

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA ALTERNATIVA ANALÍTICA DA ORDEM JURÍDICA

Eliana Lamberti ¹

Guilherme Felipe Ribeiro Gomes Silva ²

RESUMO

Diversos são os doutrinadores e teóricos que tentam compreender melhor o ordenamento jurídico vigente em um determinado território. Sob um viés pragmático, muitos recorrem a novos conceitos e epistemologias que permitem explicar as ciências jurídicas de modo a aumentar a eficiência das normas e regras. A Análise Econômica do Direito (AED) pode ser considerada uma nova “lente” de investigação para averiguar a eficiência das normas e regras. Para tanto, ela utiliza os conceitos das ciências econômicas, mais especificamente da microeconomia, aproveitando o ferramental epistemológico e teórico, para explicar como o sistema de incentivos pode ser modelado de modo a afetar o comportamento dos agentes em sociedade. Nesta perspectiva, o objetivo do presente artigo é discutir os elementos que compõem essa teoria e como esta pode ser aplicada. De modo específico, objetiva-se discutir as premissas básicas e introdutórias do objeto em questão; a perspectiva normativa e positiva; os fundamentos metodológicos e conceitos que fazem a convergência entre Direito e Economia. A pesquisa foi construída a partir de dois caminhos teóricos: a identificação dos textos/autores que inauguram a proposta (como Coase e Posner) e publicações que se traduzem em discussões de vanguarda. O termo *juseconomista* emerge no sentido de institucionalizar a junção teórica e conceitual do direito e da economia. De modo específico, foi possível apreender em que medida conceitos básicos, especialmente da microeconomia, (como escassez, racionalidade, custo-benefício, bem estar social) podem ser apropriados pelo direito de modo a tornar as normas jurídicas mais próximas da realidade do *homo economicus*.

PALAVRAS-CHAVE: Microeconomia; *juseconomista*; Law and Economics.

1 INTRODUÇÃO

O estudo das relações entre Direito e Economia no Brasil é recente e sua importância pauta-se no fato de que, além de ser uma área em contínua evolução, seu enfoque é importante para

¹ Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1999). Especialista e mestre na área de Desenvolvimento Regional pela UFMS, doutora em Economia do Desenvolvimento pela UFRGS. Atualmente é professora titular da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e pesquisadora dos temas relacionados ao desenvolvimento regional, relações socioeconômicas em região de fronteira (Brasil / Paraguai) e Direito & Economia. Integrante dos grupos de pesquisa: Turismo: gestão, planejamento e desenvolvimento (Planged Tur/UEMS), Organizações, Governo e Sociedade, e-mail eliana@uems.br

² Graduando o curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. (UEMS), e-mail gui_intercambio@hotmail.com

explicar a evolução de uma sociedade, fomentar o desenvolvimento econômico e social e melhorar ambiente de negócios. Essa interação pode ser exemplificada por meio das possibilidades conceituais (viés econômico ou jurídico) para se definir mercado e firma. Mercado pode ser entendido enquanto uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca; ou como um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas; e ainda, como uma forma de governar as transações econômicas, e por isso é uma estrutura de governança. A firma pode ser apreendida enquanto uma função de produção, uma sinergia tecnológica que explora economias de escala e escopo; ou como uma estrutura de governança; e ainda, umnexo de contratos incompletos de longo prazo.

A influência recíproca e a complexidade da interação entre Direito e Economia pode ser apreendida nas seguintes palavras:

“O arcabouço legal e seus instrumentos de *enforcement* fornecem um conjunto de incentivos aos tomadores de decisão econômica, definem estratégias e tem efeitos não triviais sobre a eficiência econômica. Arranjos institucionais não são neutros em relação ao uso dos recursos econômicos, como gostariam os economistas para justificar modelos que não contemplam tais especificidades. Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica.” (FARINA, 2005, p. XIII)

Essa interdisciplinaridade está subdividida de diferentes formas e perspectivas. Na perspectiva da análise econômica do direito e das organizações, sobressaem-se nomes como de Coase. Sua abordagem refere-se aos custos de transação que determinam as formas organizacionais e as instituições do ambiente social enfatizando a importância do Direito na determinação dos resultados econômicos. Direito e Economia exercem papel primordial na formação das instituições e organizações que por sua vez influenciam a transformação do sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos.

As instituições afetam a *performance* econômica (e dada a tecnologia empregada) determinam os custos de transação e transformação, logo, tal coordenação econômica restringe as necessidades, preferências e escolhas dos atores econômicos. É possível pontuar as contribuições de Coase da seguinte forma: capacidade de criar instituições que reduzam custos de transação (como custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de propriedade); o Estado tem o papel de criar condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais; os contratos e a relevância dos direitos de propriedade em função de possíveis quebras contratuais, salvaguardas, problemas de inadimplência.

Nesta perspectiva, destaca-se a Análise Econômica do Direito (AED) que propõe entender a

ciência jurídica por meio da interdisciplinaridade e arcabouço epistemológico da ciência econômica na busca pela eficiência dos institutos normativos vigentes. Os principais autores que contribuíram para a fundamentação da AED são Ronald Coase, Richard Posner, Jeremy Bentham, Gary Becker, Guido Calabresi entre outros. Ela engloba diversas teorias que permitem compreender melhor a eficiência da legislação, permitindo ao jurista repensar as falhas de mercado e superar tais problemas, aumentando o bem-estar na sociedade contemporânea. É neste contexto de aproximação do Direito e da Economia que está estabelecido o objetivo geral do presente artigo: discutir os elementos que compõem a AED e como esta pode ser aplicada pelos agentes das Ciências Jurídicas e das Ciências Econômicas. De modo específico e complementar, as próximas páginas apresentam: as premissas básicas e introdutórias do objeto em questão; a perspectiva normativa e positiva; os fundamentos metodológicos e conceitos que fazem a convergência entre Direito e Economia.

Para que estes objetivos fossem contemplados, a presente pesquisa foi construída a partir de dois caminhos teóricos: a identificação dos textos/autores que inauguram a proposta (como Coase e Posner) e publicações que se traduzem em discussões de vanguarda.

2. ASPECTOS GERAIS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Por ser uma teoria proposta por economistas e juristas possui um vasto arcabouço epistemológico baseado nas ciências econômicas (GAROUPA e GINSBURG, 2014, p. 139). Contudo, como forma de complementação e aperfeiçoamento, ela adota conceitos de outras áreas para tentar explicar os fenômenos mercadológicos, psicológicos e jurídicos que ocorrem na sociedade.

A AED é conceituada por Ivo Gico Junior (2014) como a aplicação do instrumental analítico e empírico das ciências econômicas, utilizando principalmente a microeconomia e a economia do bem-estar social para tentar compreender, explicar e prever as consequências fáticas do ordenamento jurídico, não deixando de fora a racionalidade jurídica.

Nesse diapasão, esse método de análise do direito utiliza um amplo ferramental que permite compreender não só o ordenamento jurídico e o comportamento das pessoas frente às normas, como também a resposta dos agentes econômicos frente aos incentivos. Conforme o autor citado, a teoria jurídica é capaz de regular o comportamento dos agentes econômicos através de normas e regras. Por outro lado, a economia consegue compreender como esses mesmos agentes tomam suas decisões e reagem a um mundo de recursos escassos.

Conforme aponta Lionel Robbins, “*a economia é a ciência que estuda o comportamento*

humano como uma relação entre finalidades e meios escassos que têm usos alternativos” (ROBBINS, apud COASE, 2017, p. 1-2). E ainda Coase complementa explicando que a economia é a ciência das escolhas humanas (COASE, 2017, p. 2).

Dessa forma, a análise econômica do direito compreende:

o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” (GICO JR, 2014, p. 1).

A microeconomia é a subdivisão da ciência econômica que estuda e sistematiza os variados padrões de produção e determinação dos preços dos bens e serviços negociados no mercado (PAIVA e CUNHA, 2008, p. 90). É também conceituada como sendo o estudo das escolhas individuais e do comportamento individual dos agentes econômicos, de modo a analisar o funcionamento do sistema, a conduta dos consumidores e produtores, e as estruturas de mercado (PINHO, 2016, p. 13). Dessa forma, é em cima das decisões/escolhas e das estruturas de mercado que a microeconomia realiza seus estudos, buscando entender o comportamento dos agentes econômicos. Portanto, *“se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda a forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão”* (GICO JUNIOR, 2014, p. 13). Logo, a escolha/decisão é extremamente importante para a AED já que essa teoria possui o ferramental necessário para se compreender e analisar melhor as ciências jurídicas. Ela oferece um instrumental teórico maduro que auxilia o operador do direito a compreender os fatos sociais, prevendo como os agentes responderão a potenciais alterações em estruturas de incentivos.

Emerge, dessa discussão, o termo *juseconomista*. Um comparativo entre o jurista e o juseconomista pode ser traçado para a melhor compreensão de como é feita essa análise sobre as normas que servem como incentivos para os agentes. O jurista busca compreender o ordenamento jurídico por meio da interpretação dos dispositivos legais utilizando a hermenêutica³, a fim de extrair o significado das palavras. Já o juseconomista considera o direito como um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os jurisdicionados, que pautam seu comportamento de acordo com tais incentivos. Nesse sentido, a AED aplicada pelo juseconomista investiga as causas e consequências do ordenamento jurídico buscando

³ Conforme ensina Rizzatto Nunes, “a Hermenêutica é a Teoria Científica da Interpretação, que busca construir um sistema que propicie a fixação do sentido e alcance das normas jurídicas.” (NUNES, 2017, p. 300).

prever como os agentes se comportarão diante de uma regra e como reagirão caso a norma seja modificada (GICO, 2014, p. 19).

Assim, a AED possibilita entender o contexto em que o agente econômico está inserido sob um ponto de vista diferente daquele em que o jurista está submetido. Essa teoria complementa os métodos e fundamentos epistemológicos que compõe as ciências jurídicas, de modo a analisar a realidade do contexto econômico e social em que o agente se encontra.

Do mesmo modo que a ciência econômica, o estudo das normas jurídicas pode ser visto por meio de dois ângulos diferentes, o positivo e o normativo. Ao passo que a AED positiva trabalha com a tentativa de descrever a realidade buscando mostrar como as normas jurídicas evoluíram e agregaram eficiência à sociedade diminuindo os custos de transação e fomentando as relações econômicas; a AED normativa extrapola as descrições empíricas e faz julgamentos prescritivos, emitindo pareceres sobre a adequação ou não de regras jurídicas e suas finalidades (POSNER, 2010, p. 10).

Para compreender os institutos jurídicos, a AED realiza a distinção entre *o que é* (ou seja, a análise positiva), e *o que deve ser* (ou seja, a análise normativa). Com relação ao primeiro é utilizado um critério de verdade e o segundo um critério de valor. Para isso, os juseconomistas procuram responder a duas perguntas básicas para compreender essa distinção: “(a) *quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (b) que regra jurídica deveria ser adotada?*” (GICO, 2014, p. 15). Essas perguntas apontadas pelo autor permitem que o investigador realize um diagnóstico da situação em um dado contexto e posteriormente defina um prognóstico, sugerindo alterações na estrutura de incentivos.

Dessa forma, a AED positiva ajudará a compreender o que é a norma jurídica, a sua racionalidade, as inúmeras consequências prováveis decorrentes da adoção de uma regra ou outra, de modo que essa abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados testáveis; e a AED normativa ajudará a escolher as possibilidades mais eficientes, o melhor arranjo institucional dado um valor previamente definido de acordo com uma norma (GICO, 2014, p. 18).

A ideia é possibilitar a investigação dos fatos e da esfera dos valores, permitindo que em um primeiro momento se busque o panorama em que as normas estão inseridas e as suas consequências em um determinado contexto, para só então emitir um juízo de valor definindo alterações nas estruturas de incentivos e no contexto que estão inseridos. Em outras palavras, a proposta da análise econômica do direito é o estudo de um problema, onde em um primeiro momento se identifica quais são seus motivos e consequências para depois achar uma solução

e sugerir modificações.

Para o diagnóstico e prognóstico, evidenciam-se duas perguntas que podem ser feitas a saber, respectivamente “*como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual*” e “*como uma mudança na regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar*” (GICO, 2014, p. 19). Ambas as perguntas permitem orientar o jurista a se guiar na análise econômica do direito, de forma que as respostas encontradas são úteis para definir quais incentivos devem ser alterados para se obter uma melhor eficiência e aumentar o bem-estar social.

3. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E CONCEITUAIS

A metodologia empregada pela AED busca entender o comportamento do agente no ambiente social, partindo da premissa de que, quando ele toma uma decisão considera os custos e os benefícios consequentes de sua ação. Nesse sentido, o estudo dos incentivos (custos e benefícios) é de fundamental importância, pois são eles que determinarão a mudança de comportamento dos agentes econômicos. Ou seja, os custos e benefícios são os incentivos que o agente considera no momento da escolha/decisão. Eles podem ser considerados como o aumento ou diminuição do preço de um produto, a mudança da qualidade na prestação dos serviços ou a modificação da legislação para coibir ou ajustar determinadas condutas em sociedade.

A realidade econômica é constituída pelo pressuposto de que os recursos da natureza são limitados. A limitação desses elementos gera o que é compreendido por escassez, onde nem todos os agentes podem ter acesso a tais recursos nas quantidades que desejam devido a sua limitação, de modo que nem todos podem satisfazer as suas necessidades. O conceito de escassez está ligado diretamente com a questão das escolhas, da eficiência e dos custos de oportunidade. Conforme aponta Pinho, a microeconomia estuda a alocação eficiente dos recursos escassos, de modo a entender a eficiência como a ausência de desperdícios. A escassez de recursos obriga que os agentes façam escolhas (PINHO, 2016, p. 13-14).

As decisões/escolhas, nesse contexto, possuem como pressuposto lógico a escassez. A economia assume que os agentes são orientados pela racionalidade, pois possuem critérios bem definidos, como o caso da análise do custo e do benefício de cada atitude que tomam (PINHO, 2016, p. 14). Assim “*a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes*” (GICO, 2014, p. 19).

Esse postulado pode ser encarado pelo direito com outra roupagem, mas baseado no mesmo fundamento. Se os recursos não fossem escassos não haveria conflito, e por consequência, não haveria a necessidade do direito regulando as ações dos indivíduos. Nessa questão, direito e economia estão interligados de forma que um compreende o problema dos recursos como algo limitador das possibilidades da realidade e o outro como forma de regular as relações interpessoais na sociedade devido ao conflito de interesses.

3.1 A CONDIÇÃO DE ESCASSEZ E A RACIONALIDADE

A condição de escassez para os agentes pressupõe que devem escolher, dentre diversas opções, a que acarretar benefícios maiores, de modo a maximizar a eficiência dos recursos empregados. A economia pressupõe que os agentes são racionais nas escolhas que realizam, sendo que utilizam critérios para comparar o custo e o benefício de uma opção (PINHO, 2016, p. 14). A teoria da decisão/escolha considera os dilemas encarados pelos agentes econômicos quando demandam ou quando ofertam algum bem ou serviço (ARAÚJO JUNIOR e SHIKIDA, 2014, p. 35).

Um dos critérios usados é a análise do custo-benefício que compreende a avaliação de uma situação em que a opção escolhida deve resultar em um benefício maior do que os custos a ela impostos, ou seja, os custos devem ser menores que os benefícios almejados (PINHO, 2016, p. 14). No mesmo conceito, a teoria do consumidor define que os indivíduos buscam maximizar a sua satisfação – utilidade – sempre adstrito a sua capacidade de compra – restrição orçamentária – em um contexto que desejam adquirir bens e demandam-nos (ARAÚJO JUNIOR e SHIKIDA, 2014, p. 35).

Entendida a análise do custo-benefício, temos o que é necessário para compreender o que é chamado de custo de oportunidade. De acordo com Gico Junior, toda escolha pressupõe um custo, um trade off, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas, que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade. (GICO, 2014, p. 19).

Segundo esse postulado, toda escolha pressupõe um custo, que seria algo que foi considerado pelo agente, todavia deixou de fazê-lo por achar a primeira escolha mais apropriada para a situação.

Dizer que algo possui um custo não significa que isto seja sempre um valor pecuniário. Na verdade, para a análise econômica do direito, o custo de oportunidade nem sempre acarretará a perda de valores monetários. Tanto custos quanto benefícios devem ser encarados de forma

mais abrangente, onde o custo de determinada decisão pode ter como critério a moralidade, a honestidade, a liberdade entre outros. Assim, “*os agentes econômicos agem normalmente como se ponderassem os custos e benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, traz-lhes mais bem-estar*” (GICO, 2014, p. 20).

Considerando que os agentes analisam os custos e benefícios de uma determinada decisão, é possível imaginar que, se o paradigma em que o agente está submetido for alterado, sua decisão também será diferente. Conforme Gico aponta “*os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, (...) uma alteração na estrutura de incentivos poderá leva-los a adotar outra conduta (...). Em resumo, pessoas respondem a incentivos.*” (GICO, 2014, p. 20).

Ele também traduz essa ideia para o direito, ressaltando que “*Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos.*” (GICO, 2014, p. 20). Logo, os custos e benefícios são encarados pela AED como incentivos que são analisados pelos agentes econômicos que modificam suas decisões/escolhas por causa deles.

A forma que a ciência econômica encontrou de racionalizar a análise do custo- benefício foi monetizando ambos e no final realizando a diferença entre os valores. Se o valor dos custos for maior que o valor dos benefícios, então não será uma escolha racional a se fazer. Por outro lado, se o valor dos benefícios for maior que dos custos, então essa escolha será racional e valerá a pena pagar por eles. O que acontece com essa parte da teoria não é muito diferente quando é trazida para a AED. Nesse contexto, os custos e benefícios deixam de ser encarados como um valor monetário e passam a ser considerados como possibilidades que podem aumentar o bem-estar social de uma determinada população.

Como escolhas/decisões devem ser realizadas, os agentes econômicos agem como se ponderassem os custos e os benefícios de cada alternativa, escolhendo a opção que, de acordo com o contexto que está inserido, melhor atenda a suas necessidades, aumentando o seu bem-estar.

A princípio, dizer que o agente é racional significa admitir que cada indivíduo possui gostos específicos, o que são denominadas preferências. A teoria econômica não procura compreender o porquê de cada pessoa possuir uma preferência diferente, ela apenas busca compreender os meios empregados pelos indivíduos para conquistarem os seus fins. Ou seja, é o estudo dos comportamentos e não da sua motivação (GICO, 2014, p. 25). Conforme o autor aponta:

A teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados pelas pessoas para alcançarem seus fins (comportamentos) e não sobre os fins que elas buscam (motivação). A existência das preferências é um dado da realidade e para a teoria normalmente estas não são relevantes.

(GICO, 2014, p. 25)

Outra forma de encarar a mesma ideia é entender que cada pessoa atribui uma utilidade a cada escolha possível e é capaz de organiza-las de acordo com as utilidades que lhes surgirem. Dessa forma, cada vez que o indivíduo tiver que escolher/decidir entre várias opções ele optará por aquela que lhe proporcionar maior utilidade, ou seja, a maximização da utilidade (GICO, 2014, p. 25). Extrair utilidade nesse contexto significa que as pessoas podem fazer isso saboreando um bom vinho, dirigindo um carro, fazendo uma viagem entre outras coisas.

Outra forma de compreender essa racionalidade é a análise marginal, que é explicada como o modo pelo qual as pessoas realizam as decisões na margem, ou seja, quando estão incorrendo em certo custo para desenvolver uma atividade, enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida permitir maior benefício do que o custo para desenvolvê-la. Em outras palavras, é a continuidade de uma atividade enquanto ela estiver sendo lucrativa (GICO, 2014, p. 26).

Nesse contexto é importante ressaltar que a teoria econômica, assim como a AED, supõe que os indivíduos se comportam como se fossem racionais, mas não como se de fato o fossem.

Conforme aponta Gico Junior

É importante salientar que a hipótese é que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não que eles efetivamente sejam racionais. A teoria econômica não pressupõe que internamente cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem. (GICO, 2014, p. 26)

Complementa Micaela dizendo que, em muitos casos, é comum que os agentes se comportem de forma diferente do que é considerado racional. Isso se dá por cometerem erros de avaliação dos custos em questão (PINHO, 2016. p. 14).

A análise econômica do direito encara os incentivos como uma forma de compreender e modificar as condutas dos agentes econômicos na sociedade. Por meio do estudo do ordenamento jurídico, o jurista consegue realizar a AED normativa e positiva. Os incentivos são os custos e benefícios de uma ação que determina a escolha/decisão dos agentes. O ordenamento jurídico pode ser compreendido como um fator em comum entre direito e economia. É por meio do direito que o legislador insere incentivos, decidindo quais condutas devem ser valorizadas ou repudiadas. Uma nova lei pode interferir não só nas ciências jurídicas, mas também nas ciências econômicas. Um dispositivo legal que aumenta as penas para crimes contra o patrimônio, um decreto que diminua um tributo, ou uma normativa que proíba a ultrapassagem em faixa contínua são exemplos de incentivos que buscam mudar a conduta dos

agentes.

Conforme se depreende da leitura de Gico Junior, o agente econômico determina sua conduta de acordo com os custos e benefícios existentes em um contexto, sendo que, uma alteração na estrutura de incentivos poderá fazer com que ele escolha adotar uma conduta diferente (GICO, 2014, p. 20). Também, Araújo Junior e Shikida esclarecem que os custos e benefícios são chamados de incentivos, e por isso é fácil perceber que a racionalidade é uma forma de reagir a eles, sendo que diante de diversas opções escolhe-se a que garante o maior benefício líquido (ARAÚJO JUNIOR e SHIKIDA, 2014, p. 34).

Logo, os agentes reagirão aos incentivos normativos impostos pelo Estado. Por serem tão relevantes, merecem uma reflexão mais profunda por parte do legislador. Por meio da AED é possível descobrir quais alterações seriam essas bem como os seus possíveis resultados:

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos. (GICO, 2014, p. 21)

Ademais, conforme aponta Richard Posner, dentro de uma *“perspectiva econômica ou de maximização da riqueza, a função básica do direito é a alteração dos incentivos.”* Para ele, a lei não pode prever impossibilidades, sendo que se o fizer não alterará o comportamento das pessoas. Logo, *“deve-se distinguir entre a ordem impossível e a sanção legal, que só é inevitável porque o custo de evita-la é maior que o de aplica-la.”* (POSNER, 2010, p. 90).

Dessa forma, o direito se encaixa como um sistema de alteração de incentivos e de regulamentação de comportamento, sendo que essas normas devem ser públicas para o conhecimento da população que se quer modificar o comportamento. (POSNER, 2010, p. 91). Além de considerar a escassez dos recursos, a capacidade dos agentes de racionalmente buscar a maximização dos benefícios e diminuição dos custos e ainda que eles respondam aos incentivos, é necessário considerar o contexto em que estão inseridos para saber como os incentivos afetarão em suas decisões.

O contexto é dividido em hierárquico e mercadológico, onde o primeiro trata da interação dos agentes como se fosse regida por regras de um comando, como no caso de uma relação de emprego ou hierarquia militar; e o segundo trata a conduta dos agentes como o fruto da livre

interação entre os agentes, podendo ser uma barganha (GICO, 2014, p. 20).

O contexto social onde as trocas ocorrem por meio de barganhas é chamado de mercado. Nesses locais as trocas nem sempre se traduzem em valores pecuniários. Dessa forma, é possível pensar em outros tipos de mercados como o de ideias, de políticos ou até mesmo de sexo. Afirma ainda que essa ideia significa para a juseconomia como o “*contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação.*” (GICO, 2014, p. 21)

Por outro lado, no contexto hierárquico, onde os agentes terão suas condutas limitadas e regulamentadas por regras de comando, haverá uma imposição de tais incentivos. Dessa forma, os agentes terão sua conduta limitada e conduzida por regras de comando, o que pressupõe certo grau de imposição (GICO, 2014, p. 21).

O contexto mercadológico, em resumo, permite que os agentes tenham maior liberdade para escolher as opções que satisfaçam melhor suas necessidades, de forma que as trocas serão realizadas até o momento que ocorrer o equilíbrio. Por outro lado, o contexto hierárquico traz uma proposta diferente da anterior, onde o agente fica vinculado e tem sua conduta limitada e conduzida por regras de comando.

3.2 EQUILÍBRIO DE MERCADO E BEM-ESTAR SOCIAL

O equilíbrio de mercado é um conceito usado pela AED a fim de aferir quais são os efeitos de uma mudança da estrutura de incentivos em um determinado contexto mercadológico. É necessário compreender que os agentes econômicos adotarão o comportamento racional maximizador sempre que realizarem as escolhas/trocas, sendo que terão como objetivo sair da negociação melhor do que quando entraram.

A teoria explica que as trocas ocorrerão no mercado até o momento em que “*os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas.*” (GICO, 2014, p. 21). Assim, quando esse evento ocorrer o mercado estará em equilíbrio.

Esse equilíbrio de mercado é apontado pelos teóricos como algo que dificilmente ocorreria. Isso porque existem as chamadas falhas de mercado, que impedem que ele seja plenamente eficiente. Problemas como a assimetria de informações, externalidades e limitações dos agentes são exemplos de falhas que impedem seu pleno funcionamento. Por isso, conforme Garoupa e Ginsburg apontam, “*os estudos mais recentes atenuaram a suposição de racionalidade completa dos agentes e têm adotado a hipótese mais realista da racionalidade*

limitada, no contexto da denominada Behavioral Law and Economics.” (GAROUPA E GINSBURG, 2014, p. 140).

Ainda, por meio do comportamento racional maximizador os agentes realizarão trocas até que os custos associados se igualem aos benefícios. É nesse momento que o mercado encontra o equilíbrio. Nesse sentido, o “*equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes.*” (GICO, 2014, p. 21). Assim, quando uma regra é modificada em um contexto que permite a barganha, os agentes realizarão trocas até o momento em que elas lhes forem benéficas. Dessa forma, é por meio da aferição do equilíbrio que o juseconomista pode aferir e prever quais seriam os resultados prováveis caso fossem modificadas algumas partes da estrutura de incentivos do contexto estudado.

A partir do momento que o mercado atinge o equilíbrio, diz-se que ele é eficiente, pois conseguiu eliminar as suas falhas. O termo Pareto-eficiente é utilizado para definir esse tipo de situação. Conforme Gico Junior explica, Pareto-eficiente ocorre quando “*não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem.*” (GICO, 2014, p. 21). Nesse sentido, equilíbrios constituem ótimos de Pareto. Ademais, uma situação Pareto-eficiente nem sempre será justa segundo um critério normativo, ao contrário do que ocorreria em uma situação Pareto-ineficiente, sendo que alguém poderia melhorar a própria situação sem prejudicar terceiros, mas não o fez. (GICO, 2014, p. 21). Ou seja, Pareto-eficiente nem sempre será justo, mas um Pareto-ineficiente sempre será injusto.

Para tanto, as normas devem ser pensadas de acordo com essa função consequencialista, onde os resultados serão analisados para se chegar à de eficiência de uma norma. Dependendo da forma como se encara a norma e o que se espera de resultados será aplicada uma lógica de eficiência diferente. Essa avaliação pode ser feita por meio da aferição do bem-estar dos agentes. O bem-estar individual é aferido pela utilidade que o agente retira de uma determinada decisão, bem como das decisões que poderia ter escolhido e não o fez, ou seja, os custos de oportunidade.

Uma das formas de se pensar a norma é por meio do utilitarismo, que visa a soma simples e não ponderada da utilidade individual. Esse é um dos métodos mais aplicados, todavia não é o mais isento de polêmica. A outra forma de se pensar a norma seria de acordo com o bem-estar social, conceito debatido pelo teórico John Rawls.

A partir do momento que o juseconomista passa a pensar sobre as normas e regras que serão

legisladas para sociedade ele precisa compreender os conceitos fundamentais que norteiam a economia e a juseconomia. Essa discussão que abarca o utilitarismo não é recente. Esse conflito de ideias é travado por William Blackstone e Jeremy Bentham, o qual é abordado por Richard Posner no livro *A Economia da Justiça*.

Para a AED é necessário que a norma jurídica busque o bem-estar social para população ao invés de um utilitarismo. Essa discussão é extremamente importante para a questão da eficiência da justiça. É preciso explicar melhor qual é a relação desses conceitos para não haver dúvidas de que a AED busca o bem-estar social ao invés de uma simples monetização do direito.

Conforme explica, o utilitarismo “*sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado pela sua eficácia na produção de felicidade (...) acumulada por todos os habitantes (...) da sociedade*” (POSNER, 2010, p. 59). Esse método de escolha

possui muitas falhas apontadas pelo autor. Segundo ele, o campo de atuação do utilitarismo é incerto. Primeiro, a felicidade almejada por esse método é difícil de ser mensurada. A felicidade de A pode não ser a mesma que a de B e mesmo assim a teoria seria aplicada se a soma total de felicidades no mundo aumentasse. Ele aponta que não há um método para calcular o efeito de uma decisão ou política na felicidade total das pessoas. (POSNER, 2010, p. 63-66).

Outro ponto que enfatiza é a mitigação de direitos em favor de um pretexto de aumento da felicidade da maioria. Se o aumento de felicidade depender da mitigação da liberdade de escolhas das pessoas, essa será adotada. Ou seja, se o aumento da felicidade da população depender de medidas diferentes, como o cerceamento de direitos, esse será o método que deverá ser adotado.

Conforme Posner aponta, esse problema é chamado de:

perigos do instrumentalismo. Se a maximização da felicidade depender de que as pessoas possam ter propriedades, casar-se com quem bem entenderem, mudar de emprego, e assim por diante, o utilitarista garantia a elas esses direitos. Mas se for possível aumentar a felicidade tratando-se as pessoas cada vez mais como carneiros, então os direitos vão desaparecer completamente. (POSNER, 2010, p. 68).

Também aponta o problema do sacrifício de indivíduos ou minorias em nome de demandas sociais. Conforme ele aponta

se houvesse um grupo de pessoas ao mesmo tempo tão minoritário, tão miserável e tão odiado que seu extermínio aumentasse a felicidade total da sociedade, o utilitarista sério dificilmente poderia condenar o ato, embora tivesse autorizado a chamar a atenção para os custos psicológicos possivelmente impostos às pessoas temerosas de serem exterminadas na

sequência. (POSNER, 2010, p. 70).

Essas foram algumas críticas ao utilitarismo levantadas por Posner. O grande problema desse método é a falta de um filtro moral para a escolha da melhor opção. Sem isso ocorre o que ele chama de aberrações morais, que permitem que o agente tome decisões baseado em uma metodologia que não consegue averiguar eficazmente qual é a melhor opção que garanta a felicidade de todos. Sua elasticidade permite que a opção de escolhas que sacrifiquem minorias ou interesses de terceiros.

Outra forma de pensar isso é através da busca do bem-estar social apontado por John Rawls. A aferição do bem-estar social é realizada pela preponderância absoluta dos agentes com menor utilidade na função de bem-estar social. Existem dois critérios essenciais que a medida adotada deve seguir: a eficiência e a desigualdade de utilidades. Dificilmente é possível obter mais eficiência sem aumentar a assimetria distributiva. Uma norma utilitarista prefere mais a eficiência à igualdade distributiva.

John Rawls foi um importante jurista americano, que se preocupou com questões distributivas e com a efetivação dos direitos humanos. Suas teorias buscavam garantir e efetivar os direitos humanos e os princípios de justiça, sempre contextualizados em um espaço democrático. Esse teórico abordou o tema bem-estar social como uma forma de trazer justiça para a sociedade. Ele adaptou a teoria utilitarista fazendo com que esta busque não só a maximização da eficiência, mas também observe as desigualdades sociais e as minorias. Conforme aponta Alejandro Bugallo Alvarez, o modelo do *laissez faire* da Common Law para o Bem-estar e intervencionismo do New Deal: o sistema jurídico transforma-se num processo politicamente orientado à busca do interesse público geral, à maximização dos interesses do maior número através da legislação e a reinterpretação das doutrinas da Common Law à luz dos novos valores instaurados (ALVAREZ, 2006, p.54-55).

É importante ressaltar que as reflexões de Rawls possibilitam que ele seja considerado como um dos teóricos mais avançados do conhecido Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*). Os critérios principais para criação da teoria foi o desenvolvimento social e da sociedade, de forma a atribuir direitos e deveres aos cidadãos determinando suas possíveis formas de vida, pautando-se nos princípios da justiça/equidade e estabelecendo procedimentos racionais (LEITE FILHO, 2012, p. 11-12).

É comum encontrar críticas à conciliação entre eficiência e justiça. A eficiência, no contexto econômico, busca maximizar os benefícios com os recursos disponíveis empregados pelo agente. Essa visão, muitas vezes é reduzida ao fator pecuniário, que permite monetizar e

quantificar as ações e decisões dos agentes. Por outro lado, a justiça está interligada aos conceitos morais, éticos, filosóficos e subjetivos de uma dada sociedade ou grupo de pessoas. Por ter essa conotação, a AED, que emprega o arcabouço teórico e epistemológico da economia, não se propõe a realizar um juízo de valor das diversas situações encontradas no ambiente jurídico. Ela permite que o juseconomista compreenda melhor as diversas faces de um mesmo problema, ajudando-o a compreender melhor a mesma situação diante de diversos ângulos.

Conforme Gico Junior aponta, *“mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas.”* (GICO, 2014, p. 27).

Todavia, Gico Junior encontra uma saída elegante para retirar essa dúvida da incompatibilidade entre justiça e eficiência. Segundo ele, *“em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.”* (GICO, 2014, p. 27). Ou seja, ele consegue fazer a ponte de ligação que faltava entre justiça e eficiência partindo do postulado de que é injusto o desperdício de recursos e a eficiência seria a forma com que os desperdícios seriam minimizados.

Segundo esse critério, para que uma norma seja justa é preciso que o legislador tenha consciência de que ela deve ser eficiente. Logo, a AED permite essa avaliação. Vejamos:

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) e impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável. (GICO, 2014, p. 28).

Partindo desse pressuposto, não é possível que a AED afirme o que é e o que não é justo, todavia, ela consegue afirmar que todo e qualquer ineficiência é sim uma injustiça, pois, em um ambiente que os recursos são escassos e as necessidades humanas são quase ilimitadas, o desperdício de um recurso pode ser encarado como uma injustiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As paginas anteriores contemplaram o objetivo proposto de discutir os elementos que compõem a AED e como esta pode ser aplicada pelos agentes jurídicos. Para tanto, o termo juseconomista

emerge no sentido de institucionalizar a junção teórica e conceitual do direito e da economia. De modo específico, foi possível apreender em que medida conceitos básicos, especialmente da microeconomia, (como escassez, racionalidade, custo-benefício, bem estar social) podem ser apropriados pelo direito de modo a tornar as normas jurídicas mais próximas da realidade do homo economicus.

Diante de todos os teóricos e argumentos apresentados, é possível dizer que a AED é uma forma alternativa e eficiente que pode ser empregada tanto para a avaliação de normas e regras, podendo ser usada pelo legislativo ou judiciário, como também para a criação de novas normas que atendam as demandas da sociedade.

O uso da microeconomia permite uma compreensão melhor dos custos de oportunidade e analise os incentivos que influenciam a escolha/decisão do agente. Para tanto, o jurista tem a sua disposição um leque de ferramentas que possibilitam entender o campo jurídico e dizer se tais incentivos são os mais adequados para aquela situação. Por meio do conceito de eficiência ele é capaz de saber se um determinado caso atende ou não às demandas sociais da coletividade.

Dessa forma, a AED atende satisfatoriamente às necessidades e demandas do campo jurídico como uma forma diferente de compreender os paradigmas encontrados pelos operadores do direito e economistas.

5. REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações.** Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>, acessado em: 17/08/2018.

ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2014.

COASE, Ronald H.. **A firma, o mercado e o direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

FARINA, Elizabeth M.M. IN: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Análise Econômica e Direito Comparado.** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2014.

GICO JUNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia.** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e**

Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE FILHO, Antonio Henriques Lemos. **Reforma agrária e justiça social no campo:**

elementos para a abordagem a partir da teoria da justiça de John Rawls. 2012, 111 f. Dissertação apresentada na Universidade Federal de Goiás para obtenção do título de mestre em Direito Agrário, Goiânia, 2012. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/Vers%C3%A3o_Final4_1_.pdf>, acessado em 20/08/2018.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao estudo do direito:** com exercícios para sala de aula e lições de casa. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAIVA, Carlos Aguedo Nagel; CUNHA, André Moreira. **Noções de Economia.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2008. p. 1-443.

PINHO, Micaela. **Microeconomia:** Teoria e Prática Simplificada. 3. ed. Lisboa: Silabo, 2016.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça.** Tradução: Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.