

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO*

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

SUSANA CAMARGO VIEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito econômico e desenvolvimento [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Samantha Ribeiro Meyer Pflug, Susana
Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-041-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO*

Apresentação

Apresentação do GT: DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

Evento: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Aracajú, SE.

Honra-nos o convite para a coordenação do Grupo de Trabalho (GT) Direito Econômico e Desenvolvimento feito pela Direção do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) que, neste ano de 2015, completa seus vinte e cinco anos de existência. O evento transcorreu entre os dias 03 a 06 de junho próximo passado. Uma jornada e tanto de árduo e profícuo trabalho iluminando os caminhos da Pós-Graduação em Direito no Brasil. Destarte, cumpriu-nos a fácil e, da mesma forma, difícil tarefa de avaliação e seleção dos artigos submetidos ao GT Direito Econômico e Desenvolvimento. Fácil, porque foi, indubitavelmente, prazeroso ler o trabalho de gente apaixonada pelo nosso, sempre, indispensável Direito Econômico e, por óbvio, difícil, pelo fato de termos que selecionar, dentre os tantos trabalhos submetidos, excelentes trinta e dois artigos. Na tarde da bela Aracaju, em Sergipe, reunimo-nos, apresentamos textos e discutimos academicamente, defendemos teorias e apontamos necessidades de mudanças para a economia nacional indelevelmente dirigida pela Lei de Direito Econômico. Resta, cada vez mais, visível o interesse das Escolas de Direito e dos Programas de Pós-Graduação pelo estudo do Direito Econômico ombreado pela Análise Econômica do Direito apontando para as necessárias soluções de política econômica, normativa e judicial, segundo promissora e eficiente criação e aplicação do Direito Brasileiro.

Há dez anos, desde 2005, o CONPEDI vem trabalhando as áreas do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito em GT´s específicos, sempre, com a submissão de número expressivo de trabalhos acadêmicos. Assim, é notório o interesse dos pesquisadores, estruturando seus grupos de pesquisa, estudando os problemas sócio-econômicos e propondo soluções que extrapolam as discussões na Academia para encontrarem aplicabilidade no mundo real.

Como é de conhecimento geral, a economia brasileira atravessa momento difícil. Por isso mesmo sempre é bom lembrar que nosso mercado é bem público, constitucionalmente protegido. E não poderia haver melhor momento para que nossos estudiosos de Direito Econômico se dediquem a reflexões sobre o papel que esse mesmo Direito Econômico;

enquanto lei e práxis normativo-jurídica, deve e pode desempenhar na busca de um novo modelo de desenvolvimento, de caráter sustentável, que preserve conquistas arduamente alcançadas, mas leve em conta o contexto atual de crise ambiental e social.

Já se disse que nosso Direito e, em especial a Ordem Pública da Economia, veem flexibilizando as relações entre capital e trabalho, trazendo mudanças que precisam ser analisadas sob viés distinto daquele do tradicional direito individualista - que desconsidera a reciprocidade entre os agentes econômicos, sujeitos de direito que precisam de persuasão para tomada de decisão na direção de um ótimo que, se eficiente, não pode desconsiderar todos os valores (variáveis) que se apresentam para o cálculo econométrico-jurídico (quicá ao abrigo do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES)).

Tanto esforço dispendido no estudo do Direito encontra guarida no CONPEDI evento que vem se agigantando a ponto de merecer, agora, reforma institucional. Registre-se, pois, nosso orgulho por ter ouvido pesquisadores de Direito Econômico que buscam tão desejável desenvolvimento. É com prazer que constatamos, neste XXIV CONPEDI, a evolução na qualidade dos artigos apresentados (o que se pode presumir se deva tanto a novos parâmetros estabelecidos pela Organização quanto à conscientização da importância da qualidade da pesquisa por parte de instituições de ensino e de seus docentes e discentes), bem como a continuidade e fortalecimento do fundamental diálogo acadêmico entre (tão) diferentes regiões do Brasil.

Como prova o número de artigos selecionados (depois de rigoroso e competitivo processo) para este GT, afirma-se, na Academia, o papel do Direito Econômico como indutor da única forma de desenvolvimento que se deveria buscar, se o objetivo final for chegar a desenvolvimento justo (tanto inter quanto intragerações), que atenda e preserve interesses de todos e assegure a sobrevivência da vida na Terra o Desenvolvimento Sustentável, fundado no tripé economia, meio ambiente e direitos humanos.

Buscamos aqui organizar os trabalhos de maneira a conduzir a reflexão d(o) (a) leitor (a) sobre o processo de reorganização social hoje vivido (com maior ou menor consciência) não só em escala nacional, mas também planetária. Qual o nosso papel, enquanto Acadêmicos, no desenho desse novo Contrato Social? Qual o papel de antigas (e novas) Instituições? E, mais especificamente, como o Direito pode ser usado para promover e induzir Desenvolvimento?

A ideia não é nova mas tem crucial importância. Em 2012 a LXXV Conferência da International Law Association, que desde a década de setenta vinha discutindo em seus Comitês Internacionais o papel do Direito Econômico na busca do desenvolvimento (no

contexto da decretação, pela Organização das Nações Unidas, das Décadas do Desenvolvimento que levaram à discussão da Nova Ordem Econômica Internacional-NOEI) um longo percurso que começou com a discussão sobre a existência (ou não) de um direito ao Desenvolvimento criou o Comitê Internacional que atualmente discute o papel do Direito Internacional na gestão sustentável dos recursos naturais para o desenvolvimento . Talvez o aspecto mais relevante, nessa discussão, seja o papel do Direito como indutor de comportamentos desejáveis, indo além da obviamente importante preocupação com punir os indesejáveis.

Um rápido olhar sobre o índice deste volume mostra a preocupação de nossos acadêmicos em não apenas analisar e diagnosticar problemas, mas em contribuir para esse processo novos desafios exigem novas soluções. Daí nosso orgulho e satisfação em ver o CONPEDI e mais especificamente, nosso GT - atingindo seu objetivo de tornar-se um canal de discussão, reflexão, e propositura de ideias e soluções, compartilhando-as com as forças jurídico-político-econômicas institucionalizadas em nosso País na busca de nosso tão falado e desejável Bem Comum.

Assim, escolhemos, dentre os trinta artigos apresentados no GT, três grupos de trabalhos que, harmonizados em Capítulos específicos, podem contribuir tanto com a Revista de Direito Econômico do Desenvolvimento quanto com o Livro de Direito Econômico do Desenvolvimento. Assim, distribuímos os artigos em três Capítulos: Direito Econômico e Intervenção Estatal; Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável; e, finalmente, Direito Econômico e o futuro?

Apresentemos, então, os trinta trabalhos submetidos ao crivo público da Academia no harmonioso espaço da Universidade Federal de Sergipe (Capital de povo tão alegre e atencioso para com todos nós).

Ao fazê-lo, desejamos a todos profícua leitura.

Aracajú, SE, 06 de junho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professora Doutora Samantha Meyer Pflug - Uninove

Professora Doutora Susana Camargo Vieira - UIT

Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves UFSC

PARTE I: DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL

AS CLÁUSULAS DE CONTEÚDO LOCAL E A LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA COM ENFOQUE NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL BRASILEIRA

Matheus Simões Nunes

Yanko Marcius De Alencar Xavier

PLANO DE DESENVOLVIMENTO MINEIRO INTEGRADO: OPÇÃO PELO ESTADO REGULADOR OU PELO ESTADO GARANTIDOR?

Giovani Clark

Berenice Reis Lopes

A INTERVENÇÃO INDUTORA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: INCENTIVOS FISCAIS À MINERAÇÃO INDUSTRIAL NO PARÁ E A GARANTIA DE CONTRAPARTIDA À SOCIEDADE

Prudêncio Hilário Serra Neto

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

INFLUÊNCIA DAS NORMAS REGULATÓRIAS NA ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA DE PROJETOS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO PARA O SETOR DE BIOCOMBUSTÍVEIS

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Carolina Schabbach Oliveira Ribeiro

O NOVO MODELO DE DISTRIBUIÇÃO E APLICAÇÃO DOS ROYALTIES DO PRÉ-SAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Francisco Carlos Duarte

Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto

RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA E O DIREITO PÚBLICO PARA A COMPREENSÃO DO MARCO JURÍDICO DO PRÉ-SAL

Rafael Alem Mello Ferreira

REGULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO A PARTIR DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

Karlla Karolinne França Lima

Maria Clara Damião de Negreiros

ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRARREFORMA DO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PETROLÍFERO

Daniele de Oliveira Nunes

A REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL E SEUS IMPACTOS SOBRE O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Gustavo Assed Ferreira

UMA PERSPECTIVA ESPACIAL DO DIREITO ECONÔMICO: REPASSE CRÍTICO DA POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL (DECRETO N.º 6.047, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2007)

Roberto Guilherme Leitão

EVOLUÇÃO COMPARATIVA DAS POLÍTICAS BRASILEIRAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE CONCEITOS MODERNOS DE DESENVOLVIMENTO

Felipe Felix e Silva

A GOVERNANÇA CORPORATIVA E O CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY SOB O PRISMA DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Carolina Araujo De Azevedo

José Eduardo Araujo de Azevedo Siqueira

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: UMA ANÁLISE CONTRIBUTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Léa Aragão Feitosa

Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães

PARTE II. DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O EMPREENDEDORISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO AXIOMA PARA O DESENVOLVIMENTO

Rafael Carmezim Nassif

Carlos Eduardo Pereira Dutra

A TUTELA JURÍDICA DA ÁGUA SUBTERRÂNEA NO ESTADO DO AMAZONAS

Bárbara Dias Cabral

Taynah Litaiff Ispere Abrahim Carpinteiro Péres

ECONOMIA SUSTENTÁVEL A PARTIR DA SOCIEDADE DE CONSUMO: DESAFIOS AO DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Rodrigo dos Santos Azevedo

José Querino Tavares Neto

REGULAÇÃO DA ENERGIA ÉOLICA E DESENVOLVIMENTO HUMANO: EXPERIÊNCIAS NO SEMIÁRIDO POTIGUAR

José Albenes Bezerra Júnior

Raquel Araújo Lima

PLANEJAMENTO ENERGÉTICO: USO RACIONAL DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS
PARA GARANTIA DE UM DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO
BRASIL

Grazielly Dos Anjos Fontes

DA CRISE À SUSTENTABILIDADE ENERGÉTICA: OS DESAFIOS DO SETOR
ELÉTRICO BRASILEIRO

Sérgio Alexandre De Moraes Braga Junior

Victor Hugo Gurgel Costa

A OMC E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA RODADA DO MILÊNIO

Norma Sueli Padilha

Mariangela Mendes Lomba Pinho

PARTE III. DIRETO ECONOMICO E O FUTURO?

INVESTIMENTO PÚBLICO EM EDUCAÇÃO COMO REALIZAÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E HUMANO

Ely Jorge Trindade

Roberta Trindade Martins Lira

A CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO POR MEIO DA EFETIVA
PARTICIPAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Marcus Pinto Aguiar

Luiz Alberto Gomes Barbosa Neto

O DESENVOLVIMENTO DA ORDEM SOCIOECONÔMICA E A BUSCA PELA FELICIDADE

Guilherme Misugi

Natália Brasil Dib

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO CAMINHO AO ABANDONO DA PRECIFICAÇÃO DO HOMEM E A BUSCA PELA VALORAÇÃO DO SER: UM DESAFIO JURÍDICO NO SÉCULO XXI

Alana Ramos Araujo

José Flôr de Medeiros Júnior

DOS PRIMÓRDIOS DE ROCHDALE À CONSOLIDAÇÃO DO COOPERATIVISMO COMO FONTE DE DESENVOLVIMENTO

Paulo Ricardo Opuszka

Pedro Augusto Cruz Porto

CRESCIMENTO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO HUMANO EM FORTALEZA: ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IDEALIZADAS NOS PLANOS PLURIANUAIS 2010 - 2013 E 2014-2017

José Diego Martins de Oliveira e Silva

Julianne Mendonça Barreto

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, TRIBUTAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL

Fernanda Priscila Ferreira Dantas

Maria Dos Remédios Fontes Silva

A (IN) CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO SUPERENDIVIDADO

Jean Eduardo Aguiar Caristina

A QUEBRA DA ISONOMIA ENTRE OS CONSUMIDORES PELA EXIGÊNCIA DA PRÁTICA DE PREÇOS UNIFORMES NAS VENDAS REALIZADAS MEDIANTE PAGAMENTO VIA CARTÃO DE CRÉDITO

Fabício Orpheu Araújo

Marcelo Luiz Seixas Cabral

É POSSÍVEL A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR?

Orlando Celso Da Silva Neto

**É POSSÍVEL A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR?
IS IT POSSIBLE TO APPLY ECONOMIC ANALYSIS OF LAW TO CONSUMER
PROTECTION LAW?**

Orlando Celso Da Silva Neto

Resumo

O presente artigo pretende apresentar algumas ferramentas e alguns conceitos utilizados pela análise econômica do Direito e, paralelamente, demonstrar que a aplicação destas ferramentas permite ao tomador de decisão, ao efetuar sua análise, positiva ou normativa, entender melhor as consequências, custos e potenciais benefícios desta decisão sobre todos os afetados. Faz-se, após a introdução a conceitos e ferramentas de trabalho, a interrelação com o direito do consumidor, o que se opera por meio da análise econômica de duas situações pontuais. A intenção é demonstrar-se que, mesmo naqueles ramos do direito objeto de maior regulação e intervencionismo, incluindo aqueles com matiz protecionista (como é o caso do direito do consumidor), os métodos e ferramentas da análise econômica do direito não apenas são aplicáveis como sua aplicação é desejada.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Eficiência, Valor, Custo, Direito do consumidor, Análise custo-benefício

Abstract/Resumen/Résumé

The essay analyzes the use of tools and concepts pertaining to the field of economic analysis of Law. In parallel it intends to demonstrate that the use of such tools grants the decision-maker a better understanding of the consequences, costs and benefits of a certain decision. After the conceptual fundamentals are laid the essay attempts to link the theoretical concepts and tools with consumer protection law, task that is accomplished with the analysis of two real life situations. The essay intends to prove that, even in fields of law prone to higher regulation and governmental intervention, including protective regulation (as is the case with consumer protection law), the use of tools and methods proper to economic analysis of law is not only possible but desirable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of law, Efficiency, Value, Cost, Consumer protection law, Cost-benefit analysis

Introdução ao tema.

Este autor tem sido um entusiasta da análise de métodos inicialmente encampados pela economia no estudo de fenômenos jurídicos por pelo menos 10 (dez) anos. Desde que este autor defendeu, junto ao programa de pós-graduação das Arcadas, tese de doutorado intitulada *Análise econômica do procedimento de solução de controvérsias da OMC*, a temática econômica e, principalmente, o uso de ferramentas de análise originadas da análise econômica, tem sido elementos constantes nos trabalhos posteriores.

Quando a tese de doutorado foi defendida, a literatura sobre análise econômica do direito no Brasil era incipiente e embrionária – por fortuna da ciência, a situação mudou, e o estudo da análise econômica do Direito no Brasil tem recebido significativas contribuições nos últimos 10 (dez) anos. Entre os principais autores merecem destaque Luciano Benetti Timm e Everton das Neves Gonçalves, dentre diversos outros. Ao fazer uso das diversas ferramentas da análise econômica do Direito nos diversos temas analisados, estes autores têm proporcionado uma melhor compreensão de diversos fenômenos jurídicos e de suas consequências.

Mesmo com a significativa evolução da produção, a aplicação destas ferramentas permanece, ainda, algo desconhecida da maior parte dos operadores jurídicos. E mesmo para muitos daqueles que alegam conhecer tais ferramentas, há certos pré-conceitos que atrapalham sua efetiva compreensão. De forma muito resumida e em termos não técnicos e muito simplificados, a análise econômica do Direito constitui-se na aplicação de conceitos e modos de raciocínio próprios da economia a fenômenos legais. Utilizando-se de conceitos econômicos tais como *valor*, *utilidade*, *eficiência*, dentre outros, os operadores jurídicos e econômicos podem analisar e melhor compreender as implicações de determinados fatos na conformação do ordenamento legal, as implicações do ordenamento legal na economia e na conduta humana, ou ainda, desenvolver modelos de previsões comportamentais dos agentes envolvidos em determinadas transações, aconselhar formuladores de políticas públicas, dentre diversas outras possibilidades.

Uma crítica infundada (a principal, talvez) que se faz à análise econômica do direito (i.e, ao uso de ferramentas de análise oriundas da economia para análise de fenômenos jurídicos) é que, ao se focar no ganho de eficiência, esta metodologia

despreza as consequências sociais dos fenômenos jurídicos, não devendo (ou não podendo), portanto, ser aplicada na análise dos fenômenos jurídicos pertencentes aos campos do Direito de maior interesse social (em contraposição aos campos de interesses mais individuais). Ou seja, para estes críticos, não se pode pretender aplicar a análise econômica do Direito em áreas como o Direito do Trabalho, Direito ambiental ou Direito do consumidor, sendo este método propício para aplicação a questões de Direito societário, Direito contratual, dentre outros.

Nada mais errado. Este autor defende (e pretende demonstrar) que, mesmo na análise de normas de proteção e defesa do consumidor, é possível e desejável a aplicação de ferramentas de análise econômica do direito, tanto para definição da aplicação concreta da lei aos fatos quanto para auxiliar legisladores na definição de novas regras sobre relações de consumo, mais ou menos protetivas do que o sistema atualmente vigente. A análise econômica do direito não é incompatível com a garantia de proteção ao consumidor – ao contrário, é método válido para assegurar que o nível de proteção desejado seja alcançado com o menor custo social possível.

Antes de se demonstrar a compatibilidade da aplicação destes métodos ao direito do consumidor, no entanto, é importante repassar alguns conceitos e ferramentas de análise econômica do Direito, até para que o leitor menos familiarizado com a análise econômica possa acompanhar o raciocínio desenvolvido. O primeiro conceito relevante a ser considerado é a eficiência.

Eficiência.

Eficiência é obtida quando os recursos envolvidos em uma determinada troca (voluntária ou não) são utilizados de forma a que a soma final do valor total dos recursos seja maior que a soma inicial dos recursos. A eficiência é determinada pelo resultado final da soma de recursos ou valores envolvidos na transação, quando comparados com o resultado inicial¹. Usando um exemplo de Richard POSNER,

¹ Transações voluntárias são, de forma geral, eficientes, pois as partes que voluntariamente se envolvem esperam sair melhores (aumentar o valor que detinham anteriormente à transação). Não se pode generalizar esta afirmação, mesmo que teoricamente, pois pode haver efeitos sobre terceiros que não se engajaram voluntariamente na transação, e o resultado geral pode ser uma transação ineficiente. É difícil, por outro lado, avaliar a eficiência de transações não voluntárias, já que não há uma esperança de aumento de eficiência, mas sim um engajamento involuntário ou casual. Richard POSNER propõe que, nestes casos, seja feita utilizada a seguinte metodologia, que se inicia com uma questão: se fosse possível que a transação involuntária ocorresse de maneira voluntária, as partes teriam se engajado nela? Ele (*Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law and Business. 5 ed, 1998. p.16) fornece o seguinte

imagine-se que os dois usos da água limpa são mutuamente excludentes (Por exemplo, assume-se que a água é usada para atividades náuticas ou para uso na indústria papelreira, mas não e nunca para ambos), e que não há direitos previamente alocados (em outras palavras, não há regras de fundo – geralmente regras previstas em lei - pré-estabelecidas. Ou seja, o conjunto de direitos - os entitamentos - da pessoa não estão previamente definidos). Se a valoração (pela soma) dos agentes envolvidos (com interesses diretos ou indiretos) em atividades náuticas do direito deste uso é de 9 (nove) unidades² e a valoração dada pela indústria papelreira é de 11 (onze), o uso do recurso água limpa mais eficiente é aquele feito pela indústria papelreira, para o qual este recurso é mais valioso. Para que este raciocínio seja válido, está sendo considerado o custo transacional igual a zero. O conceito, entretanto, apresenta suas subdivisões, e há pelo menos três conceitos de eficiência relevantes:

- a) Eficiência de Pareto, quando se pode dizer que uma determinada transação será eficiente se, ao seu final, o total de recursos for igual ou superior ao existente no começo da transação³ e nenhuma das partes envolvidas estiver pior (valor inferior de seu bem ou direito) ao final da transação⁴;

exemplo: “If, for example, the question were whether clean water was more valuable as an input into paper production than into boating, we might try to determine, using whatever quantitative or other data might be available to help us, whether in a world of zero transaction costs the paper industry would purchase from the boaters the right to use the water.

This approach attempts to reconstruct the likely terms of a market transaction in circumstances where instead a forced exchange took place – to mimic or stimulate the market, in other words. A coerced exchange, with the legal system later trying to guess whether the exchange increased or reduced efficiency, is a less efficient method of allocating resources than a market transaction – where market transactions are feasible.”

² Sobre o problema de mensuração de preferências não imediatamente monetizáveis, vide comentários infra.

³ Uma transação desta natureza é também conhecida como *Pareto Superior*. Posner (*Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law and Business. 5 ed, 1998. p.14) menciona: “A Pareto-superior transaction (or Pareto Improvement) is one that makes at least one person better off and no one worse off (...). In other words, the criterion of Pareto superiority is unanimity of all affected persons”.

⁴ Daniel FARBER (The problematics of the Pareto Principle. University of California at Berkeley Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series 114, 2003, p.1) sugere que o princípio de Pareto tem um apelo intuitivo (para sua adoção) muito forte. Diz ele: “There can’t be many moral standards with more intuitive appeal than the Pareto principle. The basic intuition is simple: If one person prefers a certain outcome and it does not cost anyone else, society should give that person what he or she wants. This intuition seems readily supportable on a variety of grounds. One ground is that society is only the sum of its parts –if one person is better off and no one else is harmed, then society as a whole is better off. A second is that we should honor people’s individual autonomy by respecting their preferences: (...) and a third is that society should care about the welfare of its citizens and seek to promote their well-being.”

b) Eficiência de Kaldor-Hicks, que apresenta um conceito mais complexo de eficiência, pois leva em consideração os efeitos da transação para terceiros não envolvidos diretamente nela. Assim, uma transação é considerada eficiente de Kaldor-Hicks se o aumento da soma dos valores para as partes é superior à perda de alguma ou várias delas, de forma que aquelas beneficiadas possam, hipoteticamente, compensar as partes prejudicadas e, ainda assim, estar melhor ao final da transação realizada⁵. Ou seja, a eficiência de Haldor-Hicks admite que, ao final da transação, uma das partes possa estar em situação pior, desde que o benefício da outra seja maior que sua perda.

c) Eficiência de Bergson-Samuelson⁶ (ou função do bem estar social), que trabalha com o conceito de uma função do bem estar social, cujo valor depende de todas as variáveis que afetam bem estar. Assim, definindo-se todos as variáveis que afetam o bem estar social em um dado estado de coisas X, a transação eficiente socialmente seria aquela que aumenta o bem estar social, aumentando o valor da função.

A eficiência com que geralmente os economistas trabalham é a eficiência de Kaldor-Hicks, pois a eficiência de Pareto é de difícil aplicação concreta, já que a maior parte das transações envolverá interesses de terceiros⁷, ainda que de forma indireta⁸, e a

⁵ Michael TREBILCOCK (The limits of freedom of contract. Cambridge, Harvard University Press, 1993. p. 7) menciona: “Kaldor-Hicks efficiency ... would ask the question, would this collective decision (for example, a change in legal rules) generate sufficient gains to beneficiaries of the change that they could, hypothetically, compensate the losers from the change so as to render the latter fully indifferent to it but still have gains left over for themselves?”

⁶ Conforme Amartya SEN (social choice theory. In: *Handbook of Mathematical Economics*, Vol. 3, capítulo 22, disponível em www.elsevier.com, acesso em 28 de Janeiro de 2004): “The concept of a social welfare function was first introduced by Bergson (1938). This was defined in a very general form indeed: as a real-valued function $W()$, determining social welfare, “the value of which is understood to depend on all the variables that might be considered as affecting welfare” (p. 417). If the relevant information about the social states in set X can be obtained, then such a social welfare function - swf for short - might as well be thought to be a real-valued function defined on X. If the issue of numerical representation is not emphasized, this really amounts to an ordering R of X”.

⁷ Conforme FARBER (The problematics ..., p. 4): “Although the Pareto principle only holds under restricted conditions, at least in those conditions it appears to provide an objective standard for ranking one state of the world as unambiguously better than another.”

⁸ Sem mencionar que há várias críticas à utilidade do princípio, à sua aplicação ou mesmo à assunção de que a unanimidade envolvida (isto é, melhora para um sem piora para o outro) seja uma verdadeira melhora no estado (bem estar, como será analisado mais adiante), por se pautar em preferências *ex ante*, que podem não necessariamente acarretar a melhora no bem estar, que é auferido *ex post*, ou mesmo porque estas preferências *ex ante* podem não ser as preferências *ex post*. Esta última questão, conforme explica FARBER, The problematics ..., p. 20, é que: “If we are not prepared to endorse the *ex ante*

eficiência de Bergson-Samuelson apresenta um grau de flexibilidade e mesmo subjetividade que, ao menos no tocante à análise econômica do direito, torna-o de pouca valia como critério de comparação⁹. Na análise de fatos sociais e de normas, a eficiência (em qualquer de seus conceitos, mas notadamente no de Kaldor-Hicks) é importante como critério para auxiliar na tomada de decisão, mas não é, por óbvio, o único critério.

Valor.

O valor de um determinado bem ou direito, em termos econômicos (monetizáveis) é o equivalente ao quanto um agente estará disposto a pagar por algo, ou ao quanto necessário para se desfazer voluntariamente de um bem ou direito. Embora estes números devam sempre ser os mesmos (em um ambiente de custos transacionais iguais a zero), frequentemente não o são¹¹, o que gera algumas

perspective universally, the Pareto principle becomes ambiguous. Do we mean pre-transaction preferences or post-transaction ones ?”.

⁹ Até porque, na prática, dificilmente agentes econômicos, comportando-se de forma racional, dividirão seus ganhos com aqueles outros que tiveram perdas. Conforme Joel R. Paul (Do International Trade Institutions contribute to economic growth and development. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, p. 1, 2003, p. 17): “*The pure theory tells us that when resources are efficiently allocated the winners will gain more than the losers lose. Therefore, the winners could compensate the losers for their losses, and everyone could be better off. In the real world, winners do not generally compensate the losers for their losses. Winners get rich, and losers become poor. Although the pure theory tells us that trade will maximize the world’s aggregate output, it does not necessarily maximize social welfare, in the sense of a society’s aggregate sense of well-being.*”

¹⁰ Embora eventualmente alguns autores possam propor o mensuramento de determinada política em termos de aumento do bem estar social. TRACHTMAN (International regulatory ..., p. 63), por exemplo, comentando a concorrência entre esferas legislativas, menciona: “*Whether the competition is good or bad depends on the benefits it brings and the costs that it imposes. Here we must be cautious to include all societal costs and benefits.*” E, em nota de rodapé “*benefits may be measured as increments to the welfare of society as a whole, assessing all of the benefits and detriments to society ... we argue that the reference should not be societies but individuals: that welfare must be measured from the individual on up, accepting a ‘greatest good for the greatest number’ calculus (hopefully incorporating a definition of ‘good’ broad enough to encompass a long-term perspective and empathy for others).*”

¹¹ Conforme FARBER (The problematics..., p. 22): “*For instance, cognitive psychologists have established a recurring pattern in human behavior: people will demand more to sell something than they would be willing to pay to buy it. For example, in one experiment, students who were randomly given a candy bar instead of a coffee mug were unwilling to trade for the mug, but those randomly receiving the mug were equally unwilling to trade for the candy bar. This ‘endowment’ effect is strongest when people feel some moral entitlement to what they possess, even if the grounds for such a feeling are slim.*”. Também Richard POSNER (*Economic Analysis* ..., p. 20): “*Economists such as Richard Thaler, as well as a number of psychologists (...) observe that we are prone to succumb to the ‘endowment effect’ – valuing what we have more than we would value the identical thing if we didn’t have it. For example, we might refuse to sell for \$ 100 a wristwatch for which we would not pay more than \$ 90.*” Fábio Ulhoa COELHO (*Manual de Direito Comercial*, São Paulo:Saraiva, Vol. 3, 2000, p. 215) descreve uma exteriorização desse problema, o valor “idiosincrático” da empresa, isto é, aquele “*atribuído exclusivamente pelo seu dono (melhor: pelo controlador da sociedade empresária que a explora). É muito comum que o empreendedor valorize a sua empresa de modo bem particular, principalmente se foi*

dificuldades, que serão analisadas posteriormente. A mensuração do valor de um determinado bem ou direito leva em conta fatores concretos, inclusive a possibilidade de se pagar o valor pretendido. Assim, se a soma dos recursos disponíveis (presentes e futuros) de um determinado agente é 100, e este agente desejar – por motivos egoísticos ou altruísticos - adquirir um bem cujo preço de mercado é 150, ficará limitado a adquiri-lo pela quantia de 100, que será o valor desse bem para o determinado agente. O resultado mais provável desta situação é que provavelmente o bem não será adquirido.

Ao definir-se o conceito de valor, verifica-se que o valor do bem para determinado agente pode ser inferior à sua utilidade (vide conceito logo a seguir) para este mesmo agente, o que permite concluir que valor e utilidade não são os mesmos conceitos, e que a utilidade de um determinado bem para um determinado agente pode ser muito maior que seu valor¹². Da constatação - valor e utilidade não são os mesmos conceitos - surge a evidente conclusão de que escolhas sociais não devem se orientar exclusivamente pela busca por eficiência¹³¹⁴¹⁵, pena de se criar uma sociedade fundamentalmente injusta. A escolha pautada exclusivamente pelo critério de eficiência

o seu iniciador e lhe devotou muitos anos e energia. Trata-se de um valor subjetivo e individual, derivado da auto-imagem do empreendedor, da qual a empresa serve de projeção psicológica. Por vezes, o controlador resiste à realização de negócios voltados à recapitalização e reorganização do negócio porque não se sente devidamente considerado pelos adquirentes ou investidores o esforço pessoal dele impregnado na empresa. A característica essencial da valoração idiossincrática é a de que nenhum empreendedor, especulador, corretor, especialista em avaliação de ativos ou qualquer agente econômico acha que a empresa vale o quanto o dono quer.”

¹² Richard POSNER apresenta um exemplo que ilustra bem esta diferença (*Economic Analysis ...*, p. 13): “Suppose that pituitary extract is in very short supply relative to the demand and is therefore very expensive. A poor family has a child who will be a dwarf if he does not get some of the extract, but the family cannot afford the price and could not even if they could borrow against the child’s future earnings as a person of normal height, because the present value of those earnings net of consumption is less than the price of the extract. A rich family has a child who will grow to normal height, but the extract will add a few inches more, and his parents decide to buy it for him. (...) the pituitary extract is more valuable to the rich than to the poor family, because value is measured by willingness to pay; but the extract would confer great happiness in the hands of the poor family than in the hands of the rich one.”

¹³ Conforme Posner (*Economic Analysis ...*, p. 16): “...economists do not claim the competence to make ultimate value judgments. They can illuminate the effects of public policies, actual or proposed, on efficiency on its economic sense or senses, but they cannot tell the policy maker how much weight to assign efficiency as policy goal, though they may be able to advise him concerning the feasibility of achieving other goals, such as more equal distribution of income”.

¹⁴ Veja, por exemplo, o exercício feito por este autor no caso da interrupção de serviços públicos considerados essenciais para aqueles usuários inadimplentes que efetivamente não conseguem pagar suas contas. Embora o corte possa ser economicamente a conduta mais adequada (mais eficiente), há implicações sociais que sugerem que a melhor decisão pode ser a de não interromper o serviço. Vide ‘A continuidade do serviço público face à inadimplência do usuário: análise econômica da jurisprudência predominante. Anais do III Congresso Brasileiro de Regulação dos Serviços Públicos concedidos. Gramado, 25 a 28 de maio de 2003. Associação Brasileira de Agências Reguladoras’.

¹⁵ Aqui cabe outro exemplo da limitação da eficiência de Pareto, conforme menciona Amartya SEN (*On ethics and economics*, 1987, p. 32): “a state can be Pareto optimal with some people in extreme misery and others rolling in luxury, so long as the miserable cannot be made better off without cutting into the luxury of the rich.”

sempre implicará em criação de valor, mas não necessariamente em maximização da utilidade.

Utilidade

O conceito de utilidade adquire ainda maior importância na aplicação das ferramentas da análise econômica do direito, principalmente se considerado que a maior parte das avaliações e análises a serem realizadas são análises não monetárias, em que a aplicação da eficiência com base em critérios puramente monetários tem aplicação limitada. No seu sentido tradicional, a utilidade é definida como prazer, satisfação ou felicidade, e a utilidade de um determinado bem ou direito é a satisfação, prazer ou felicidade derivados do uso ou da disposição do determinado bem ou direito¹⁶¹⁷.

A abordagem utilitarista adota como pressuposto ou método de trabalho a verificação das modificações que determinadas decisões ou regras causam sobre a utilidade dos envolvidos, o que possibilita uma tomada de decisão provavelmente mais justa do que a tomada de decisão baseada em critérios puramente monetários, mas envolve uma maior complexidade no tocante à mensuração do aumento da utilidade¹⁸.

¹⁶ Conforme Amartya SEN (*Desenvolvimento como ...*, p. 77): “Na forma clássica do utilitarismo, a forma benthamista, a ‘utilidade’ de uma pessoa é representada por alguma medida do seu prazer ou felicidade. A idéia é prestar atenção no bem-estar de cada pessoa e em particular considerar o bem-estar uma característica essencialmente mental, ou seja, considerar o prazer ou felicidade gerada. Comparações interpessoais de felicidade obviamente não podem ser feitas com muita precisão; elas também não se prestam ao uso de métodos científicos tradicionais”

¹⁷ Reduzindo a utilidade a termos exclusivamente monetizáveis, Joel R. PAUL (Do International ..., p. 17) menciona que: “The concept of utility represents the extent to which an individual experiences satisfaction or happiness from a change in income. We expect that as an individual’s wealth rises, so does their total utility. For every additional unit of income that an individual gains, there is some additional quantity of utility”.

¹⁸ Segundo Amartya SEN (*Desenvolvimento como ...*, p. 77 a 82) a primeira das características da abordagem utilitarista é o *consequencialismo*, isto é, todas as escolhas (de atos, regras, instituições, etc) devem ser julgadas pelos resultados que geram (suas conseqüências). Outra é o *welfarismo*, isto é, a características de que as escolhas devem ser analisadas conforme a utilidade criada no novo estado de coisas¹⁸ (ou, em outras palavras, e fazendo a ligação entre *consequencialismo* e *welfarismo*, de acordo com a utilidade gerada no novo estado de coisas, que é conseqüência da escolha tomada), independente de considerações outras como a fruição ou violação de direitos, deveres, liberdades substantivas, etc. O terceiro principal componente é o “ranking pela soma” (*sum-ranking*), segundo o qual as utilidades das diversas pessoas afetadas pela escolha devem ser simplesmente somadas, sem considerações como proporcionalidade da mudança da utilidade individual. Diz especificamente sobre o tópico (cit., p. 78) “... a soma das utilidades deve ser maximizada sem levar em consideração o grau de desigualdade na distribuição das utilidades. Os três componentes juntos fornecem a fórmula utilitarista clássica de julgar cada escolha a partir da soma total de utilidades geradas por meio dessa escolha.”

E, prosseguindo:

“Nessa visão utilitarista, define-se injustiça como uma perda agregada de utilidade em comparação com o que poderia ter sido obtido. Uma sociedade injusta, nesta perspectiva, é aquela na qual as pessoas são significativamente menos felizes, consideradas conjuntamente, do que precisariam ser. A concentração sobre a felicidade ou o prazer foi removida em algumas formas modernas do

Talvez o maior demérito da abordagem utilitarista seja sua intrínseca dificuldade de se fazer comparações interpessoais, devido as óbvias complicações de medir preferências individuais e compará-las com as dos demais indivíduos (aliás, a dificuldade de se fazer comparações interpessoais é uma preocupação recorrente da análise econômica do Direito).

Um interessante exemplo do mérito da abordagem utilitarista diz respeito às conseqüências que determinados institutos jurídicos podem ter, tais como a propriedade privada. Apesar de existirem veementes defesas ideológicas tanto das vantagens quanto das desvantagens do instituto, bem como de seus limites (existem aqueles que advogam seu uso irrestrito, sem quaisquer ônus, enquanto existem, no pólo oposto, aqueles que advogam a inexistência da propriedade), o certo é que as melhores defesas do instituto baseiam-se nas suas conseqüências positivas, como propulsor poderoso da expansão econômica e da prosperidade, trazendo por conseguinte, felicidade e aumento de utilidade. Por outro lado, há também evidências de que o uso irrefreado da propriedade privada pode ser incapaz de preservar o ambiente e o desenvolvimento de infra-estrutura social, minimizando utilidade.

Outra crítica à abordagem utilitarista é que esta, enquanto método de análise, empresta pouca consideração aos direitos e liberdades. A abordagem utilitarista, conforme menciona SEN¹⁹:

“... não atribui importância intrínseca à reivindicação de direitos e liberdades (eles são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades). É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassalos delirantes”.

Custo

Custo é outro conceito de capital importância para a presente análise. É importante que além do conceito comumente empregado de custo, isto é, a quantia que se pagou para que determinado bem fosse adquirido ou produzido, empregue-se também a noção de que custo, para efeitos de análise econômica, é equivalente a custo de

utilitarismo. Em uma dessas variações, define-se utilidade como realização de desejo. Nessa visão, o que é relevante é a intensidade do desejo que está sendo realizado, e não a intensidade da felicidade que é gerada.”

¹⁹ Desenvolvimento como ..., p. 81.

oportunidade, isto é, a consideração de que algum outro agente deixou de adquirir os mesmos bens, pois não estava disposto ou não possuía os recursos para adquiri-los (perdendo assim esta oportunidade) e que o efetivo adquirente foi o “maior arrematante”, isto é, aquele agente que estava disposto (e de fato o fez) a pagar a maior quantia por aquele bem²⁰²¹.

O conceito de custo é importante para a análise econômica do Direito porque, se considerado que este é definido pela disposição de se adquirir algo (e este algo pode ser intangível, como um pacote de direitos e deveres), quanto maior o número de agentes, ou quanto menor o número de barreiras à participação no mercado, menor será o custo de determinado pacote de regras que, se eficiente, maximizará bem estar.

O aumento da eficiência.

É geralmente assumido que transações nas quais os agentes se engajam voluntariamente são transações que maximizam eficiência. Esta assunção deriva da própria premissa básica de que o ser humano age de forma racional, buscando a maximização de seus interesses²². Na busca de seu próprio interesse²³, o ser humano

²⁰ Assumindo uma condição de concorrência perfeita.

²¹ Custo de oportunidade não necessariamente se refere à existência de potenciais adquirentes presentes, disputando a aquisição de recursos. Custo de oportunidade pode ser também determinado em uma situação em que não há dois potenciais adquirentes, mais dois potenciais usos do mesmo recurso pelo seu detentor (por outro lado, também este fato pode ser entendido como uma disputa efetiva entre dois potenciais adquirentes, um (mercado) no presente e outro no futuro (também o mercado). POSNER (*Economic Analysis...*, p. 6) menciona: “Suppose the labor, capital and materials costs of a barrel of oil total only \$ 2, but because low cost oil is being rapidly depleted, a barrel of oil is expected to cost \$ 20 to produce in 10 years. The producer who holds on to his oil for that long will be able to sell it for \$ 20 then. That \$ 20 is the opportunity cost of selling the oil now – although not a net opportunity cost, because if the producer waits to sell his oil, he will lose the interest he would have earned by selling now and investing the proceeds. Suppose, however, that the current price of oil is only \$ 4 a barrel, so that if the producer sells now, he will have a profit of only \$ 2. If he invests the \$ 2, it is unlikely to grow to \$ 20 (minus the then cost of production) ten years hence. So he is better off leaving the oil in the ground.”

²² POSNER (*Economic Analysis ...*, p. 3) menciona: “The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his “self-interest.”. Conforme Marcelo CALLIARI (*A aplicabilidade da teoria dos jogos ao direito internacional: um estudo exploratório*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 2003, p. 11): “Racionalidade, em teoria dos jogos, refere-se à qualidade de tomar decisões que sejam consistentes com as próprias preferências e objetivos de cada jogador. Assim, se um jogador confere ao resultado de determinada ação A um valor x e ao resultado de outra ação B um valor y, de tal forma que seja x maior que y, colocado diante de uma escolha entre A e B, pressupõe-se que ele, racionalmente, optará por A. Em outras palavras, se João gosta mais de maçãs do que de bananas, entre a opção banana ou maçã a decisão de escolher maçã será consistente com sua decisão e, portanto, racional”.

²³ A análise econômica do Direito trabalha ainda com o conceito de racionalidade linear e com a assunção de que a decisão tomada é sempre a melhor alternativa possível. Conforme menciona KORNHAUSER (*El nuevo análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés. Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México :ITAM, 2000, p.21): “El concepto de racionalidad que

reage a incentivos externos, moldando sua conduta e tomando suas decisões baseado nestes incentivos. Deriva também desta constatação um certo preconceito dos operadores jurídicos em relação à economia e à aplicação da análise econômica em situações tradicionalmente analisadas apenas sob o prisma jurídico²⁴²⁵.

Voltando à assertiva de que o ser humano reage a incentivos, isto significa dizer, em outras palavras, que se o ambiente que circunda a pessoa muda, sua atitude modifica-se (ou tende a modificar-se) em resposta (adaptação) à mudança realizada no ambiente externo. A tendência de modificação vai variar conforme o incentivo apresentado, mas a observação empírica permitiu a sistematização de três espécies de reação a incentivos, que são considerados verdadeiras leis da economia aplicáveis não só a situações monetizáveis, mas ao comportamento racional esperado em face de qualquer situação em que existam tais incentivos.

inspira el AED tiene dos características distintivas. En primer lugar; impone un lineamiento sustantivo a los objetivos que persigue el agente. En términos heurísticos, los objetivos de un agente deben traducirse en una jerarquización completa y directa de opciones. Para expresarlo de manera más técnica, la racionalidad económica requiere que cada agente tenga preferencias bien definidas, completas y transitivas sobre las alternativas relevantes que enfrenta. En segundo lugar; la racionalidad económica postula que en situaciones de elección los agentes muestran la suficiente persistencia, visión y capacidad analítica como para estar siempre en condiciones de elegir la mejor alternativa posible.”

²⁴ Richard POSNER (*Economic Analysis...*, p. 29-31) examina os principais argumentos de crítica à análise econômica do Direito. Especificamente: a) reducionismo da análise econômica, isto é, simplificar as questões de forma a torná-las aptas a serem analisadas por modelos. Este reducionismo significaria uma análise imperfeita, por não considerar diversas variáveis, de forma que os resultados apontados pela análise econômica não seriam perfeitos; b) as sugestões normativas da análise econômica do Direito são contraditórias com valores adotados pelos sistemas jurídicos, e não podem ser adotados por estes; c) a análise econômica do Direito manifesta tendência conservativa; d) a análise econômica ignora o conceito de Justiça. Todos estes argumentos, defende o autor, podem ser refutados. Este autor concorda com a proposição.

²⁵ Na verdade, este preconceito é razoavelmente disseminado não só entre operadores jurídicos, mas na sociedade como um todo. A constatação de que o homem age atrás de seu interesse próprio é aceita apenas com ressalvas por boa parte da sociedade, sendo extremamente atual a exigência social de que empresas sejam também socialmente responsáveis, porque sua busca pelo interesse próprio causa malefícios. A revista ‘The Economist’, em sua edição de janeiro 22 a 28, traz interessante relatório sobre responsabilidade social corporativa, mencionando ser falsa a premissa base da defesa da responsabilidade corporativa, argumentando que interesse próprio e ganância são essencialmente diferentes, sendo a primeira socialmente positiva e a segunda socialmente reprovável (p.11): “...Greed, in the ordinary meaning of the word, is not rational or calculating. Freely indulged, it makes you fat and drives you into bankruptcy. The kind of self-interest that advances the public good is rational and enlightened. Rational, calculating self-interest makes a person, or a firm, worry about its reputation for honesty and fair dealing, for paying debts and honouring agreements. It looks beyond the short term and plans ahead. It considers sacrifices today for the sake of gains tomorrow, or five years from now. It makes good neighbours.

Morally, also, there is a world of difference between greed and self-interest. The first, even if it were not self-defeating, would still be a gross perversion of the second. Failing to see this distinction, and thus concluding without further thought that private enterprise is tainted, is a kind of ethical stupidity. Greed is ugly. There is nothing ignoble, in contrast, about a calm and moderate desire to advance one's own welfare, married (as it is in most people) to a sympathetic regard for the well-being of others. And, as Smith pointed out, rational self-interest also happens to make the world go round”.

O primeiro deles, a lei da demanda, tem por essência uma correlação inversa entre preço (ou custo, em alguns casos) e demanda. De forma muito simples, isso significa que, se para um determinado bem ocorre aumento de preço, permanecendo os demais bens com o mesmo preço anterior, o bem que sofreu o aumento estará relativamente mais caro, e sua procura tende a diminuir. Assim, o efeito externo (o aumento do preço) gera um incentivo a não comprar o bem.

Como POSNER explica, da análise do conceito de custo se depreende que a economia não trabalha somente com mensuração monetária. Ao contrário, o principal objeto de análise da economia é o uso dos recursos, que pode ou não ser expresso em unidades monetárias²⁶, sendo certo que a lei da demanda vale também para bens não monetizáveis (ou não prontamente monetizáveis)²⁷.

O segundo princípio fundamental é a tendência ao equilíbrio, motivado pela concorrência, intimamente ligado com a lei da demanda. Em um mercado competitivo, o custo de oportunidade tende a ser tanto o preço máximo quanto o mínimo de um determinado bem ou direito. Não é difícil compreender este conceito, embora sua aplicação à análise do comportamento humano possa gerar algumas dificuldades.

Se o preço de venda de um objeto é muito superior ao seu custo (isto é, seu custo de oportunidade), agentes de mercado serão atraídos a produzir este mesmo objeto. A aplicação da Lei da Demanda a esta atração gerará efeitos em dois lados: a maior procura pelos bens que compõem o objeto aumentará seu preço, pois há diversos

²⁶ Menciona ele (*Economic Analysis...*, p. 7): “*The economist distinguishes between transactions that affect the use of resources, whether or not money changes hands, and purely pecuniary transactions – transfer payments. Housework is an economic activity, even if the houseworker is a spouse who does not receive pecuniary compensation; it involves cost – primarily the opportunity cost of the houseworker’s time. Sex is an economic activity too. The search for a sexual partner (as well as the sex act itself) takes time and thus imposes a cost measured by that time in its next-best use. The risk of a sexually transmitted disease or of an unwanted pregnancy is also a cost of sex – a real, tough not primarily pecuniary, cost.*”

²⁷ Aqui uma primeira introdução a um conceito que pode ser uma novidade para alguns: quando se fala em preço nem sempre se fala em unidades monetárias (dinheiro). Por exemplo, imagine-se que o custo para a aquisição de um determinado bem através do furto é somente o risco de prisão (assuma-se que não há custos de preparação). Se a chance de prisão é de 1/10 (isto é, estatisticamente, a cada 10 furtos de uma determinada espécie, um perpetrador é pego), e a pena (assumindo que a pena seja única) é de 2 anos, o valor do bem para o perpetrador tem que ser maior do que 2, 4 meses de prisão, porque, de outra maneira, não seria racional sua atitude. Se a pena passa a ser de dez anos, o crime só será cometido se o valor do bem for superior a 12 meses de prisão. Certamente que a questão da atribuição de valor é uma das mais complicadas da análise econômica do Direito, mas um ser racional (a prática de conduta criminosa não é, por si só, sinal de conduta irracional) deverá agir desta forma. Não é objetivo desta obra o estudo da análise econômica do direito penal, campo dos mais interessantes mas, para aqueles que estiverem interessados, há diversos estudos sobre o assunto, inclusive o de Richard POSNER, no seu manual. O mesmo autor dá exemplos de outros casos da lei da demanda, afirmando (*Economic Analysis ...* p. 5) que: “*The Law of Demand doesn’t operate just on good with explicit prices. Unpopular teachers sometimes try to increase class enrollment by raising the average grade of students in their courses, thereby reducing the price of the course to the student*”

arrematantes e escassez de bens; na outra ponta, a maior oferta de objetos para um igual número de interessados significa que há maior oferta para igual demanda, conseqüentemente reduzindo o preço. Como explica Fábio NUSDEO, esta situação pode ser evitada artificialmente por períodos limitados, por ações de externalidades (geralmente governamentais), mas de forma pouco eficiente²⁸.

A Lei de demanda e procura opera também para “bens” inquantificáveis. Como menciona Michael TREBILCOCK²⁹, *“mesmo a oferta de altruísmo provavelmente será inversamente relacionada a seu custo; por exemplo, é provável que mais sangue (um recurso renovável) seja fornecido de forma altruísta que bifes e batatas”*, e pode ser assumido que a tendência ao equilíbrio também exista em relação aos bens inquantificáveis. Pode se assumir que não exista bem, direito ou preferência fora do alcance da análise econômica³⁰.

Da maneira como a Lei da demanda afeta o valor dos bens pode-se entender o conceito de “busca de renda privilégio”, segundo o qual agentes tentarão sempre que possível, obter uma destas ‘rendas de privilégio’, protegendo-se da competição de mercado e obtendo uma maximização de suas vantagens.

O teorema de Coase

O teorema de Coase, uma das regras mais conhecidas da análise econômica do Direito, propõe que, em um ambiente de custos transacionais iguais a zero, sempre que houver um conflito sobre direitos ou uso de recursos, com duas partes com interesses excludentes, será alcançada a solução mais eficiente, independente da alocação legal de direitos e deveres realizada pela norma legal^{31,32}. Por consequência, a outra forma de se

²⁸ *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo:RT, 2000, 2ª ed, p. 261: “... percebe-se não haver sentido em certas frases comumente ouvidas ou lidas, quando se afirma ser a oferta menor do que a procura. Isto a rigor não existe, porque a um dado preço haverá sempre uma procura para absorver a quantidade oferecida àquele preço. A frase somente teria sentido caso uma força externa, o Estado, por exemplo, estabelecesse um preço arbitrariamente baixo. Claramente, a esse preço os vendedores não estariam dispostos a oferecer a quantidade desejada pelos consumidores, dando-se assim o desabastecimento, ou seja, a redução drástica da oferta. Por essa razão, a experiência tem demonstrado a inoperância dos tabelamentos, salvo em ocasiões excepcionais e de curta duração ou então nos casos de economia de guerra.”

²⁹ The limits of ... p. 3. Tradução livre do exto original:

“Even the supply of altruism is likely to be inversely related to its cost; for example, more blood (a renewable resource) is likely to be supplied altruistically than are steak and potatoes”

³⁰ Para aqueles bens, direitos ou preferências não prontamente mensuráveis, o principal ponto parece ser o critério de sua mensuração, e não a possibilidade desta mensuração.

³¹ Mais uma vez, repete-se que a solução mais eficiente nem sempre é a mais justa, tampouco a mais ética ou moral.

enunciar o teorema de Coase é que em um ambiente de custos transacionais, a solução alcançada (*outcome*) pode não ser a mais eficiente³³. O grande mérito do teorema de Coase é fornecer parâmetros para determinar a escolha da regra legal mais eficiente em um ambiente de custos transacionais.³⁴

A versão simplificada do Teorema não compreende comportamento estratégico dos agentes envolvidos, e assume que há simetria de informações, características que dificilmente são observadas na vida real.

Muito tem se escrito a respeito do teorema de Coase, mas sua principal utilidade, além da constatação empírica de que, sob o ponto de vista da eficiência, direitos devem ser conferidos não em função de critérios pré-concebidos, mas em função do resultado final da soma dos recursos envolvidos na transação, é a constatação de que, considerando-se a alocação de direitos existente *ex-ante*, que gera custos transacionais (repita-se, o ambiente de custo transacional zero é meramente teórico, não existindo em qualquer situação prática), os agentes envolvidos vão adotar comportamento estratégico, visando maximizar sua utilidade³⁵.

Uma fundamental questão: cabe ao sistema jurídico buscar eficiência?

³² O ambiente de custos transacionais iguais a zero é meramente teórico/laboratorial

³³ Coase inicia seu artigo descrevendo a situação de uma fábrica que polui, causando danos a seus vizinhos. Menciona ele que a tradicional análise econômica apontaria como solução tornar o proprietário da fábrica responsável pela reparação do dano causado, ou impor uma taxa sobre a poluição produzida, ou mover a fábrica para um lugar onde não causasse dano. A melhor abordagem para o problema, em sua análise, não é considerar a questão como simplesmente decidir a melhor maneira de impedir que a fábrica cause dano, mas sim considerar a questão como tendo natureza recíproca. Diz ele (The problem of Social Cost. In: Coase, Ronald. *The Firm, the market and the Law*. Chicago:University of Chicago Press, 1990. p.96): “*The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm in B and what has to be decided is, How should we restrain A ? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would be to inflict harm on A. The real question that has to be decided is, Should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A ? The problem is to avoid the more serious harm*”

³⁴ Conforme menciona Mitchell POLINSKY (*An Introduction to Law and Economics*. Boston:Little, Brown & Co. 1989, 2a edição, 1989, p. 14): “*Although the simple version of the Coase Theorem makes an unrealistic assumption about transaction costs, it provides a useful way to begin thinking about legal problems because it suggests the kinds of transactions that would have to occur under each legal rule in order for that rule to be efficient. Once these required transactions are identified, it may be apparent that, given more realistic assumptions about transaction costs, one rule is clearly preferable to another on efficiency grounds. The more complicated version of the Coase Theorem provides a guide to choosing legal rules in this situation*”.

³⁵ Esta, a propósito, é a mesma assunção realizada pela teoria dos jogos. Marcelo CALLIARI (a aplicabilidade ..., p. 5) explica que: “... assim como ocorre com a maioria dos modelos de orientação econômica, a teoria dos jogos assume atores racionais, que buscam maximizar sua utilidade, como premissa básica.”.

Uma questão absolutamente interessante e fundamental à correta compreensão da análise econômica do Direito é a questão lançada acima: cabe ao sistema jurídico buscar a eficiência? A resposta pronta seria não, ou ao menos, não se tem notícias de que qualquer sistema cuja função precípua seja declaradamente buscar a eficiência.

Mas antes que esta resposta objetiva – porém apressada – possa ser confirmada, é fundamental uma análise mais profunda de determinadas características históricas da construção do Direito e de suas relações com o pensamento econômico. Infelizmente, a construção de uma doutrina econômica do Direito, ou uma construção da eficiência econômica do Direito é mais facilmente encontrada na literatura da *common law*, mas alguma aproximação comparativa pode ser realizada com mecanismos encontrados também no Direito Civil, inclusive no Brasileiro (principalmente na construção do Direito das Obrigações).

POSNER, comentando o assunto, menciona a existência de uma teoria da eficiência da *Common Law* na elaboração normativa (seja em textos legais, seja por meio do precedente), e que a maior parte das normas (incluindo decisões judiciais) tem conteúdo econômico, ainda que de forma implícita³⁶.

Aqui, outra distinção importante antes que se possa prosseguir na análise pretendida: normas com conteúdo econômico e normas que promovam a eficiência econômica. As normas com conteúdo econômico nem sempre apontam a solução mais eficiente, como ocorre com determinadas normas de organização trabalhista (por hipótese, a legislação portuária brasileira), que têm conteúdo econômico, organizam atividades econômicas, mas produzem um resultado não eficiente, diferente daquele que seria produzido por regulação que visasse a eficiência econômica ou mesmo daquele que seria produzido pelo mercado. A justificativa histórico-sociológica mais aceita é que estas normas são resultado da ação de grupos de pressão que, na defesa de seus interesses, conseguem fazer com que os legisladores aprovem regras não eficientes, que aumentam a utilidade do grupo de pressão, mas não a utilidade geral da sociedade. Por outro lado, normas que promovem a eficiência econômica são normas que geram

³⁶ Diz ele (*Economic Analysis ...*, p. 27): “... many areas of the law, especially but not only the great common law fields of property, torts, crimes and contracts, bear the stamp of economic reasoning. Granted, few judicial opinions contain explicit references to economic concepts. But often the true grounds of legal decision are concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of opinions. Indeed, legal education consists primarily of learning to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds, many of which may turn out to have an economic character. (...) It would not be surprising to find that many legal doctrines rest on inarticulate gropings toward efficiency, especially since so many legal doctrines date back to the nineteenth century when a *laissez-faire* ideology based on classical economics was the dominant ideology of educated classes”.

entitamentos (conjunto de direitos) que obedecem a leis de mercado, aumentando assim a riqueza geral da sociedade³⁷.

Retornando à questão lançada anteriormente, não obstante existam estudos que demonstrem que os sistemas jurídicos com tradição da *Common Law* sejam mais eficientes³⁸, e apresentem melhor proteção aos direitos de propriedade e aos entitamentos dos agentes, a análise econômica do Direito pode ser aplicada aos sistemas do Direito Civil, inclusive ao subsistema do Direito do Consumidor.

Independentemente tal ou qual sistema jurídico possa promover em maior ou menor grau a eficiência, deve ser indagado se esta busca por eficiência é ou não um objetivo a ser seguido³⁹. Ronald Dworkin sustenta não ser dever do sistema aumentar necessariamente a riqueza, porque o aumento da riqueza não significa automaticamente um aumento da utilidade ou felicidade geral da sociedade. Fazendo uma defesa da restrição das transações forçadas, ele menciona um exemplo no qual a transação mais eficiente e que mais aumenta a riqueza não faz com que a comunidade se torne necessariamente melhor, tanto porque o valor efetivo (portanto, a riqueza) que as pessoas atribuem às coisas só pode efetivamente ser verificado *ex-post* (ou, mais precisamente, no momento da transação) e não *ex ante*, quanto devido ao fato de que as transações forçadas tanto produziriam resultados horríveis na prática (se utilizado um

³⁷ Deve-se admitir, entretanto, que nem sempre será auto-evidente se a norma é ou não eficiente.

³⁸ POSNER sugere que o processo de formação do common law, por meio de decisões judiciais, é mais propício à criação de eficiência, porque o juiz é impermeável – ou menos permeável – aos interesses de grupos de pressão, mais presentes no processo legislativo, e que tendem a ser ineficientes. Posteriormente, outras teorias – ditas evolucionistas – vem tentando explicar a suposta eficiência do common law mencionando que normas ineficientes são mais aptas a serem litigadas que as normas eficientes, de forma que existe a tendência que leis ineficientes evoluam até a eficiência. A teoria criada por Goodman, por exemplo, menciona que os interessados na construção do precedente tendem a gastar mais no litígio se a norma é ineficiente, tendo portanto, maiores chances de ganhar, derrubando a norma ineficiente. Paul RUBIN (*Derecho Consuetudinario Y Derecho Estatutário*. In; ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*. Mexico, ITAM, 2000, p. 312 – 317), novamente RUBIN (Por qué es eficiente el derecho consuetudinario? In; ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*. Mexico, ITAM, 2000, p. 332 – 345), por outro lado, argumenta que a suposta eficiência do common law se deve mais a uma questão de período histórico do que propriamente do tipo de direito. Diz ele (*Derecho*,... p. 314): “*Es decir, em el período anterior la mayor parte del derecho era eficiente y la mayor parte Del derecho era derecho consuetudinário. Em el período siguiente, la mayor parte era ineficiente y era derecho estatutário. Los observadores Del dercho que concluyen que el derecho consuetudinário es más eficiente que el estatutario confunden un efecto debido al tiempo, con otro debido a la eficiencia.*”

³⁹ John JACKSON (*The world trading system*. MIT Press, 1997, p. 19) menciona: “*Ofien statements about economic theory of international trade, seem to imply a goal of maximizing ‘real’ wealth of more and better goods and services. Theorists note that, in a market-oriented, consumer choice system, there is room for choices to be non-real or non-material. Thus some prefer leisure over television sets, or esoteric music over popular concerts, or religious values and meditation over worldly goods. But it is worrisome that a purely market-driven system tends to reduce the opportunity of those choices, that somehow all the talk about ‘efficiency’ or ‘competitiveness’ or ‘gross national product’ tends to overlook many of these nonmaterial choices*”

critério de utilidade das partes envolvidas) mas também de que o resultado da transação forçada é profundamente errado em princípio⁴⁰.

Não cabe neste artigo concluir se as normas jurídicas devem ou não se pautar por uma busca de eficiência, embora possa se concluir (sem comprovação empírica, no caso brasileiro) que regras eficientes são geralmente preferíveis sobre normas não eficientes, porque avançam o bem estar geral.

Eficiência e liberdade

Cabe neste momento uma breve nota sobre a interrelação entre busca da eficiência e liberdade. É geralmente aceito por boa parte dos economistas que o mecanismo de mercado, por meio da lei da oferta e da procura, tende a gerar transações cada vez mais eficientes, incrementando assim o bem estar geral da sociedade. É geralmente aceito, embora sujeito a certo criticismo, que este mesmo mecanismo cria, ou tende a criar, um efeito secundário de criação de liberdade para seus agentes, por meio da possibilidade da concretização de suas preferências⁴¹.

⁴⁰ *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 345-6-7: “suponhamos que um homem pobre e doente precise de um remédio, e portanto esteja disposto a vender seu livro favorito, sua única fonte de prazer, por cinco dólares, que é o preço do remédio. Seu vizinho está disposto a pagar dez dólares pelo livro, se necessário, pois é o famoso (e rico) neto do autor, e se autografar o livro poderá vendê-lo por onze dólares. Segundo a definição econômica de riqueza da comunidade esta se tornará mais rica se a polícia toma o livro do homem pobre e doente e dá-lo a seu rico vizinho, deixando o pobre sem livro e sem remédio. A riqueza global da comunidade aumentará se o livro for tirado do homem pobre, ela se tornará, inclusive, ainda mais rica do que se tornaria se os dois chegassem a um acordo, pois uma transferência forçada vai economizar os custos de transação de tal negociação (...) Mesmo que estivéssemos certos de que o homem rico pagaria mais do que o pobre lhe cobraria, de modo que a riqueza social na verdade aumentaria se tirássemos o livro do pobre para dá-lo a seu rico vizinho, não considerariamos a situação mais justa de modo algum, nem a comunidade nos pareceria melhor, em nenhum aspecto, depois que uma transferência desse tipo fosse feita. Portanto, aumentar a riqueza social nem sempre faz com que a comunidade se torne necessariamente melhor.”

⁴¹ Amartya Sen (*Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 41-2.) faz uma excelente síntese da questão:

“Considere agora, contrariamente ao que em geral se pressupõe, um exemplo no qual o mesmo resultado econômico (que aquele gerado por um mecanismo de mercado) é gerado por um sistema inteiramente centralizado, com todas as decisões relativas à produção alocadas sendo tomadas por um ditador. Essa teria sido uma realização tão boa quanto a do exemplo anterior?”

Não é difícil demonstrar que estaria faltando alguma coisa em um cenário como esse: a liberdade das pessoas de agir como desejassem ao decidir onde trabalhar, o que produzir, o que consumir, etc. Mesmo se nos dois cenários (caracterizados, respectivamente, pela livre escolha e pela obediência a uma ordem ditatorial) uma pessoa produzisse as mesmas mercadorias da mesma maneira e acabasse recebendo a mesma renda e adquirindo os mesmos bens, essa pessoa ainda poderia ter ótimas razões para preferir o cenário da livre escolha ao da submissão à ordem. Há uma distinção entre “resultados de culminância” (ou seja, apenas resultados finais sem considerar o processo de obtenção desses resultados, incluindo o exercício da liberdade) e “resultados abrangentes” (considerando os processos pelos quais os resultados de culminância ocorreram) - uma distinção de importância

Esta característica é de fundamental constatação tanto para a economia quanto para a análise econômica do Direito, por diversas razões: por um lado, na formulação de políticas públicas, os formuladores devem considerar que, havendo duas ou mais maneiras de se implementar uma política maximizadora do bem estar social, a maneira a ser escolhida deve ser aquela que privilegie a liberdade pessoal dos agentes. Eventualmente, deve mesmo ser escolhida uma determinada política que tenha menor efeito maximizador do bem estar, mas que privilegie a liberdade individual, do que uma política que tenha maior efeito maximizador que venha associada com grande grau de centralização decisória⁴².

Na análise judicial de acordos, o juiz deve ter em mente que não só a liberdade de contratar deve ser preservada, o que de certa forma já estará fazendo se assumir que a alocação de recursos mais eficiente foi a dada pelas partes, mas também que a solução para o conflito deve ser, dentre aquelas que respeitem a eficiência da transação, a que menos restrinja a liberdade das partes⁴³.

Análise econômica positiva e normativa.

Na seara das diversas aplicações da análise econômica, uma diferenciação importante é aquela entre análise econômica normativa e positiva do direito⁴⁴, isto é, a

fundamental ... o mérito do sistema de mercado não reside apenas em sua capacidade de gerar resultados de culminância mais eficientes”.

⁴² Um interessante exemplo é dado por POSNER (*Economic Analysis*, ...p. 14), ao mencionar que uma determinada escolha, ainda que seja Pareto superior, pode ser indesejada por significar grande restrição às liberdades individuais. Diz ele: “*Who can quarrel with unanimity as a criterion of social choice? Well, a liberal in the nineteenth century sense – one who believes with John Stuart Mill that every person should be entitled to the maximum liberty consistent with not infringing anyone else’s liberty – can quarrel with it. The problem arises when people have preferences concerning each other’s consumption. Imagine a society composed of two individuals (or two homogeneous groups, to make it more realistic). A, a Protestant, doesn’t want B, a Catholic, to read the Catholic Bible. A’s preference is that the Catholic Bible be banned, but if that’s not likely his second choice is that he, A, read the book, as he considers himself sufficiently inoculated against Catholic Heresy. His last choice is that B read the book. B’s first choice is that A be required to read the Catholic Bible – he needs it the most, being a Protestant – and his second choice is that only he himself, B, be allowed to read it. His last choice, obviously, is that the book be banned. So the only thing that A and B agree on is that it is better that A be allowed to read the book than that B be allowed to read it. That is therefore the Pareto-Superior choice. But it is also an illiberal choice, because it involves prohibiting B from reading a book that he wants to read”.*

⁴³ Por exemplo, em um contrato assinado entre A e B para que este pinte a cerca de A, a recusa de B a fazê-lo, após ter recebido pagamento, deverá dar direito a A de reaver o indevidamente pago e obter compensação por eventuais perdas e danos preferencialmente a obrigar B a pintar a cerca de forma forçada, ainda que A possa obter alguma satisfação pessoal do fato de B estar pintando a cerca após ter descumprido o contrato.

⁴⁴ Conforme menciona POSNER (usos y abusos de la teoría económica en el derecho. **In:** ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México :ITAM, 2000, p. 69): “*La distinción entre positivo y normativo, entre explicar el mundo como es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es*

análise econômica como meio de definição e argumentação sobre qual deve ser (e, por isso, também chamada análise prescritiva) um determinado estado de coisas, e a análise econômica como meio de explicação do que é ou do que era um dado estado de coisas (por isso, também chamada de análise descritiva).

Michael TREBILCOCK⁴⁵ afirma que um analista utilizando a análise positiva tenderá a fazer as seguintes perguntas:

“Se esta política (legal) for adotada, quais podemos prever serão os impactos econômicos prováveis, alocativos (o padrão das atividades econômicas) e distributivos (ganhadores e perdedores) desta política, considerando-se as maneiras de acordos com as quais as pessoas provavelmente responderão aos incentivos e desincentivos criados por esta política? Ao prever estas respostas comportamentais, o analista positivo assumirá que a maior parte dos indivíduos são motivados por interesse próprio racional, de modo a maximizar suas utilidades individuais, submetidas as restrições existentes sobre as escolhas disponíveis. Funções de utilidades podem ser infinitamente variadas.”

É provavelmente estranha a um jurista tradicional brasileiro a afirmação de que diversos campos do Direito, sejam estes construídos de forma legal ou jurisprudencial, são baseados em raciocínios econômicos. Mas não há nada a se temer: a análise normativa não prescreve, mas analisa. A forma de análise vale-se da indagação sobre os efeitos de determinada política, e compara-os com os possíveis efeitos de outra determinada política ou mudança legal a ser implementada⁴⁶.

básica para entender el movimiento del AED. Sin embargo, es una distinción difícil para los abogados porque son invariablemente normativos, y tal dificultad es una fuente común de confusión, pues muchas de las críticas que son propiamente señaladas como análisis económico normativo no se aplican para el análisis económico positivo

⁴⁵ The limits ... p. 3. Tradução livre do seguinte texto original:

If this (legal) policy is adopted, what predictions can we make as to the probable economic impacts, allocative (the pattern of economic activities) and distributive (winners and losers), of the policy, given the ways in which people are likely to respond to the particular incentives and disincentives created by the policy? In predicting these behavioural responses, the positive analyst will assume that most individuals are motivated by rational self-interest, in the sense of maximizing their individual utilities, subject to whatever constraints are imposed on the choices open to them. Utility functions may be infinitely varied.”

E ele prossegue: *“Mother Teresa may be motivated out of pure altruism to buy rice on the best possible terms from rice dealers to feed starving children in the streets of Calcuta. Another person may be motivated out of a desire to sustain a decadent lifestyle to buy narcotics for dealing to drug addicts, causing enormous human suffering as a result.”*

⁴⁶ Em suma, trata-se da análise a respeito das mudanças na posição das pessoas afetadas. Elas estarão melhor – em termos de como os individuais percebem seu próprio bem-estar, e não em termos de como uma terceira entidade percebe ou aufero o bem estar dos afetados – do que se encontram no atual regime. Mas aqui também, mais uma vez, a questão da mensurabilidade tem papel fundamental, fazendo com que, nas palavras de TREBILCOCK (The limits of ..., p. 8): *“The central difficulty here is that these impacts on individuals’ utility functions are not directly observable by collective decision makers and there is no ready way of ensuring accurate revelation by individuals of their evaluation of these impacts, thus*

A análise normativa serve, em suma, para determinar a eficiência de determinada política (ou, analogamente, verificar se determinado fato social é ineficiente, o que sugere que uma nova política seja adotada para contrapor o efeito do fato social), bem como para confrontar valores, de forma a possibilitar uma decisão de política pública melhor informada⁴⁷⁴⁸.

Informação, assimetria de informação e comportamento racional.

Já foi mencionado que o ser humano age de maneira racional, isto é, na busca de obter a maximização de seu interesse, ou de sua utilidade, tomará as atitudes que mais provavelmente o levem nesta direção. O comportamento racional pressupõe que o agente tanto saiba qual a ação que deva tomar para maximizar esta utilidade quanto que possa processar os dados disponíveis para formar convencimento apropriado, isto é, que ele disponha de informação. Outra constatação é que, se em uma transação, dois agentes dispõem de informação diferenciada, um deles estará em melhores condições para maximizar sua utilidade, resultando em transação potencialmente ineficiente.

Posner menciona que não é necessária a informação completa para que a tomada de decisão seja racional, explicando que a informação deve ser adquirida até o ponto em que os prováveis benefícios advindos de seu uso sejam maiores do que seu custo de obtenção.⁴⁹⁵⁰

rendering the utilities and disutilities associated with such a decision largely unmeasurable and incommensurable (...) How does one go about determining whether the gains in utility to one group exceed the losses in utility to the other? Thus, economists feel much more confident making welfare judgements about the impact of private exchanges on the parties thereto than the impact of collective decisions on all parties affected by them."

⁴⁷ Conforme menciona Richard POSNER (*Economic Analysis ...*, p. 27): *"Although the economist cannot tell society whether it should seek to limit theft, the economist can show that it would be inefficient to allow unlimited theft and thus clarify a value conflict by showing how much of one value – efficiency – must be sacrificed to achieve another. Or, taking a goal of limiting theft as given, the economist may be able to show that the means by which society has attempted to attain that goal are inefficient – that society could obtain more prevention, at lower cost, by using different methods. If the more efficient methods did not impair any other values, they would be socially desirable even if efficiency were low on the totem pole of social values"*

⁴⁸ Apenas para deixar absolutamente claro para o leitor o exemplo, economistas assumem (e dados confirmam) que a possibilidade de roubo ilimitado é ineficiente porque implica em desrespeito ao direito de propriedade, que possibilita a multiplicação de capital. Além disso, o roubo ilimitado implica em minimização da utilidade dos "roubados", que se vêem frente a incerteza, angústia, tem que incorrer em gastos extras para proteção de seu patrimônio

⁴⁹ Segundo ele (*Economic ...*, p. 19): *"people are not omniscient, but incompletely informed decisions are rational when the costs of acquiring more information exceed the likely benefits in being able to make a better decision. A fully informed decision in such circumstances – the sort of thing a person makes who cannot prioritize his tasks - would be irrational!!!"*

Já no tocante à assimetria de informações, esta é uma constante das interrelações humanas. A teoria dos jogos, por exemplo, trabalha com cenários em que, desde que haja o mínimo conhecimento das regras, a informação incompleta ou assimétrica não prejudica o padrão de ação ⁵¹. Determinados sistemas legais assumem situações de informação assimétrica e chegam mesmo a modificar o padrão geral de entitamentos visando proteger a parte que dispõe de menos informação (como é o caso claro da legislação brasileira de defesa do consumidor).

Influência de considerações de ordem econômica no comportamento humano.

Uma das grandes razões para a existência da análise econômica do direito deriva da constatação que, partindo da premissa básica da racionalidade humana, a utilização de comportamentos racionais pode acarretar conflitos socialmente não desejáveis. Para evitar – ou regular – estes conflitos, criou-se historicamente todo um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Uma certa ‘administração de conflitos’ existe independentemente da existência de normas jurídicas, tomando-se como exemplo o comportamento cooperativo voluntário, mas a maior parte da administração de conflitos é feito através do sistema legal, seja *ex ante* ou *ex post*.

Este sistema legal orienta a conduta dos agentes, encorajando-os a determinadas condutas e desencorajando-os a outras⁵², ainda que estas outras aumentem seu bem estar.

Imagine-se a situação de um motorista de caminhão que, remunerado pelo número de entregas que faz em um determinado ponto da cidade, dirige de forma descuidada e arriscada, colocando em risco não só a sua própria vida como também – e

⁵⁰ Imagine, por exemplo, que a pessoa A pretende tomar a decisão de instalar um negócio no ponto Y. Ele entende que o negócio gerará um lucro X ao longo de um determinado período de tempo, independente do local, e que, dependendo do local, o lucro poderá ser de X+1 a X+10. Se a pesquisa de mercado necessária para se determinar o melhor local teria custo (custo de informação) superior a 10, será irracional contratá-la.

⁵¹ Conforme Marcelo CALLIARI (A aplicabilidade ...p. 15): “É evidente que não se assume conhecimento completo, e há jogos que lidam exatamente com situações de informação incompleta para ambos, ou nas quais há assimetria de informação e em que um jogador busca obter informações do outro. Pressupõe-se, contudo, um conhecimento mínimo das regras, sem o qual não existe jogo”.

⁵² Na síntese de TREBILCOCK (The limits of ..., p. 4)., “...the fundamental presumption of neo-classical economics: (is) that economic agents, in all their various activities, respond to incentives. This proposition is central to understanding the functioning of any pricing system, whether it involves explicit (grocery store) prices, or implicit (penalties for different crimes) prices. To the neo-classical economist, the legal system is simply an institutional arrangement for prescribing, and setting implicit prices for, certain activities, within some over-arching consequentialist objective.”

principalmente, a dos demais motoristas. A existência de multas de trânsito e de regras sobre responsabilidade civil por danos causados coloca um freio (ou, em jargão econômico, um preço) a seu interesse de andar a maior velocidade possível, aumentando o número de entregas e, por consequência, sua receita. A velocidade continuará alta se este preço (a pagar por sua infração) for inferior ao aumento de bem estar (ou utilidade) esperado, mas o motorista obedecerá às regras de limite de velocidade se o preço for superior ao aumento de bem estar esperado⁵³⁵⁴.

Comparações interpessoais.

Conforme mencionado anteriormente, um problema recorrente na análise econômica do Direito é o problema da dificuldade de se efetuar comparações de utilidade, de benefício, e de bem estar – em síntese, de comparar valores de difícil quantificação. Não obstante, como muitas vezes a análise econômica do Direito trabalha com dados não monetizáveis⁵⁵⁵⁶, o problema deve ser enfrentado, e se a análise

⁵³ A este respeito, Lewis KORNHAUSER, *El nuevo análisis económico del derecho*. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México :ITAM, 2000, p. 23 “... al elegir un comportamiento el agente considerará ex ante el precio establecido sobre cualquier derecho que la acción pueda infringir. En el régimen legal que regula los accidentes, las víctimas tienen el derecho a no sufrir pérdidas económicas como resultado de la negligencia de otros. Este derecho se encuentra protegido por una regla de responsabilidad. Los agentes, al elegir un nivel de cautela (o un nivel de actividad), consideran el precio que la regla de responsabilidad leja para su elección particular de nivel de cautela. De manera similar el contratante, al contemplar la posibilidad de incumplimiento, considera el costo en que habrá de incurrir por infringir el derecho de su contraparte para efectuar el contrato.”

⁵⁴ Esta, por sinal, a lição do clássico precursor da análise econômica do Direito, referente à responsabilidade civil, da autoria de Guido CALABRESI, *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. (a versão consultada para esta tese é da Yale University Press, de 1970)

⁵⁵ Conforme Marcelo CALLIARI (a aplicabilidade ..., p. 13): “Frequentemente jogos – exatamente como situações da vida real – lidam com questões monetárias, e normalmente assume-se, para fins de simplificação, que o jogador racional preferirá ganhar dinheiro a perder dinheiro, e preferirá também ganhar uma quantia maior a ganhar uma quantia menor. Sem dúvida é o que ocorre na imensa maioria dos casos. É importante no entanto destacar que a teoria não equipara necessariamente a maximização de utilidade com maximização do ganho monetário, porque utilidade não é medida em dinheiro”. Até mesmo a comparação de intensidades é algo questionável como parâmetro. Se a utilidade (como reflexo da preferência pessoal) de um racista é aumentada quando do linchamento de uma pessoa de cor diferente em maior grau do que a utilidade de um altruísta quando ajuda uma criança deficiente, deve a primeira escolha ser privilegiada por aumentar o nível geral de utilidade da sociedade? Provavelmente não. Talvez a única razão efetiva de se verificar o grau de utilidade de uma pessoa seja prever seu comportamento racional. Nesse sentido, como menciona Marcelo CALLIARI (a aplicabilidade ..., p. 14), a respeito do método da teoria dos jogos: “Não se trata, portanto, de impor aos jogadores quaisquer escalas de valores predefinidas, em que certos resultados devam ser mais desejáveis do que outros. Antes pelo contrário, a aplicação da teoria da utilidade exige que o comportamento de cada jogador seja analisado à luz de suas próprias preferências. Assim, um terrorista carregando uma bomba em seu próprio corpo dentro de um shopping center pode, seja por convicções religiosas, seja por pressões sociais, efetivamente preferir levar a cabo sua missão e morrer do que fracassar e sobreviver. Neste caso, tudo que se assume é que aja de acordo com tais convicções, e sua escolha será racional se favorecer à estratégia que melhor leva a seu resultado preferido”.

econômica pretende ter algum rigorismo enquanto método científico ou quase-científico, este problema deve ser resolvido, adotando-se algum mecanismo de comparação.

Por essa razão (embora, nesse caso, o mérito não seja da análise econômica do Direito, mas da própria economia), é que, no caso da comparação interpessoal de utilidade, conforme moderna aplicação da teoria da escolha, a “*sua identificação com prazer ou satisfação de desejo tem sido em grande medida abandonada em favor de considerar a utilidade simplesmente a representação numérica da escolha de uma pessoa*”⁵⁷, o que foi feito como “*reação às críticas (...)segundo os quais as comparações interpessoais de mentes de diferentes pessoas eram ‘sem sentido’ do ponto de vista científico*”. Desta constatação, a moderna teoria utilitarista evoluiu a ponto de considerar que a utilidade tradicional nada mais é do que a preferência de uma determinada pessoa⁵⁸⁵⁹.

Mesmo essa evolução ainda não resolveu todas as dificuldades inerentes ao problema das comparações, pois há diferentes níveis de preferência, e o comportamento de escolha não é um parâmetro seguro, pois as mesmas escolhas podem ser tomadas por pessoas com preferências de diferentes intensidades⁶⁰.

⁵⁶ Joel TRACHTMAN e Jeffrey DUNOFF. *Economic Analysis of International Law. The Yale Journal of International.* Vol. 24, #1, p. 7.

Many of us are uncomfortable with economics, both because we distrust its theory and methodology, and, more embarrassingly, because we are uncertain that we have the quantitative or other skills needed to use these tools. Complex graphs, charts and multivariable equations may deter those trained in law from employing economic analysis. These tools, however, are not necessary for all types of economic analysis of law and, in fact, the highly mathematical formal analysis that economists often use has, to date, shed little light on the issue that most interest international lawyers. Many of the most relevant and useful tool of analysis for our issues do not require mathematical skill.

⁵⁷ Ambas as citações de SEN, *Desenvolvimento como ...*, p. 87.

⁵⁸ Assim, no dizer de SEN, *Desenvolvimento como ...*, p. 87.: “... nesta versão da teoria utilitarista, que uma pessoa tem mais utilidade em um estado x do que em um estado y não difere essencialmente de dizer que ela preferiria estar no estado x a estar no estado y.

⁵⁹ Conforme Marcelo CALLIARI (a aplicabilidade ..., p. 12): “...há autores que ressaltam que a premissa da racionalidade dos jogadores constitui pouco mais do que uma tautologia, na medida em que a função de utilidade de cada jogador é construída a partir de suas próprias preferências. Assim, seria mais correto afirmar que o resultado A tem mais utilidade para um jogador do que o resultado B porque ele prefere A a B do que afirmar que o resultado A é preferido a B pelo jogador porque tem maior utilidade do que B. A função de utilidade de um jogador, assim, nada mais é do que uma construção formal que busca simular um levantamento de todas as preferências de determinada pessoa, ordenando-as e quantificando-as de modo a permitir que possam ser tratadas matematicamente.”

⁶⁰ Conforme SEN, *Desenvolvimento como ...*, p. 88: “.. se uma pessoa obtém exatamente a metade (ou um terço, um centésimo, um milionésimo) da utilidade que outra pessoa obtém de cada pacote de mercadorias, ambas terão o mesmo comportamento de escolha e uma função de demanda idêntica, mas claramente – por construção – não o mesmo nível de utilidade de qualquer pacote de mercadorias”. Ou, conforme Joel PAUL (Do International ..., p. 17-8): “Every person’s marginal utility varies, and each individual’s marginal utility changes as her income rises or falls. As a result, if two individuals receive \$ 100, they will not necessarily experience the same increase in marginal utility. A wealthy person who does not need any more money will generally value the additional \$ 100 less than a poor person, for

Um grande desafio da análise econômica do direito é como utilizar a comparação interpessoal como ferramenta eficaz para análise normativa ou positiva? Esta tarefa é mais fácil em relações bilaterais simples, como no exemplo do roubo, em que a utilidade do ladrão aumenta e o do lesado diminui ⁶¹, e mais complexa naquelas relações com vários atores ou em que dois atores representam interesses variados (como no caso dos Estados, que são agentes de seus grupos internos). Este artigo não vai abordar esta complexa questão, mas na sequência se verificará, ao discorrer sobre os casos concretos na área do direito do consumidor, que estas comparações são possíveis.

Análise econômica e direito do consumidor.

Da exposição que se fez anteriormente, podem ser extraídas várias conclusões. Dentre elas, opta-se por destacar as seguintes:

- a análise econômica do direito é criticada por ser conservadora;
- a eficiência monetária não deve ser o único critério de tomada de decisão;
- ser humano é racional, maximizador de seu interesse, mas a expressão de suas preferências é limitada pela informação disponível;
- políticas públicas não devem ser guiadas exclusivamente pela eficiência, mas podem considerar também outros valores sociais;
- a comparação interpessoal de preferências é complexa, mas pode servir como ferramenta de tomada de decisão;
- seres humanos reagem incentivos, e estes incentivos podem ser punições e recompensas.

O objetivo principal deste artigo é definir como o direito do consumidor se relaciona com tudo que foi falado até o momento e analisar como as ferramentas apresentadas até aqui podem ajudar o operador jurídico a tomar decisões no que diz

whom \$ 100 may represent an enormous sum. In general, the more wealth a personal has, the less satisfaction (marginal utility) she will gain from each additional dollar she earns."

⁶¹ Mas mesmo nesses casos, para uma comparação em termos sociais, deve ser avaliada a utilidade não apenas dos diretamente afetados, mas também daqueles que são afetados indiretamente, por receberem incentivos (positivos ou negativos) derivados da relação. No exemplo, se a intenção é medir a variação geral da utilidade, deve ser considerada também a utilidade dos indiretamente afetados (de um lado, aqueles que recebem incentivos negativos, os detentores de propriedade privada, de outro os que recebem incentivos positivos, os potenciais ladrões).

respeito à aplicação e a construção de novas normas no âmbito do direito do consumidor.

Estas são questões relevantes, e a principal contribuição da análise econômica é facilitar ao intérprete compreender as consequências das normas jurídicas de proteção ao consumidor. Por exemplo, tomando como premissa que quanto maior o nível de proteção ao consumidor, maior o custo imposto ao fornecedor (para propiciar esta segurança), há duas principais questões: (i) em que medida este aumento de proteção ao consumidor é eficiente (considerando os resultados alcançados comparados com o custo) na consecução do fim proposto (proporcionar maior segurança ao consumidor), se comparado com outras medidas possíveis; (ii) em que medida este aumento de custo impede o acesso de consumidores ao bem de consumo⁶².

Tome-se agora uma situação prática. A indenização por danos morais ‘presumida’, isto é, ipso facto, em casos de inscrição indevida em cadastros restritivos de crédito. Análise econômica pode ajudar a responder questões como: (i) as indenizações atualmente concedidas são suficientes para induzir mudanças de comportamento de fornecedores? (ii) a perspectiva de receber indenizações como as comumente concedidas incentiva o consumidor a adotar comportamentos de risco? (iii) as indenizações atualmente concedidas deixam o consumidor beneficiado *better off* do que estava antes? Estas e muitas outras questões relevantes podem ser respondidas com o uso de mecanismos da análise econômica – se estas respostas não influenciarão necessariamente na mudança da jurisprudência ou da legislação aplicável, ao menos permitirão ao operador entender melhor todos os aspectos envolvidos, incluindo os custos e incentivos gerados.

⁶² Tomando como exemplo um caso prosaico que foi objeto de discussão entre este autor e o professor Everton das Neves Gonçalves, imagine-se que determinada parcela (ínfima) da população consumidora de serviços educacionais sofre de alergia a pó de giz, e que giz é usado na maior parte de sala de aulas do país. Considerando-se que esta alergia deva ser evitada (permitir que a população alérgica sofresse tal alergia também seria uma opção), abrem-se três opções. (i) Impedir que tais alunos frequentem aulas; (ii) obrigar a que todas as aulas sejam dadas com quadro branco; (iii) comprar protetores que impeçam que, quando o professor escreve no quadro, pó de giz seja lançado ao ambiente. A primeira opção parece socialmente indesejável; a segunda tem custos significativos, e pode eventualmente (devido aos custos de implementação) significar que alguns alunos que não tem tal alergia não possam mais frequentar as aulas, devido ao aumento de mensalidade; a terceira opção pode não ser viável ou pode também ter custos significativos.

Ao ensinar o tomador de decisão a considerar estas potenciais consequências, a análise econômica do direito permite uma melhor tomada de decisão.

Outro exemplo: em artigo de autoria deste autor⁶³ foi proposto, com base na aplicação de ferramenta de análise de custo benefício própria da análise econômica do direito, que a observância de certos deveres acessórios pelos fornecedores de crédito seria benéfica, pois maximizaria a utilidade geral dos envolvidos. Afirmou-se:

“Como dito anteriormente, nem toda concessão de crédito maximiza a utilidade do consumidor, mas toda concessão de crédito é potencialmente perigosa⁶⁴. Só esta constatação – o perigo envolvido - justifica a existência destes deveres⁶⁵.”

A vantajosidade da concessão de crédito para o consumidor não se mede em termos puramente econômicos ou financeiros, mas sim como produto de uma função das consequências positivas (utilidade) e negativas (onerosidade).

(...)

O principal argumento contrário à imposição deste dever ao fornecedor é que obrigar o fornecedor a atendê-lo implica em custos que certamente serão repassados aos consumidores. O argumento é verdadeiro, já que a criação de qualquer novo ônus implica em custos, e os custos são repassados ao destinatário final. Mesmo assim, conforme mencionado, após análise custo-benefício, acredita-se que os benefícios aos consumidores decorrentes do acesso a estas informações superam significativamente os custos desta disponibilização, que são pequenos.

Os custos são pequenos, pois, como regra geral, o fornecedor terá facilidade no cumprimento destes deveres a baixo custo, pois tem (ou se presume que tenha) experiência necessária para informar quais são estas consequências prováveis (e pode fazê-lo com baixo custo transacional) e, a partir de informações básicas fornecidas pelo consumidor, pode efetuar advertências

⁶³ Aspectos jurídicos pré-contratuais da concessão de crédito ao consumidor: existência de deveres acessórios complementares às obrigações genéricas previstas no CDC. Artigo aceito para publicação na Revista do Direito de Consumidor, volume 98, a ser publicada em maio de 2015.

⁶⁴ [n.r. contida no original] Situação encontrada repetidamente ao redor do mundo. Brian Melzer (The real costs of credit access: Evidence from the payday lending market. *The Quarterly Journal of Economics*. Oxford University Press. Vol. 126, 2011 p. 517-555, disponível para acesso em <http://bit.ly/10M01tZ>, acesso em 17 de dezembro de 2014.) afirma, ao comentar a prática do ‘payday lending’ (ver definição infra): “ *I find that payday borrowing has important real costs. Specifically, my findings strongly support the conclusion that loan access increases households’ difficulty in paying mortgage, rent and utilities bills. Loan access also appears to increase the likelihood of delaying needed medical care, dental care and prescription drug purchases, though empirical support for these conclusions is somewhat weaker. Contrary to the view that improving credit access facilitates important expenditures, the empirical results suggest that, for some low-income households, the debt service burden imposed by borrowing inhibits their ability to pay important bills.*”

[tradução livre]

“Descobri que empréstimo de dia do pagamento tem custos reais importantes. Especificamente, minhas descobertas fortemente suportam a conclusão que acesso a estes empréstimos aumentam a dificuldades em pagar a hipoteca, aluguel e contas de serviços públicos. Acesso a estes empréstimos também parecem aumentar a probabilidade que despesas com saúde, dentais e compra de medicamentos sejam postergadas, embora o suporte empírico para tais conclusões seja mais fraco. Contrariamente à visão que aumentar acesso ao crédito facilita gastos importantes, os resultados empíricos sugerem que, para certas famílias de baixa renda, o ônus do serviço da dívida imposto pelo empréstimo inibe a capacidade de pagar contas importantes.”

⁶⁵ [n.r. contida no original] A propósito, a partir deste momento ora vai se falar em dever (porque, todas as obrigações aqui mencionadas podem ser consideradas como partes do dever de informação) ora em deveres, porque conjuntamente com o dever de informar há também o dever de cooperar e de não lesar.

necessárias que lhe darão mais informações. O consumidor poderá, por conseguinte, tomar uma melhor decisão (decisão mais informada), que pode ser, inclusive, a de não consumir. (...)

Estas duas são apenas algumas das situações específicas em que é possível aplicar-se análise econômica a institutos e normas de proteção ao consumidor. Muitas outras situações poderiam ser mencionadas: por exemplo, adoção (ou não) do dever de indenizar independentemente da existência de defeito; limitação (ou ampliação) da atuação do Ministério Público na defesa do consumidor; aumento (ou redução) dos poderes do PROCON ao lidar com reclamações de consumidores, e etc. Insista-se: as possibilidades de aplicação da análise econômica ao direito do consumidor são virtualmente infinitas.

O objetivo deste artigo, conforme se mencionou, é apenas demonstrar que a aplicação de ferramentas e métodos de análise da análise econômica do Direito também é possível e desejável mesmo em ramos do direito que apresentam regulação mais diretiva (com menos espectro para livre contratação). Acredita-se que os exemplos supra, precedidos da introdução geral a conceitos e métodos da análise econômica, já demonstram tanto a possibilidade quanto a conveniência de aplicação da análise econômica do direito ao direito do consumidor, tanto para realização de análises positivas quanto normativas.

Conclusão

Os exemplos e possibilidades de uso de ferramentas da análise econômica do Direito no campo do Direito do consumidor são inúmeros. Acredita-se que a demonstração, neste artigo, da viabilidade da aplicação da análise econômica a pontos específicos do direito do consumidor, possa abrir uma nova linha de estudos, na qual novas análises possam ser realizadas a partir desta perspectiva. Este método de trabalho e suas ferramentas não são novos ou originais, mas são relativamente desconhecidos no direito do consumidor, o que parece justificar a elaboração deste artigo introdutório ao tema.

Bibliografia.

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. Yale University Press, de 1970.

CALLIARI, Marcelo. *A aplicabilidade da teoria dos jogos ao direito internacional: um estudo exploratório*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 2003,

COASE, Ronald. The problem of Social Cost. In: Coase, Ronald. *The Firm, the market and the Law*. Chicago:University of Chicago Press, 1990.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo:Martins Fontes, 1999

FARBER, Daniel. The problematics of the Pareto Principle. University of California at Berkeley Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series 114, 2003.

KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steve. All individuals may be made worse off under any nonwelfarist principle. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series N. 350.

KORNHAUSER, Lewis. El nuevo análisis econômico del derecho. **In:** ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México :ITAM, 2000

MELZER, Brian. The real costs of credit access: Evidence from the payday lending market. *The Quarterly Journal of Economics*. Oxford University Press. Vol. 126, 2011 p. 517-555, disponível para acesso em <http://bit.ly/10M01tZ>, acesso em 17 de dezembro de 2014.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo:RT, 2000, 2ª ed.,

PAUL, Joel R. Do International Trade Institutions contribute to economic growth and development. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, p. 1, 2003.

POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Boston:Little, Brown & Co. 1989, 2a edição, 1989.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law and Business. 5 ed, 1998.

----- Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. **In:** ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México :ITAM, 2000.

RUBIN, Paul. Derecho Consuetudinario Y Derecho Estatutário. In; ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*.Mexico, ITAM, 2000, p. 312 – 317.

----- Por qué es eficiente el derecho consuetudinario? In; ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*.Mexico, ITAM, 2000, p. 332 – 345.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

------. Social choice theory. In: *Handbook of Mathematical Economics*, Vol. 3, capítulo 22.

SILVA NETO, Orlando Celso da. A continuidade do serviço público face à inadimplência do usuário: análise econômica da jurisprudência predominante. Anais do III Congresso Brasileiro de Regulação dos Serviços Públicos concedidos. Gramado, 25 a 28 de maio de 2003. Associação Brasileira de Agências Reguladoras'.

------. Aspectos jurídicos pré-contratuais da concessão de crédito ao consumidor: existência de deveres acessórios complementares às obrigações genéricas previstas no CDC. Artigo aceito para publicação na Revista do Direito de Consumidor, volume 98, a ser publicada em maio de 2015.

TRACHTMAN, Joel e DUNOFF, Jeffrey. Economic Analysis of International Law. *The Yale Journal of International*. Vol. 24, #1, p. 7.

TREBILCOCK, Michael. The limits of freedom of contract. Cambridge, Harvard University Press, 1993.