitos de um indivíduo ou de um grupo.

Por sua vez, os princípios – como os direitos – podem ser abstratos ou concretos. Um direito abstrato é um objetivo geral, como a liberdade, a igualdade ou a liberdade de expressão, o que não significa que sejam absolutos. Já os direitos concretos estabelecem uma

aplicação de um direito abstrato ao caso concreto, caso em que pode ser estabelecida uma preferência face a outros direitos concorrentes.

A esse respeito, Dworkin (2010) aponta que, muito embora as decisões legislativas possam ser fundamentadas tanto em argumentos de princípios como de políticas, a aplicação de uma lei – ainda que gerada exclusivamente por uma política – é uma questão de princípio. Nesse contexto, critica as possibilidades de transferência de renda por via judicial apenas para melhorar a eficiência do sistema como um todo, criando dessa forma direito novo em momento posterior aos fatos.

Mais especificamente, Dworkin (2010) concorda com a conhecida argumentação segundo a qual os juízes, em regra não eleitos, não têm legitimidade para estabelecer metas em busca do bem estar da comunidade em detrimento de direitos individuais. De fato, os juízes não estão submetidos a grupos de pressão, a manifestações do eleitorado e à necessidade de estabelecer diálogos com a comunidade, de forma que não devem, em salas de audiência, decidir sobre *interesses* concorrentes em conflito – ou seja, sua atuação, face à sua independência, deve se limitar aos *direitos* em conflito. Além desse aspecto, argumenta que uma decisão que criasse um novo dever e o aplicasse retroativamente a uma situação concreta é errada, mas essa situação efetivamente ocorreria caso fosse adotada uma decisão motivada por argumentos de política.

Situação diversa ocorreria caso a decisão fosse baseada em argumentos de princípio, uma vez que a corte decidiria a favor dos argumentos mais robustos, não sendo criado novo dever retroativo para a parte. De toda forma, os argumentos principiológicos devem ser consistentes com as decisões anteriores que não foram modificadas posteriormente, em um contexto no qual a história institucional age não como uma restrição, mas como um componente da atividade jurisdicional.

Assim, Dworkin (2010) defende a tese dos direitos, que sustenta que, em casos difíceis, as decisões devem ser tomadas com base em argumentos de princípio, e não em argumentos de política. Por outro lado, comenta as pesquisas acerca do inter-relacionamento entre Direito e Economia cujos resultados apontariam para o sentido inverso:

Argumenta-se, em primeiro lugar, que é possível demonstrar que quase todas as regras desenvolvidas pelos juízes em campos tão díspares quanto o delito civil, o contrato e a propriedade atendem ao objetivo coletivo de tornar as alocações de recursos mais eficientes. Em segundo lugar, argumenta-se que em certos casos os juízes fundamentam suas decisões explicitamente na política econômica. (DWORKIN, 2010, p. 151-152).

Contudo, destaca que nenhuma dessas duas afirmações compromete a tese dos direitos. A primeira dessas afirmações, que defende que as decisões atendem o objetivo de ampliar a eficiência da economia, não faz qualquer menção à efetiva intenção dos juízes no processo jurisdicional, de maneira que, apesar desse eventual resultado, esses juízes poderiam sequer ter imaginado que os efeitos econômicos de suas decisões representem algum valor a ser considerado.

Quanto à segunda afirmação, Dworkin (2010) destaca que o fato de os juízes apreciarem questões de ordem econômica em suas decisões não significa que estejam decidindo com base em política em detrimento de princípios. Mais propriamente, tratar-se-ia de apenas um meio de resolver as lides, sem que, necessariamente, um direito individual seja submetido a uma meta coletiva. A escassez de um recurso vital, ou mesmo a segurança coletiva, poderiam ser eventualmente invocados para restringir direitos individuais sem que, com isso, estejam sendo adotados argumentos de política, uma vez que, em essência, trata-se de apreciar um direito individual face a outros direitos concorrentes de outros indivíduos afetados pela decisão.

Há uma questão importante acerca da importância da avaliação das consequências de uma decisão judicial. Um exemplo interessante refere-se ao caso em que um indivíduo *A* aciona uma indústria *B* próxima que polui o ar, alegando sofrer uma ameaça a um direito vital, uma vez que a sua saúde e a de sua família estariam em risco em decorrência dessa poluição. Contudo, para Dworkin (2010, p. 453), este não é um argumento de política, apesar de se referir às consequências da atividade da indústria:

A argumentação de *A* poderia não apelar, de modo algum, às outras consequências que podem decorrer do fato de se permitir a *B* que polua o ar. [...] Mas por outro lado, *A* poderia apresentar um argumento mais consequencialista. [...] Desse modo, *A* apela às consequências do ato de *B* como um argumento de que *A* tem direito a que o ato não seja praticado. Sem dúvida, este apelo às consequências não converte seu argumento original num argumento de política. Se pensássemos assim, estaríamos incorrendo no erro de pressupor que, como os argumentos de política voltam nossa atenção para as consequências de ter ou não uma regra específica, qualquer argumento que volte nossa atenção para as consequências deve ser um argumento de política.

A indústria, por sua vez, pode alegar que o indivíduo não tem direito à proteção que pleiteia, uma vez que, caso deferida, as consequências que enfrentaria com a descontinuidade da atividade seriam muito mais graves que aquelas enfrentadas pelo indivíduo. Assim, alegaria possuir um direito abstrato concorrente, de forma que Dworkin (2010) aponta que o argumento ainda seria de princípio, e não de política, uma vez que o cerne da questão se refere à existência ou não de um direito individual face às consequências

decorrentes do reconhecimento desse direito. Em outros termos, trata-se de verificar a existência de um direito concreto face a direitos abstratos concorrentes:

B pode dizer, por exemplo, que ninguém pode ter um direito de ser protegido contra o mau uso da propriedade se o custo dessa proteção à saúde econômica da comunidade for muito alto, e em seguida pode acrescentar que, como sua fábrica emprega a maioria da força de trabalho da comunidade, o custo de proteção de *A* seria por demais elevado. Agora poderia ser mais tentador afirmar que a decisão dos legisladores era uma questão de política, e não de princípio, mas ainda assim isso seria um erro. A questão que o legislativo tem diante de si continua sendo a de saber se, pesados todos os prós e contras, *A* tem o direito que reivindica. Se [...] a resposta a essa pergunta depende de algum cálculo das conseqüências, isto não altera a natureza da pergunta que se está tentando responder. [...] Se se pretende que um argumento responda à questão de saber se uma parte tem ou não direito a um ato ou uma decisão política, o argumento será então um argumento de princípio, apesar de totalmente conseqüencialista em seus detalhes. É evidente que o crítico de um argumento de princípio talvez venha a dizer que se trata de um mau argumento de princípio, exatamente porque apela a conseqüências. (DWORKIN, 2010, p. 455-456).

Não obstante, apesar de considerar que se trata de um argumento de princípio, embora conseqüencialista, o autor parece apontar que, ao menos no caso do custo de alteração das fábricas ser viável, porém superior à desvalorização imobiliária da região, poderia ser um erro privilegiar a argumentação de *B*, uma vez que estaria assim sendo conferido um valor muito reduzido – ou mesmo nenhum valor – ao direito abstrato do indivíduo.

Por outro lado, um argumento de política não enfrentaria a questão dos direitos das partes. Ao contrário, colocaria de lado a questão dos direitos, e apreciaria se a decisão seria compatível com as metas coletivas, como por exemplo o desenvolvimento econômico da comunidade. Trata-se, entretanto, de uma diferenciação sutil: na argumentação principiológica as conseqüências são utilizadas como um dos parâmetros para averiguar os direitos envolvidos, ao passo que na argumentação política parte-se de forma direta para uma avaliação da compatibilidade da decisão com as metas coletivas, ainda que com a realização de uma análise custo-benefício.

Sobre esse ponto, Dworkin (2010) menciona, em resposta a um de seus críticos, que não estava sendo percebida (pelo crítico) a diferença entre um argumento de política e um argumento de princípio que tenha por base considerações de consequência. Assim, observando a necessidade de preservação da equidade, destaca que às vezes “as considerações de consequência que decorrem dos interesses de outras partes irão afetar, independentemente, a força da reivindicação de direito ou a força da liberdade [...]. Às vezes, os interesses de outros serão grandes o suficiente [...] para invalidar um direito abstrato” (DWORKIN, 2010, p. 472-473).

O autor vai além, destacando, quanto às questões pertinentes a deontologia, utilitarismo e o papel das considerações consequencialistas, que:

Poucas pessoas defendem uma teoria dos direitos rigorosamente deontológica. Assim, a maior parte dos juízes irá pensar que [...] os argumentos consequencialistas têm um papel a desempenhar na definição das dimensões desses direitos. Eles podem, contudo, defender uma grande variedade de teorias diferentes sobre o papel que as considerações consequencialistas podem apropriadamente desempenhar. [...]

Alguém pode rejeitar todas as formas de utilitarismo e, ainda assim, atribuir um lugar importante às considerações de consequência nos argumentos sobre os direitos. Alguém poderia pensar que as pessoas têm um direito à consideração dos outros, de onde se depreende que os outros não podem lhe causar um grande prejuízo em troca de ganhos relativamente pequenos para si mesmos, ou que não podem se abster de livrá-las de um grande prejuízo se estiverem em condições de fazê-lo com poucos riscos para si próprios. Este direito abstrato tornará as considerações de consequência relevantes sempre que o ato ou a omissão de uma pessoa possa resultar em graves consequências para o bem-estar dos outros, mas a teoria pode insistir em uma grande variedade de distinções que tornarão diferente o papel das consequências em diferentes situações. Pode configurar um padrão mais elevado de cuidado ou sacrifício quando o risco de prejuízo voltar-se mais para pessoas do que para a propriedade, por exemplo [...] (DWORKIN, 2010, p. 480-482).

Com essa argumentação, Dworkin (2010) deixa clara a importância da apreciação das consequências das decisões para a jurisdição. Retornando ao exemplo da indústria poluente que, por outro lado, é a responsável pelos empregos da comunidade, ou de uma indústria que pretende construir uma pequena central hidroelétrica para geração de energia, afetando os vizinhos que se dedicam à agricultura, destaca que:

Fica claro que nosso juiz levará em consideração a importância dos empregos para a comunidade, o custo e consequente ineficiência de adaptar a fábrica para que possa funcionar sem a energia oferecida pela represa, as fontes alternativas de irrigação para o demandante, bem como fatores não-consequencialistas que também afetam a questão do respeito, como a questão de saber se o lote do vizinho já estava sendo usado para fins industriais quando o demandante resolveu dedicar-se à agricultura. (DWORKIN, 2010, p. 485).

Todavia, nesses mesmos casos as decisões poderiam ser amplamente diversas caso fossem dirigidas por argumentos de política. A título de exemplo, o autor transmite a mensagem que, caso o objetivo político seja a redução dos preços dos alimentos em relação aos produtos manufaturados, os argumentos de princípio associados aos direitos das partes – inclusive o direito ao emprego, por exemplo – não apresentariam a mesma força, uma vez que nesse caso haveria uma política deliberada de privilegiar a atividade agrícola.

6.3 As abordagens de Coase (1960) e Dworkin (1977)

Claramente a análise desenvolvida por Dworkin (1977) em *Taking Rights Seriously* – apresentada na seção anterior através da tradução para o português editada em 2010 – utiliza um exemplo apresentado anteriormente em *The Problem of Social Cost*, publicado no ano 1960 em *The Journal of Law and Economics* por Ronald H. Coase, vencedor do prêmio Nobel em Economia em 1991 por sua descoberta e clarificação da significância dos custos de transação e direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia.

Em regra, o artigo de Coase (1960) é normalmente lembrado por estabelecer, em essência, que, havendo externalidades²⁰, se as partes envolvidas puderem negociar livremente, sem custos de transação, a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, seria alcançado, por meio da negociação, um acordo eficiente no qual essas externalidades seriam internalizadas.

Entretanto, a versão original do artigo de Coase (1960) apresenta sutilezas que não são reproduzidas por essa visão sucinta. Para apresentar essas sutilezas, optamos por apresentar trechos de uma tradução ao português realizada em 2008 sobre o artigo original e publicada em *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*.

Primeiramente, Coase (1960) considera os fatores de produção como *direitos*. Assim, o proprietário poderia realizar apenas uma determinada lista de ações, uma vez que seus direitos não seriam ilimitados. Entretanto, em consequência do exercício desses direitos, haverá custos incidentes sobre terceiros:

Uma razão final para o fracasso no desenvolvimento de uma teoria apropriada para enfrentar o problema dos efeitos prejudiciais deriva de um conceito equivocado de fator de produção. Este é, geralmente, pensado como uma entidade física que o empresário adquire e usa (um pedaço de terra, uma tonelada de fertilizante), em vez de o direito de realizar certas ações (físicas). Nós podemos nos referir a uma pessoa que possui terra e que a utiliza como um fator de produção, mas o que, realmente, o proprietário possui é o direito de realizar uma definida lista de ações. Os direitos do proprietário não são ilimitados. [...] O custo de exercer um direito (de usar um fator de produção) é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito [...]. (COASE, 2008, p. 36).

Entretanto, Coase (1960) não entra na questão de como os direitos são estipulados. O cerne de sua proposição é que, a partir de uma clara estipulação de direitos, as partes podem alcançar soluções eficientes na ausência de custos de transação.

²⁰ Grosso modo, compreende-se como externalidade o custo ou benefício imposto a terceiros em decorrência da realização de uma atividade na qual não estão envolvidos.

Acerca do tema, Mankiw (2004) apresenta um exemplo prosaico, porém ilustrativo, das afirmações de Coase (1960). Trata-se do caso em que um dos vizinhos tem um cão de estimação que por vezes late à noite, e o outro deseja paz e sossego. Na ausência de custos de transação, e estando os direitos bem delimitados: (i) ambos poderão negociar para atingir a solução eficiente – a qual será eficiente de Pareto (a solução pode, até mesmo, envolver indenização para que um deles se mude da vizinhança); e (ii) a solução eficiente será alcançada *independentemente da alocação inicial de direitos*.

Evidentemente, do ponto de vista de cada uma das partes, faz toda a diferença saber se há o direito de possuir um cão que por vezes late à noite (caso em que o vizinho incomodado com o ruído despenderá recursos para que a solução eficiente seja alcançada), ou se o direito à paz e sossego está assegurado em todas as noites (caso em que será o dono do cão quem deverá arcar com esses custos).

Entretanto, a teoria microeconômica aponta que problemas surgem quando os direitos não estiverem bem definidos:

Desde que haja direitos de propriedade bem definidos com relação ao bem que gera a externalidade – não importa quem tenha esses direitos de propriedade –, os agentes podem trocar a partir da sua dotação inicial para alcançar uma alocação eficiente de Pareto. Se quisermos estabelecer um mercado na externalidade para encorajar a troca, isto também funcionará.

O único problema surge se os direitos de propriedade não estiverem bem definidos. Se A acreditar que tem o direito de fumar e B acreditar que tem direito ao ar puro, temos dificuldades. *Os problemas práticos com externalidades geralmente surgem devido à má definição dos direitos de propriedade.*

[...] Os casos em que os direitos de propriedade estão mal definidos podem levar a uma produção ineficiente de externalidades – o que significa que haveria um meio de fazer com que ambas as partes melhorassem modificando-se a produção de externalidades. (VARIAN, 2000, p. 616, *itálico do autor*).

Nesse âmbito, importa destacar a ótica de Coase (1960), que aponta que a função precípua dos tribunais não se relaciona à prescrição de condutas, mas à estipulação dos direitos envolvidos:

As razões utilizadas pelos tribunais na determinação dos direitos vão, freqüentemente, parecer estranhas para um economista, porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, do ponto de vista econômico, irrelevantes. [...] Mas deve ser lembrado que a questão imediata encarada pelos tribunais não é o que deve ser feito por quem, mas quem tem o direito de fazer o quê. É sempre possível modificar, através de transações no mercado, a delimitação inicial dos direitos. E, é claro, se tais transações no mercado são sem custo, tal realocação de direitos sempre irá ocorrer se levar a um aumento no valor da produção. (COASE, 2008, p. 12).

Por outro lado, Coase (1960) considera ser aparentemente desejável que as cortes considerem as conseqüências de suas decisões:

Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as conseqüências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais conseqüências ao exercerem sua competência decisória. Ainda quando se faz possível alterar a delimitação legal de direitos através das transações no mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos em sua realização. [...]

O problema que enfrentamos quando lidamos com atividades que causam efeitos prejudiciais não é o de simplesmente coibir os responsáveis por elas. O que tem de ser decidido é se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano. Num mundo em que há custos para se realocar os direitos estabelecidos pelo sistema jurídico, as cortes estão, de fato, nos casos que envolvem a causação de incômodos, tomando uma decisão acerca do problema econômico e determinando como os recursos devem ser empregados. Foi sustentado que as cortes têm consciência disso e que, ainda que de forma não explícita, fazem, com frequência, a comparação entre o que se ganharia e o que se perderia com a proibição das atividades-fonte de efeitos prejudiciais. Mas a delimitação de direitos é, também, resultado de disposições legais. (COASE, 2008, p. 15,22).

Nesse contexto, o autor aponta a possibilidade de que a tentativa de eliminação de danos em uma determinada situação poderá acarretar mais prejuízos que a deficiência originalmente existente.

Com efeito, Coase (1960) ilustra esse aspecto apresentando uma importante questão que envolveu a Inglaterra quando da utilização das locomotivas a vapor (as antigas “maria-fumaça”, como eram aqui conhecidas). As fagulhas dessas locomotivas produziam incêndios nas áreas rurais adjacentes às vias férreas, destruindo inclusive plantações agrícolas. Na Inglaterra, a solução foi estabelecer que apenas os prejuízos inferiores a £ 100 (e, mais tarde, inferiores a £ 200) seriam, mediante determinadas condições, ressarcidos. Sobre esse problema, Coase (1960) demonstrou que, sob determinadas condições de resultados, custos e danos por incêndio, a opção por responsabilizar as companhias que operavam os trens por todos os danos causados poderia acarretar a inviabilidade do empreendimento muito embora, sob o cômputo geral, a prestação dos serviços ferroviários fosse eficiente do ponto de vista global face ao valor dos serviços prestados.

Trata-se de um problema curioso cuja solução não é trivial, mas que foi apontada de forma brilhante por Coase (1960). Ocorre que, no cenário em que não há indenização, os agricultores deixariam de cultivar as terras às margens das vias férreas – afinal, não seriam indenizados caso um incêndio ocorresse²¹. Contudo, mesmo contabilizando a perda econômica decorrente da falta de utilização da terra às margens das ferrovias e de eventuais

²¹ Observa-se, a propósito, que os agricultores seriam as partes com as melhores condições de conhecer a região que pode ser atingida por fagulhas em determinada propriedade em função de suas condições topográficas e de regime de ventos, por exemplo. Uma forma de esses conhecimentos serem utilizados na decisão de escolher o limite seguro pelas plantações seria por meio da concessão de incentivos aos próprios agricultores para assim procederem. No caso, esses incentivos foram conferidos pela não indenização dos incêndios.

incêndios que esparsamente poderiam vir a ocorrer mesmo com a menor utilização da terra, o valor dos serviços ferroviários prestados suplantaria todos os custos envolvidos²².

Por outro lado, se a operadora dos serviços ferroviários passasse a ser responsável por todo incêndio decorrente de suas atividades, os agricultores não teriam nenhum incentivo para deixar de cultivar terras às margens da via férrea. Nesse caso, a magnitude das perdas seria significativamente maior. Não apenas os incêndios se multiplicariam, como também, nesse cenário, não seria suficiente que os ganhos líquidos da operadora suplantassem o *lucro líquido* perdido dos agricultores em decorrência do não cultivo de uma faixa de terra. Ao contrário, os ganhos deveriam suplantiar os *custos brutos* de todo o cultivo que viesse a ser perdido pelos incêndios, o que é significativamente mais oneroso. Nesse caso, a empresa simplesmente não teria condições de arcar com todas as indenizações que seriam devidas.

Desta forma, o transporte ferroviário deixaria de existir, muito embora, do ponto de vista econômico, fosse uma atividade eficiente. Em outras palavras, a decisão dos agricultores em cultivar as terras vizinhas à via férrea não consideraria os custos adicionais que essa ação acarretaria sobre terceiros – no caso, a empresa de transportes.

Assim, a solução ótima do ponto de vista da eficiência seria por *não* tornar as empresas de transporte responsáveis pelas indenizações – solução que foi de fato empregada no caso da Inglaterra.²³ Com efeito, a solução da não responsabilização pode ser crucial para possibilitar o desenvolvimento do sistema ferroviário, fazendo todo o sentido do ponto de vista da eficiência geral, especialmente se levado em consideração a importância do desenvolvimento do sistema de transportes para o país.

Contudo, Coase (1960) não aborda a questão da distribuição de renda entre as partes, uma vez que seu foco é a obtenção da situação eficiente. Muito embora as receitas da empresa de transporte fossem suficientes para suplantiar os custos pela não utilização de terras ou de incêndios esparsos, Coase (1960) não adentra a questão de como uma parte dessas receitas poderiam ser realocadas da companhia de transporte para os agricultores.

Do ponto de vista de Dworkin (2010), esses argumentos seriam de política, mas não de princípio. Muito embora a viabilização das ferrovias faça todo o sentido do ponto de vista da coletividade, deve-se considerar a perspectiva de um produtor rural que, muito embora tenha tomado todas as precauções, teve o infortúnio de que um grande número de

²² Coase (1960) aponta que esse cenário seria diverso, caso fossem outros os parâmetros utilizados na análise do problema. Assim, alterando-se as configurações de custos e de prejuízos, poderia ser concluído que a ferrovia não deveria ser construída.

²³ Observado o limite de £100 (e, posteriormente, de £200), estipulado talvez para resguardar os pequenos agricultores, uma vez que, nesse caso, deixar de cultivar às margens da via poderia ser inviável, pois poderia comprometer a maior parte do cultivo da propriedade, dentre outras hipóteses.

fagulhas dispersadas por fortes ventos tenha culminado com um gigantesco incêndio em sua propriedade, que destruiu por completo não apenas a plantação, mas a própria sede da propriedade, que ali existia por décadas antes mesmo do surgimento das locomotivas e das vias férreas. Enfim, o agricultor poderia se encontrar, subitamente, em uma situação de ruína financeira, gerando expressivas dificuldades para o próprio sustento da família, sem que tenha direito a qualquer indenização. E, o que é pior, em um contexto no qual inexistia não apenas a possibilidade de contratação de um seguro contra esse tipo de evento, mas também de um mecanismo que transferisse a renda das empresas que exploravam o transporte ferroviário a esse indivíduo, muito embora *houvesse* renda suficiente no sistema para tanto²⁴. Desta forma, é mais claro observar que a discussão do problema como um todo em *The Problem of Social Cost* é uma discussão de política, mas não de princípios. Trata-se, enfim, da questão da *distribuição* de recursos na solução eficiente que *não* foi abordada por Coase (1960).

Coase (1960), inclusive, compreende a questão referente aos direitos envolvidos. Por esse motivo, ressalta que a escolha entre as alternativas em apreciação deve ocorrer em termos amplos, de forma que todas as esferas da vida sejam levadas em consideração. Com efeito, os problemas da teoria econômica do bem-estar serão, ao final, enfrentados no âmbito de um estudo da estética e da moral:

A análise em termos de divergências entre os produtos privado e social concentra-se nas deficiências particulares existentes no sistema e tende a fomentar a crença de que qualquer medida capaz de remover a deficiência é, necessariamente, desejável. Tal enfoque desvia a atenção das outras mudanças no sistema, as quais estão, inevitavelmente, associadas com as medidas corretivas; mudanças que podem muito bem produzir mais prejuízos do que a deficiência original. [...] Porém, é, obviamente, desejável que a escolha entre alocações sociais distintas para a solução dos problemas econômicos deva ocorrer em termos mais amplos e que o efeito total dessas alocações, em todas as esferas da vida, deva ser levado em consideração. Como Frank H. Knight tem, freqüentemente, enfatizado, os problemas da teoria econômica do bem-estar dissolver-se-ão, no final, num estudo da estética e da moral. (COASE, 2008, p. 35).

A partir desse ponto, adentramos no aspecto que desejamos aqui destacar. A abordagem econômica de Coase (1960), em suma, concentra-se da obtenção de um resultado econômico global que seja eficiente. No caso particular da ausência de custos de transação, a solução eficiente poderia ser alcançada independentemente da parte à qual sejam alocados os direitos. Evidentemente, muito embora essa alocação de direitos possa ser irrelevante no que se refere à obtenção final de uma situação eficiente do ponto de vista global, ela afeta significativamente as posições das partes, que realocarão recursos entre si a partir da forma

²⁴ Afinal, como foi ressaltado, o valor dos serviços de transporte ferroviários suplantaria todos os custos, mesmo aqueles referentes a incêndios esparsos. Caso esses custos não fossem suplantados, a solução não seria eficiente.

como esses direitos foram estabelecidos. Mas, apesar de apontar que seria benéfico que as cortes examinassem as conseqüências de suas decisões, Coase (1960) não prescreve como essa alocação de direitos deve ocorrer. É nesse ponto que se inicia a análise de Dworkin (2010).

Assim, Dworkin (2010) se volta, precipuamente, à questão de descobrir os direitos das partes em uma determinada situação concreta face a legislações, jurisprudência e história constitucional existentes em um determinado momento. Dworkin (2010), portanto, não reaprecia problemas originalmente propostos por Coase (1960), mas expande sua análise de forma a abranger a alocação inicial de direitos, ainda que, para tanto, considere – como *sugerido* por Coase (1960) – as conseqüências das decisões judiciais no âmbito de uma análise principiológica fundamentada em argumentos de princípio, mas não de política.

6.4 Entre deontologia e axiologia: a análise principiológica pode ser consequencialista?

O cerne da discussão acerca da apreciação das conseqüências no processo cognitivo para o provimento jurisdicional está, mais profundamente, relacionado à própria discussão sobre o caráter deontológico ou axiológico do Direito, abordado no capítulo 4 deste texto.

A esse respeito, compartilhamos a visão de Almeida (2008) segundo a qual, em essência, o utilitarismo representa uma das vertentes axiológicas, na medida em que o conceito axiológico fundamental está relacionado à idéia de “bem”. Apesar da existência de diferentes valores na sociedade, o “bem”, sob o utilitarismo, seria alcançado por meio da maximização desses diferentes valores por meio de sua expressão em uma unidade comum de referência – como a utilidade, a eficiência ou a riqueza.

Assim, há dois aspectos intrínsecos ao utilitarismo que merecem ser destacados. O primeiro refere-se ao fato de que, por buscar o bem para toda a coletividade, e não para pessoas individualmente consideradas, violações de direitos individuais seriam admitidas. O segundo é relativo ao fato de que, sob o utilitarismo, intrinsecamente impõe-se a todos os indivíduos de uma sociedade plural a mesma concepção de “bem”.

Por sua vez, o conceito deontológico fundamental está relacionado não à noção de “bem”, mas à idéia de “dever-ser”, incorporando a noção kantiana de separação entre Direito e Moral. Afinal, há que se levar em consideração a grande pluralidade de concepções morais na sociedade, de forma que, no processo de cognição jurisdicional, deve ser preponderante a noção de “dever”, e não as concepções morais do julgador, uma vez que não há por que

considerar que a sua moral deva prevalecer sobre a moral de outras parcelas da sociedade. Ao contrário, a pluralidade de uma sociedade pode ser encarada como uma de suas riquezas, e não como uma de suas deficiências.

Nesse contexto, o conflito entre diferentes perspectivas morais ocorre, primeiramente, no decorrer do processo legislativo, e o resultado final desse processo deve ser harmonizado com os princípios constitucionais que, em uma sociedade democrática de Direito, devem resultar de extenso e abrangente agir comunicativo, como bem apresentado por Habermas (1989).

Assim, a adoção da ótica deontológica e subsequente rejeição ao utilitarismo mostra-se compatível com o reconhecimento de uma sociedade plural. Acerca dessa questão, é oportuno observar as manifestações de John Rawls (1999, p. 25), importante constitucionalista dos Estados Unidos:

Justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. The reasoning which balances the gains and losses of different persons as if they were one person is excluded. Therefore in a just society the basic liberties are taken for granted and the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests.

Não obstante, observa que, mesmo sob a perspectiva deontológica, haveria espaço para a apreciação das consequências:

[...] utilitarianism is a teleological theory whereas justice as fairness is not. By definition, then, the latter is a deontological theory, one that either does not specify the good independently from the right, or does not interpret the right as maximizing the good. (It should be noted that deontological theories are defined as non-teleological ones, not as views that characterize the rightness of institutions and acts independently from their consequences. All ethical doctrines worth our attention take consequences into account in judging rightness. One which did not would simply be irrational, crazy.) Justice as fairness is a deontological theory in the second way. For if it is assumed that the persons in the original position would choose a principle of equal liberty and restrict economic and social inequalities to those in everyone's interests, there is no reason to think that just institutions will maximize the good. (Here I suppose with utilitarianism that the good is defined as the satisfaction of rational desire.) Of course, it is not impossible that the most good is produced but it would be a coincidence. The question of attaining the greatest net balance of satisfaction never arises in justice as fairness; this maximum principle is not used at all. (RAWLS, 1999, p. 26-27).

Mais especificamente, de acordo com Rawls (1999), as teorias deontológicas são definidas como não teleológicas, o que não significa dizer que essas teorias sejam caracterizadas por apreciar o caráter justo ou adequado de atos independentemente de suas consequências. Ademais, vai ainda além, classificando como irracionais e insanas as práticas que não apreciariam as consequências na apreciação da correção (*rightness*) do ato.

Trata-se, assim, de uma visão similar a de Dworkin, abordada nas seções 5.2, 6.2 e 6.3 deste texto, para quem poucas pessoas defenderiam uma teoria de direitos rigorosamente deontológica, uma vez que os argumentos consequencialistas têm um papel a desempenhar na definição das dimensões desses direitos. Em síntese, a posição de Dworkin – que, em vários aspectos, é criticada, por exemplo, por Leiter (2004) – aponta que a apreciação das consequências faz parte do processo de conhecimento dos direitos das partes sob a ótica segundo a qual todos têm direito a igual respeito e consideração. Trata-se, enfim, de apreciar um direito individual com outros direitos concorrentes de outros indivíduos face às consequências decorrentes do reconhecimento desse direito.

O cerne da posição de Dworkin é muito bem expresso por Benvido (2010, p. 266):

Ronald Dworkin stresses, on the one hand, the counterfactual premise of a community of principles where individuals behave with equal concern and respect and, on the other, the principle of integrity in adjudication, according to which every case must be judged in accordance with a coherent interpretation of all applicable principles of a political community, thereby demanding the consideration of all relevant circumstances of the case. [...] Dworkin seeks to investigate the realm of adjudication as founded upon a deontological standpoint by, first, assuming beforehand the existence of valid norms originated from a political community and, second, rationally reconstructing them as a means to provide the right answer.

Nesse âmbito, as consequências do reconhecimento de um direito individual aos direitos concorrentes de outros indivíduos mostram-se como uma das circunstâncias relevantes do caso em análise.

Em suma, entendemos que a apreciação de consequências no processo de aplicar direitos abstratos ao caso concreto, conferindo-lhes efetividade, não retira o caráter deontológico intrínseco à prestação jurisdicional. Entretanto, por mais que se busque uma abordagem estritamente deontológica, haverá sempre, face às restrições e fragilidades intrínsecas a todas as atividades humanas, a presença de componentes subjetivos das cortes a influenciar as decisões.

As cortes sempre se depararão com questões absolutamente complexas, como as relativas aos limites de risco aceitáveis à vida humana, à extensão da proteção ambiental em um mundo em constante transformação, ao grau de proteção a ser conferida ao consumidor de forma a prevenir abusos de direito, dentre diversas outras possibilidades. Apenas a obrigação de expressar em termos monetários o custo da perda de uma vida no âmbito de uma ação de danos morais face à necessidade de dissuadir eventos que ocasionem essa perda mostram claramente o desafio colocado ao Judiciário.

Particularmente complexo é o caso da indústria poluente comentado por Dworkin (2010). Para conferir efetividade aos direitos abstratos das partes, deve-se buscar conhecer a extensão do dano à saúde em decorrência da poluição, bem como os impactos à comunidade caso a operação da indústria seja inviabilizada. Como mensurar adequadamente essas questões? Afinal, há uma grande margem de incerteza na apreciação do problema, uma vez que se trata de parâmetros que simplesmente não podem ser aferidos objetivamente de forma precisa. Não obstante, em casos complexos é que surge de forma mais premente a necessidade de uma avaliação criteriosa das consequências. Muito embora a Economia não aprecie direitos subjetivos, pode fornecer subsídios de grande relevância ao processo cognitivo a ser enfrentado.

Quanto aos temas que acarretam reflexos significativos para a economia nacional – como, por exemplo, nos casos de ajuizamento de múltiplos processos sobre uma mesma questão contra o Poder Executivo –, a apreciação de consequências é ainda mais importante, como também o é a reafirmação dos direitos individuais envolvidos. Não obstante, a denegação de direitos existentes face à magnitude das consequências representaria, em essência, nada mais que um gigantesco processo de transferência coercitiva e indevida de renda dos litigantes para o Estado, o que não se configura como aceitável. Evidentemente, questões referentes à governabilidade devem ser consideradas na forma de execução das sentenças, que poderiam ser, eventualmente, sujeitas a uma moderada modulação temporal, desde que sob critérios razoáveis, de maneira que, na medida do possível, os pagamentos ocorram de forma contracíclica, observando o hiato existente entre o produto e a estimativa do produto potencial da economia.

Além desse aspecto, o pagamento às ações poderia, a partir de uma ação de governo, ser viabilizado por meio de, por exemplo, realocação de recursos orçamentários ou arrecadações tributárias – processo que, inclusive, torna transparente o processo de correção da distribuição de recursos no âmbito da sociedade. A esse respeito, há que se observar que, sob o ponto de vista da Ciência Política e da Economia, uma expansão da arrecadação tributária apresentará reflexos tanto do ponto de vista eleitoral como também das expectativas de elevação do produto interno. Não obstante, o que não seria aceitável seria a opção de, simplesmente em decorrência de efeitos transitórios sobre o produto – os quais poderiam ser atenuados inclusive por adequadas medidas fiscais e monetárias – negar direitos devidos, o que equivaleria a um enriquecimento flagrantemente sem causa da sociedade face aos litigantes então indevidamente prejudicados.

Enfim, há uma grande diversidade de questões sobre as quais textos criteriosos, elaborados por autores que abordam questões do Direito sob o prisma da Economia, podem fornecer subsídios relevantes que estão distantes de serem evidentes. Quanto a esse ponto, remeto às questões apresentadas na seção 3.5, em que são mencionados aspectos do trabalho desenvolvido por Jolls; Sunstein; Thaler (1998), cuja abordagem é significativamente diversa daquela apresentada originalmente em *Economic Analysis of Law*, de 1973. Sua argumentação demonstra ponderação e equilíbrio, o que não impede os autores de apresentarem prescrições relevantes ao Direito. Torna-se, assim, um bom exemplo da importância do acompanhamento dos trabalhos divulgados pela vertente *Law & Economics* que em uma primeira análise não demonstram conflito com a concepção deontológica do Direito.

Por sua vez, Sunstein (1999) traz à tona uma importante discussão quanto a três aspectos essenciais: a importância da Análise Econômica do Direito; a autonomia do Direito; e os limites da atuação das cortes frente a instâncias administrativas quando da apreciação de questões técnicas que envolvem análises custo-benefício, questão que, ademais, se revela ainda atual em um contexto de respeito aos direitos das partes.

6.5 Uma questão relevante: qual a extensão da apreciação de conseqüências em um ambiente de respeito a direitos individuais?

Nesse ponto, é importante retomar o exemplo fornecido na introdução deste texto, no qual foi apresentado um caso que mostra a extensão em que as decisões judiciais podem influenciar o comportamento humano. Trata-se, em essência, de uma decisão judicial que, buscando proteger direitos individuais, foi aparentemente considerada como “injusta” por uma parcela da população, podendo assim ter resultado em uma *menor* proteção aos indivíduos e contribuído para que pudesse ocorrer até mesmo uma sensação de angústia em auxiliar pessoas acidentadas com gravidade, face ao temor de que uma ação praticada sob o manto da solidariedade fosse compreendida como ensejadora de prestação de indenizações relevantes no âmbito de um processo civil. Não se pretende aqui, contudo, trazer uma solução para o problema, mas tecer considerações a respeito.

É oportuno observar, inicialmente, algumas das dificuldades enfrentadas pelos julgadores. Apesar de Dworkin (2010, p. 397) mencionar expressamente que propõe uma estratégia para decisões judiciais fundadas em princípios que atentem para as suas conseqüências, inclusive para terceiros, o autor não traça claramente quais os limites em que

esses terceiros serão considerados, nem em quais circunstâncias, muito embora entenda que a perseguição de objetivos sociais que podem acarretar perdas para determinados grupos ou pessoas seja característico de argumentos de política, não de princípios. O problema é que essa compreensão não contribui para a elucidação clara da questão.

A dificuldade reside na constatação de que, sob a ótica de Dworkin (2010, 472-473), as consequências que decorreriam do reconhecimento de um direito irão afetar a força da reivindicação desse direito, de maneira que os interesses de outros indivíduos poderão ser grandes o suficiente para invalidar um direito abstrato. É por esse motivo que entendemos ser relevante a pergunta referente aos limites no espaço e no tempo para a averiguação dessas consequências.

Consideramos que, apesar de encaminhar adequadamente a questão, Dworkin (2010) não se aprofunda na resposta à indagação que ora apresentamos e, talvez, nem pudesse fazê-lo. Afinal, por mais que a construção da prestação jurisdicional possa ser orientada por teorias muitas vezes desenvolvidas de forma brilhante pelos filósofos do Direito, que buscam traçar características desejáveis de atuação por um juiz ideal, esta nunca deixará de ser uma atividade eminentemente revestida de grande subjetividade.

Não obstante, há alguns poucos aspectos que gostaríamos de destacar.

O **primeiro** aspecto é a necessidade de preservação do valor do “outro”, por mais distante que seja esse alguém. O preceito segundo o qual todos são objeto de igual consideração e respeito deve ser apreciado de forma ampla, não circunscrito apenas às partes envolvidas na relação processual, de forma a contemplar até mesmo sujeitos de direitos distantes da comunidade em que a lide se desenvolve.

Ocorre que, subjetivamente, o fato de não se visualizar ou de não se manter uma relação concreta ou direta com o *outro* pode resultar em uma depreciação de sua importância. Basta considerar um exemplo no qual uma pessoa presencia uma situação em que ocorra grave violação de direitos fundamentais e, em consequência, coloca-se imaginariamente no lugar das pessoas envolvidas, e se aflige profundamente com a situação. Caso, por outro lado, tenha apenas a notícia de que fato idêntico tenha ocorrido em país localizado em parte distante do planeta, em região remota e desconhecida, com a qual não tenha afinidade, a percepção da gravidade do evento, possivelmente, será outra.

Essa percepção, que involuntariamente diminui o *outro* em algum grau, possivelmente poderá também estar subjetivamente presente na atuação do juiz que, longe de ser ideal, concentra sua atenção nas partes que, por meio da leitura e apreciação do processo, passam a estar *próximas* a ele. O juiz passa a conhecer seus argumentos e sua história, e passa

a estar envolvido e a se identificar com os pontos de vista de uma e de outra parte. Entretanto, na medida em que os direitos do *outro* sejam diminuídos – uma vez que se encontra, assim, *distante* do julgador, que não lhe conhece e pode não lhe ter afinidade –, rompe-se a concessão de igual consideração e respeito aos sujeitos de direitos.

Esse é o motivo pelo qual os direitos do *outro* – que, embora distante, está presente – devem afetar a força dos direitos das partes da relação processual. Isso, como bem apontado por Dworkin (2010), não transforma o argumento de princípio em argumento de política, uma vez que não se pretende alcançar uma meta ou objetivo social desvinculado dos direitos individuais envolvidos.

Mais especificamente, essa argumentação, de nenhuma forma, valida a tese segunda a qual ganhos sociais permitem o sacrifício de direitos individuais. Reafirma-se, portanto, nossa argumentação, manifestada na seção anterior, referente ao julgamento das grandes questões de política econômica.

O **segundo** aspecto a ser destacado refere-se à maneira em que o grau de confiança quanto aos efeitos de uma decisão e a quantidade de pessoas envolvidas devem ser levados em consideração pelo julgador.

Naturalmente, quanto mais distantes os efeitos, mais complexa é sua estimação. Em contrapartida, a existência de um grande número de indivíduos que terão seus direitos em uma situação de *risco* – uma vez que os efeitos da decisão são incertos – deve ser também considerada. O conceito de que a todos deve ser deferida igual consideração e respeito deve ser incorporado na análise, o que não significa dizer que o direito fundamental de um indivíduo deva ser sacrificado em prol de ganhos de outros, mas apenas que a forma de concretizar direitos abstratos em situações em que há grande número de pessoas afetadas e em que os efeitos sejam incertos é significativamente mais complexa do que poderia ser imaginado à primeira vista.

O **terceiro** aspecto a ser destacado está diretamente relacionado à dificuldade que foi mencionada no parágrafo anterior. Trata-se da compreensão, naturalmente intuitiva, de que, quanto maiores forem as dificuldades enfrentadas pelo julgador, melhores devem ser os subsídios para a compreensão da questão. Nesse contexto, as sutilezas e a força da argumentação desenvolvida em trabalhos criteriosos sob a ótica da *Law & Economics* não poderiam, *a priori*, ser desconsiderados.

Ressalte-se aqui que, em nosso entendimento, a Análise Econômica do Direito não é sinônimo de maximização de riqueza, ou de eficiência, ou de utilidade. Eventualmente,

autores ainda defendem essa maximização, mas muitos não o fazem. Ao contrário, expõem explicitamente as limitações referentes a essas técnicas.

Mais do que isso, muitos trabalhos considerados como integrantes da vertente *Law & Economics* não procedem a maximizações de nenhuma espécie, mas antes trazem textos que apresentam uma força argumentativa que afasta o leitor da obviedade e que podem, de uma forma ou de outra, trazer um pouco de luz e conhecimento sobre questões e temas complexos que são enfrentados pelo Direito. Essa foi a intenção de apresentar, por exemplo, o capítulo 3 e suas seções, o qual pretendeu indicar algumas das abordagens de um campo acerca do qual a Academia Jurídica, primordialmente, não deveria mostrar distanciamento, mas antes proximidade quanto às análises que vêm sendo construídas de forma a identificar aquelas cuja aplicação ou incorporação seja cara ao Direito.

6.6 As relações entre política (*policy*) e Direito

Trata-se de uma distinção importante. Uma das críticas apresentadas por Coleman (1984), mencionadas anteriormente no item 5.1, aponta que, na visão do economista, as cortes teriam vantagens comparativas para promover a eficiência, ao passo que o Legislativo seria o ente adequado para redistribuir os ganhos decorrentes da maior eficiência. No entanto, essa seria uma inversão de papéis, uma vez que seria do Legislativo – que inclusive estaria mais aparelhado para tal – a tarefa de promoção da eficiência, e das cortes a tarefa de apreciar os direitos das partes.

A questão apontada por Coleman (1984) na verdade reforça o grande inter-relacionamento entre política – aqui entendido no sentido da denominação *policy* – e Direito. Ocorre que, em princípio, as atividades do Legislativo tipicamente expandem ou restringem direitos, observados os limites representados pelos direitos constitucionais assegurados, sendo que, mesmo nas alterações constitucionais, devem ser respeitados os princípios intrínsecos à Constituição, de forma a, inclusive, preservar sua consistência interna.

Para proceder à alteração de direitos, é importante que o Poder Legislativo avalie o efeito de suas ações sobre a sociedade em geral e sobre indivíduos em particular. Como exemplo, pode-se observar o caso da elaboração de textos legislativos voltados à proteção ao consumidor. Sobre o tema, há que se destacar que textos que acarretem obrigações manifestamente desproporcionais ao fornecedor de bens ou serviços pode, ao invés de propiciar uma maior proteção ao consumidor, contribuir para uma expansão dos preços praticados, gerando assim efeitos prejudiciais cuja magnitude pode ser inesperada.

Enfim, o fato é que há uma grande liberdade de ação – embora evidentemente não ilimitada – para a consecução de objetivos sociais. Por outro lado, as cortes não têm essa flexibilidade: as regras e princípios estão dados, e o âmbito de atuação dos juízes deve se limitar à faixa de incerteza quanto ao conhecimento dos direitos envolvidos.

A diferença entre o processo jurisdicional e o legislativo é bem apontada por Benvindo (2010), que ressalta que o controle da observância do requisito de igual consideração e respeito é alcançado tanto por meio de procedimentos que integram as minorias ao debate, como também por mecanismos de controle sobre a atividade legislativa existente no âmbito do processo eleitoral e da atuação dos grupos de pressão. No caso do processo legislativo objetiva-se, por meio de argumentos de política, alcançar objetivos sociais, ao passo que, no processo jurisdicional, pretende-se obter uma decisão quanto aos direitos alegados pelas partes com base em argumentos de princípio e na aplicação da melhor interpretação possível do caso em questão:

[...] adjudication is in a different position from legislation. Whereas the last leads to political decisions [...] with legitimate procedures of rational decision that guarantee the space of discourse to all groups interested in manifesting their claims, as we can see in the safeguards for minority representation, adjudication leads to decisions rooted in principles and, as such, intended to establish an individual right. The “equal concern and respect” that is the basis of Dworkin’s principle of integrity is therefore translated into two dimensions. In the realm of legislation, arguments of policy are the primary focus, for the question here is to make decisions that satisfy the community. In this case, the control of “equal concern and respect” is achieved through procedures for integrating the minority into the debates, on the one hand, and through mechanisms for controlling the legislature’s activity, such as the elections or pressure groups, on the other [...]. In the realm of adjudication, in turn, the focus is on arguments of principles, for now the focus is not on satisfying the collectivity, but rather on making a decision that indicates and justifies whether the legal right claimed by an individual is appropriate to the case based on a comprehensive and exhaustive interpretation of the legal norms and precedents. The judge’s constraints, therefore, reside in the observance of the democratic procedure of legal rights development and in the claim to coherently improve it by applying the best interpretation possible to the case at issue.

Indeed, this is one of the major subject matters Dworkin continuously reinforces in his texts: legal norms cannot be confounded with policies, for this confusion erodes the firewall between legislation and adjudication. (BENVINDO, 2010, p. 268-269).

Apesar, contudo, de ser necessária uma barreira (*firewall*) entre as decisões legislativas e jurisdicionais, deve-se ponderar que essa separação nem sempre é clara. As cortes, até com certa frequência, adentram o terreno da produção de normas. Para verificar esse aspecto, basta, por exemplo, percorrer as mais diversas súmulas e orientações jurisprudenciais exaradas por nosso Tribunal Superior do Trabalho, para verificar que muitas de suas manifestações se aproximam de textos legislativos.

Com efeito, nas situações em que a lei é omissa em relação a fatos concretos, o juiz deve empreender todos os seus esforços para decidir quais eram, à época, os direitos envolvidos. Entretanto, o processo de descobrir o direito pretérito muitas vezes se assemelha, para todos os efeitos, à produção de novo direito.

Apenas com a finalidade de apresentar um exemplo, pode-se mencionar a questão envolvendo as disposições constantes do art. 27 da Lei nº 9.868 (Brasil, 1999a), que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade – ADIN e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, e do art. 11 da Lei nº 9.882 (Brasil, 1999b), que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Essencialmente esses dispositivos estabelecem que, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos de sua decisão ou estipular que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Assim, do ponto de vista de um observador externo, esse tipo de hipótese seria muito semelhante à produção de direito novo a vigorar a partir de uma data específica²⁵.

Essa aparência é tão forte que é, frequentemente, denominada como “ativismo judicial”, sendo usualmente manifestado o entendimento – que, eventualmente, pode ser adequado – de que o Judiciário está, de fato, invadindo área de competência do Poder Legislativo.

Enfim, o que se deseja argumentar é que nem sempre são claros os limites de atuação de um e de outro Poder, e exatamente nessas áreas limítrofes difusas as decisões judiciais apresentam um certo componente de elaboração de política (*policy*), no qual a necessidade de apreciação de consequências às decisões – à semelhança da construção de políticas em geral – é ainda mais clara.

²⁵ Pode-se ainda mencionar que as decisões do Supremo Tribunal Federal em ADINs, ADCs e ADPFs ocorrem no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, produzindo efeitos de caráter geral, oponíveis *erga omnes*. Entretanto, exatamente o mesmo tipo de decisão, sem o efeito *erga omnes*, pode ser proferida no controle difuso de constitucionalidade, relacionado à apreciação constitucional de casos concretos, inclusive por juízes do primeiro grau de jurisdição. Também nesse caso, a decisão proferida pode ser muito similar à produção de direito novo.

7 OPERADORES DO DIREITO, ECONOMIA E ECONOMISTAS

É oportuno apresentar ainda as principais considerações do eminente economista Ronald Coase (1978) sobre as incursões realizadas por economistas em outras ciências sociais, como o Direito, Ciência Política, Sociologia, Psicologia e outras, e as conclusões que traça acerca desse processo.

O autor se mostra essencialmente cético quanto à atuação sustentada do economista em outras áreas das ciências sociais, o que traz ainda mais desafios aos profissionais não economistas das ciências sociais. Assim, consideramos conveniente detalhar essa sua visão, e indicar como foi alcançada, apesar de o próprio autor mencionar expressamente em seu artigo que se trata de tema acerca do qual seus conhecimentos não são profundos.

Um dos aspectos apontados por Coase (1978) refere-se às divergências entre o próprio conceito de Economia. Algumas conceituações restringem seu escopo ao estabelecer que a Economia é o estudo da operação de organizações econômicas, as quais, por sua vez, são arranjos em regra sociais que lidam com a produção e distribuição de bens e serviços. Outras, por sua vez, são significativamente mais amplas, apontando que a Economia é a ciência que estuda o comportamento humano em relação a objetivos e recursos escassos os quais podem ser utilizados de diferentes formas.

Entretanto, Coase (1978) menciona que, de forma alguma, uma abordagem desenvolvida para explicar o comportamento humano no sistema econômico será igualmente bem sucedida em outras ciências sociais. Para tanto, será necessário conhecimento especializado que provavelmente não será adquirido por aqueles que trabalham em outros campos, e deverá ser considerado que uma teoria apropriada para a análise de outros sistemas sociais presumivelmente precisará incorporar aspectos que lidem com importantes inter-relacionamentos existentes nesses sistemas:

But it by no means follows that an approach developed to explain behaviour in the economic system will be equally successful in the other social sciences. In these different fields, the purposes which men seek to achieve will not be the same, the degree of consistency in behaviour need not be the same and, in particular, the institutional framework within which the choices are made are quite different. It seems to me probable that an ability to discern and understand these purposes and the character of the institutional framework (how, for example, the political and legal systems actually operate) will require specialized knowledge not likely to be acquired by those who work in some other discipline. Furthermore, a theory appropriate for the analysis of these other social systems will presumably need to embody features which deal with the important specific interrelationships of that system. (COASE, 1978, p. 208).

A seguir, Coase (1978) menciona em seu artigo que uma das principais razões pelo desenvolvimento aparentemente mais expressivo da Economia em relação às demais ciências sociais seria decorrente da possibilidade de utilização do dinheiro como forma de mensuração e avaliação de problemas, como que argumentando que esse aspecto contribuiria para o desenvolvimento de ferramentas de análise bastante sofisticadas, além do fato de que informações essenciais como preços e rendas estão facilmente disponíveis, viabilizando a realização de testes de hipótese.

Levando em consideração que o artigo foi escrito há mais de trinta anos, essa ponderação não se sustenta com a mesma força, uma vez que outras formas de análise foram aprimoradas, como é o caso da própria teoria dos jogos, que não requer necessariamente a utilização do dinheiro como forma de alcançar resultados fortes e relevantes, além do fato de que vários problemas enfrentados não envolvem, necessariamente, a utilização da moeda. Não obstante, essa curta ressalva não afeta a validade e significância das demais conclusões de Coase (1978) em seu artigo.

O autor aponta que o sucesso dos economistas em sua atuação em outros campos da ciência social, apesar das deficiências dos economistas quanto ao conhecimento desses campos, é um sinal de que esses profissionais possuiriam certas vantagens em lidar com problemas dessas disciplinas. Uma delas seria o fato de que o estudo da Economia tornaria mais difícil ignorar fatores claramente importantes no sistema social em estudo. Por exemplo, um economista não entraria no debate quanto à possibilidade de penas maiores reduzirem crimes ou não; ele simplesmente tentará responder a questão estimando o efeito, positivo ou negativo, das penas em relação aos crimes.

Aqui, é oportuno um parêntese. Embora a questão não tenha sido detalhada no artigo, deve-se destacar que há diversos artigos que de fato efetuam essas mensurações, como Ehrlich (1973), Witte (1980) e Virén (2000), apenas para citar alguns. O aspecto importante a ressaltar é que as análises econométricas utilizam como dados de entrada o comportamento de diversas variáveis que atuam em conjunto e, em essência, “filtram” a participação de cada uma delas, permitindo ao analista o conhecimento da contribuição de cada uma para o resultado final. Como exemplo, Virén (2000) destaca que a Finlândia reduziu significativamente e de forma continuada a duração das penas a crimes patrimoniais, de modo que foi possível analisar a resposta dessa ação quanto à ocorrência de crimes. Como diversas outras variáveis também apresentaram modificação no período, foi necessária uma análise econométrica que as analisasse em conjunto. Essas outras variáveis eram, por exemplo, a duração da jornada de trabalho (no caso da Finlândia, houve expressivo decréscimo do

número anual de horas trabalhadas com o conseqüente aumento do tempo livre), a probabilidade de detecção de crimes (estimada a partir da relação entre o número de condenações para um determinado tipo de crime e o número de ocorrências para esse mesmo crime, a qual apresentou redução no período), a variação da renda per-capita, a evolução do desemprego, e diversas outras. A contribuição individual das variáveis mostrou que o aumento do tempo livre contribuiu para o aumento dos crimes patrimoniais per-capita; que a redução da probabilidade de detecção de crimes apresentou efeito no mesmo sentido; que a redução das penas atuou na mesma direção. Contudo, o aspecto interessante é que cada um desses fatores de contribuição para o aumento dos crimes patrimoniais per-capita foi efetivamente calculado, juntamente com suas respectivas significâncias estatísticas (seria necessário um curso de econometria para demonstrar os motivos pelos quais esses fatores podem ser isolados e a forma como essa filtragem é feita). O aspecto central, contudo, é que se trata de uma análise bastante *objetiva*, que *não* busca indagar quais seriam, por exemplo, as motivações psíquicas ou subjetivas subjacentes que levaram o indivíduo a desencadear o comportamento criminoso.

Enfim, feito esse extenso (mas importante) parêntese, Coase (1978) menciona que, apesar da análise do economista poder falhar por não adentrar em problemas encontrados nas demais ciências sociais, seu trabalho frequentemente pode ser útil. Por outro lado, destaca que, se a principal vantagem do economista para as outras ciências sociais é simplesmente uma nova forma de olhar o mundo, seria difícil acreditar que, uma vez que essa “sabedoria” seja reconhecida, os profissionais das demais áreas das ciências sociais, por si só, não a incorporassem em suas atividades.

Em outras palavras, a tendência é a de que esses profissionais de outras ciências sociais adquiram, por si mesmos, os conhecimentos necessários para a realização dos trabalhos conduzidos por economistas em áreas estranhas à Economia.

De fato, de acordo com Coase (1978), essa mudança já estaria ocorrendo no campo da Ciência Política e do Direito, mencionando que alguns de seus profissionais têm adquirido os simples, mas valiosos, resultados que a Economia tem a oferecer. Dessa forma, os economistas terão perdido sua vantagem comparativa ao enfrentar competidores que conhecem com mais profundidade seus respectivos campos de estudo. Nesse contexto, provavelmente apenas excepcionais economistas poderiam ser capazes de trazer alguma contribuição efetiva a essas áreas.

Nesse sentido, a incursão de economistas em outras ciências sociais seria um movimento temporário, ao contrário do que pode ocorrer em outro contexto, qual seja, o

estudo das ciências sociais com o objetivo de compreender seus reflexos sobre o sistema econômico. Esse tipo de estudo, conforme Coase (1978) passaria a ser uma atividade não temporária, mas permanente, do economista.

Trata-se, enfim, do reverso da moeda, uma vez que, sob essa perspectiva, o economista buscaria, nas outras ciências sociais, subsídios para obter uma compreensão mais realista do funcionamento dos mercados e da economia em geral. Esse é o caso, inclusive, do estudo dos efeitos do sistema legal sobre a eficiência econômica. Depreende-se da visão de Coase (1978) que essa é uma situação muito distinta daquela em que o economista pretende adentrar no mérito das atividades tipicamente jurídicas.

Assim, conclui: “*For this reason, I think we may expect the scope of economics to be permanently enlarged to include studies in other social sciences. But the purpose will be to enable us to understand better the working of the economic system*” (COASE, 1978, p. 211).

Poderá haver quem considere tal afirmação de Coase (1978) inconsistente com a visão expressa em seu relevante trabalho *The Problem of Social Cost*, de 1960, já abordado na seção 6.3, que foi inclusive comentado e complementado por Dworkin (1977).

Enfim, há uma sutileza cuja observância é fundamental: Coase (1978) essencialmente considera que a *Economia* é importante para o Direito, não os *economistas* – ao menos, não necessariamente. A análise que realiza dispõe expressamente que o caminho natural é o de que os próprios profissionais do Direito, pressionados pela concorrência dos economistas, engajem, por si próprios, no estudo dos resultados da Economia. Nesse ponto, estarão em vantagem competitiva, pois também deterão os conhecimentos especializados típicos de sua própria área de atuação. Até lá, de acordo com Coase (1978), a atuação de economistas com a finalidade de contribuir ao desenvolvimento do Direito ocorrerá de forma transitória.

Mais especificamente, depreende-se que as abordagens como as apresentadas por Coase (1960) em *The Problem of Social Cost* devem ser levadas em consideração na manifestação jurisdicional, mas que seja efetuada incorporando *expertise* que não dificilmente será de domínio de economistas – os quais não têm como objetivo a realização de análise criteriosa dos direitos subjetivos envolvidos no caso concreto. Independentemente de considerações quanto à qualidade de seu trabalho, esse é o tipo de análise desenvolvida por Dworkin (1977), que permite a incorporação dessa *expertise*.

Por esse motivo, considero existir um desafio adicional ao estudo jurídico. Trata-se da necessidade de incorporação de abordagens e ferramentas típicas da Economia ao

estudo do Direito, de forma a viabilizar a compreensão de fenômenos que podem se revelar importantes para o aprimoramento do processo cognitivo em casos complexos.

Não obstante, não deve ser menosprezada a expressiva dificuldade para incorporar disciplinas de uma ciência social no currículo acadêmico de outra. Sobre essa questão, foi apresentada na introdução deste texto uma interessante ponderação de Leal (2010), que aponta que há dificuldades cognitivas muito sérias na interação de ciências distintas, uma vez que cada uma delas tem suas peculiaridades distintivas, eventualmente inadequadas para utilização em outros cenários, de maneira que nessa interação pode haver conflito de interpretações e de atribuições de sentido. Além desses aspectos, pode haver a mera resistência psicológica em adentrar um campo com o qual o estudante ou pesquisador não se identifique, ainda que o reconheça como necessário.

Entretanto, todos esses aspectos não reduzem, mas antes reforçam, a necessidade de engajamento das academias jurídicas nesse esforço.

8 CONCLUSÃO

Na segunda metade do séc. XX, foram publicados nos Estados Unidos artigos e livros que abordaram extensivamente o relacionamento entre as ciências do Direito e da Economia, e que geraram não apenas forte reação contrária por parte dos profissionais do Direito, mas também o desenvolvimento, de forma sustentada, da vertente denominada “Análise Econômica do Direito” ou “*Law & Economics*”.

Entretanto, esse ramo do conhecimento não se mostra uniforme quer quanto às premissas, quer quanto aos resultados preconizados. Há abordagens da *Law & Economics* que utilizam apenas resultados tradicionais da Economia, bem como outras que incorporam, por exemplo, resultados da teoria dos jogos, da economia comportamental, e de outras inovações correlatas. Há também desde autores que defendem que as decisões judiciais devam ser guiadas pela busca da maximização da utilidade, da riqueza, ou da eficiência econômica, como outros que ponderam que esses são aspectos cuja observância pelas cortes é relevante embora não mandatória face à existência de diversas outras questões a serem apreciadas.

Não obstante, frequente o termo “Análise Econômica do Direito” é associado apenas ao pensamento de Richard Posner apresentado em 1973 na volumosa obra *Economic Analysis of Law*, ignorando até mesmo a mudança de posicionamento do próprio autor, ocorrida anos mais tarde. Apesar de o referido trabalho ter estimulado de forma significativa as discussões acerca do inter-relacionamento entre Direito e Economia, sua elevada assertividade associada a fragilidades e inconsistências do ponto de vista filosófico – apresentando argumentações que se pretendiam propositalmente isentas de outras considerações relacionadas a direitos individuais – contribuiu para que, principalmente fora dos Estados Unidos, ocorresse não apenas uma franca rejeição à sua tese, mas também uma persistente estigmatização dessa vertente que prejudica o acompanhamento e avaliação de importantes e criteriosos trabalhos recentes que, mesmo empregando outras abordagens e fundamentações, tratam do assunto.

Desta forma, além da expressiva complexidade filosófica para tratamento das intrincadas questões envolvendo Direito e Moral; deontologia e axiologia; princípios e consequencialismo, há ainda uma barreira comunicativa oriunda não apenas dos diferentes discursos empregados por ciências sociais distintas, mas também do próprio rótulo em si mesmo atribuído aos trabalhos que tratem simultaneamente de Direito e Economia.

Acerca desse ponto, seria profícuo observar o Tributo prestado por Richard Posner (2007a) a Ronald Dworkin, que aponta a consideração e respeito por partidários de

correntes que, embora antagônicas, permitem que se influenciem reciprocamente. Certamente, esse é o tipo de exemplo a ser incorporado pela Academia, sobretudo quando há fortes evidências da relevância de seus trabalhos.

Nesse ambiente, não causa surpresa que o eminente economista Ronald Coase (1978), prêmio Nobel em economia no ano de 1991, tenha manifestado seu entendimento que a *Economia* é importante para o Direito, mas não necessariamente os *economistas*. Ocorre que os economistas não têm o mesmo tipo de preocupações que afligem os profissionais das demais ciências sociais em suas respectivas áreas, e não dispõem da *expertise* necessária para apreciar as especificidades e dilemas dessas áreas. Mais especificamente no campo do Direito, pode-se ponderar que os economistas não necessariamente desenvolverão suas atividades com a necessária atenção às sutilzas relacionadas à proteção de direitos subjetivos abstratos e com o compromisso aos direitos individuais.

De acordo com Coase (1978), as atividades dos economistas em outras ciências sociais com o propósito de compreender sua influência sobre o sistema econômico, de forma a obter uma compreensão mais realista do funcionamento dos mercados e da economia em geral, deve ser uma atividade permanente, do economista. Esse é o caso, inclusive, do estudo dos efeitos do sistema legal sobre a eficiência como forma de aprimorar os modelos de análise econômica.

Por outro lado, as incursões dos economistas em outras ciências com o objetivo de aprimorá-las seria apenas *transitoriamente* necessária. Esse período transitório se estenderia até que se tornasse clara, aos profissionais das outras ciências sociais, a importância da incorporação, ainda que com adaptações, de resultados relevantes da Economia e de sua forma de abordagem aos problemas. Uma vez reconhecida essa necessidade, os próprios profissionais dessas ciências, com a vantagem comparativa do conhecimento que detém em suas próprias áreas, seriam os mais indicados a, por si só, apreenderem, por meio de estudo, os resultados, ferramentas e técnicas da Economia que lhe interessarem. Trata-se, assim, de um movimento importante, e que traz um grande desafio à Academia Jurídica. Não obstante, há razões seguras para que seja devidamente enfrentado.

Refiro-me aqui à necessidade de utilização da Economia para apreciação das consequências dos provimentos jurisdicionais em um contexto de preservação dos direitos individuais. A discussão acerca da adequação de abordagens consequencialistas e não-consequencialistas vem sendo travada não há décadas, como argumentado por um dos autores citados, mas há séculos; e possivelmente não haverá uma resposta confortável que não seja permeada pela fluidez das análises profundamente subjetivas exaradas por aqueles que sentem

todo o peso da responsabilidade e das limitações humanas na deliberação de casos complexos que afetam um grande número de indivíduos de forma contundente.

Nesse âmbito, apontaria humildemente a discussão encaminhada no capítulo 6 deste texto, que longe de contribuir a esse debate, meramente indica razões pelas quais o processo cognitivo para a prestação jurisdicional não poderia deixar de utilizar como subsídios ponderações obtidas por meio de métodos que vem sendo desenvolvidos há diversas décadas por competentes e esforçados profissionais da Economia, ponderações essas que, muitas vezes, estão muito distantes de ser evidentes.

Enfim, um sucinto percurso pelos textos originais dos grandes homens e mulheres que, com sua dedicação e esforço, vem construindo as ciências e –, nesse caso particular, as ciências da Economia e do Direito – permite a observação de sutilezas que, com o passar dos anos e das décadas, vão sendo lastimavelmente esquecidas pela Academia. Este trabalho, talvez, nada mais seja do que um convite à releitura de textos já debatidos para que essas sutilezas e detalhes surpreendentes ganhem cores mais vivas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versión Castellana por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fábio P. L. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para Uma Teoria Hermenêutica Democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 493-516, jul-dez. 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=1&IDSubCategory=186>>. Acesso em: set. 2011.

BENVINDO, Juliano Z. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Heidelberg: Springer, 2010.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 dez. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: nov. 2011.

CALABRESI, Guido. An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, 1980. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/>. Acesso em: out. 2011.

CASTRO, Marcus F. Julgar a Economia. **Revista do TST**, Brasília, v. 68, n.1, p. 190-203, jan-mar. 2002. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadots/Rev_68/68_1/revista68-1dt14.pdf>. Acesso em: out. 2011.

_____. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma Abordagem Pós-Neo-Clássica. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 74, p. 10-18, ago-set. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/index.htm>. Acesso em: out. 2011.

CHINASMACK. **Bystanders Only Help After Old Man Says He Fell By Himself**. [S.l.]. 2009. Disponível em: <<http://www.chinasmack.com/2009/stories/bystanders-only-help-after-old-man-says-he-fell-by-himself.html>>. Acesso em: out. 2011.

_____. **2-Year-Old Girl Ran Over by Van & Ignored by 18 Bystanders**. [S.l.]. 2011a. Disponível em: <<http://www.chinasmack.com/2011/videos/2-year-old-chinese-girl-ran-over-by-van-ignored-by-18-bystanders.html>>. Acesso em: out. 2011.

_____. **Lady Who Helped Little Girl Run Over by Van Rewarded 25K**. [S.l.]. 2011b. Disponível em: <<http://www.chinasmack.com/2011/stories/lady-who-helped-little-girl-run-over-by-van-rewarded-25k.html>>. Acesso em: out. 2011.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

_____. Economics and Contiguous Disciplines. **The Journal of Legal Studies**, v. 7, n. 2, p. 201-211, June 1978

_____. O Problema do Custo Social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>> Acesso em: nov.2011.

COLEMAN, Jules L. Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. **Ethics**, p. 661-679, Jul. 1984.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 3rd ed. Reading, Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. **Journal of Political Economy**, n. 81, p. 521-565, 1973.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.**, 467 U.S. 837, 1984. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/467/837/case.html>>. Acesso em: out. 2011.

GAROUPA, Nuno. Special issues in Law and Economics. **Portuguese Economics Journal**, v.8, n.3, p.137-139, Dec. 2009.

_____. The Law and Economics of Legal Parochialism. **Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series**. Research Paper n. LBSS11-19, Apr. 2011. Disponível em: <<http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2011/5/Garoupa.pdf>>. Acesso em: out. 2011.

HABERMAS. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471-1550, Mar. 1998

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness Versus Welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KRONMAN, Anthony T. Wealth Maximization as a Normative Principle. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 227-242, Mar. 1980.

LEAL, Rogério G. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM**, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768>. Acesso em: out. 2011.

LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. **The University of Texas School of Law, Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 70, sept. 2004.

MANKIW, Nicholas G. **Principles of Economics**. 3rd ed. Mason, Ohio: Thomson South-Western, 2004

NUNES JÚNIOR, Amandino T. A Teoria Rawlsiana da Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, a. 42, n. 168, p. 215-225, out-dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/573/4/R168-16.pdf>>. Acesso em: out. 2011.

POPPER, Karl. **The Logic of Scientific Discovery**. London: Routledge, 2002

POSNER, Richard A. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

_____. **Economic Analysis of Law**. 7th ed., New York: Aspen Publishers, 2007a.

_____. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**. v. 69, p. 10-14, sept. 2007b. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website__journals__annual_survey_of_american_law/documents/documents/ecm_pro_064583.pdf>. Acesso em: nov. 2011

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre M. e LINHARES, José M. A. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral Analysis of Law. **The University of Chicago Law Review**, v. 64, 4, p.1175-1195, Fall, 1997a.

_____. The Autonomy of Law in Law and Economics. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v.21, 1, p.89-94, Fall, 1997b.

_____. Behavioral Law and Economics: A Progress Report. **American Law and Economics Review**, v.1 n.1/2, p.115-157, 1999.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. Tradução de Ricardo Inojosa e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VIRÉN, Matti. Modelling crime and punishment. **Applied Economics**, v. 33, n. 14, p. 1869-1879, 2001. Disponível em: < http://www.vatt.fi/file/vatt_publication_pdf/k244.pdf>. Acesso em: out. 2011.

WHITE, Mark D. A Kantian Critique of Neoclassical Law and Economics. **Review of Political Economy**, v. 18, p. 235-252, Apr. 2006.

WITTE, Ann. Estimating the Economic Model of Crime with Individual Data. **Quarterly Journal of Economics**, v. 94, n. 1, p. 57-84, 1980.