

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

FILOSOFIA DO DIREITO

CONSTANÇA TEREZINHA MARCONDES CESAR

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

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-056-5

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. Filosofia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

É com satisfação que apresentamos os trabalhos apresentados no GT de Filosofia do Direito do XXIV Encontro Nacional do Conpedi, realizado no campus da Universidade Federal de Sergipe. É sempre preciosa uma oportunidade de discutir um campo tão antigo, e tão importante para compreender e também testar os limites do pensamento jurídico. Os pesquisadores, uma vez mais, demonstraram como é rica e plural a produção jurídico-filosófica nas escolas de direito no Brasil. Mais do que a quantidade, precisamos aumentar a qualidade do trabalho em filosofia do direito, e o evento abraçou essa ideia.

O livro tem uma importância dupla. Por um lado, registra o trabalho desenvolvido pelos pesquisadores e apresentados à avaliação e seleção desta banca; por outro, permite ampliar a perspectiva e continuar os diálogos que apenas iniciaram nos poucos minutos destinados à apresentação de cada trabalho. A pesquisa, ainda mais quando envolve a reflexão filosófica, pede calma, e seria muito limitada se constituída apenas da apresentação e da sessão de perguntas. O texto, amadurecido e costurado pelos autores, permite o contato silencioso e calmo com cada trabalho apresentado, singularmente valioso.

Este livro é, antes de tudo, um convite à conversa e à reflexão. Entre tantos e variados temas, cada leitor encontrará uma mesa em que se sentirá mais à vontade, puxará sua cadeira e interagirá com dedicados pesquisadores. Esperamos que a publicação desses trabalhos integre mais pessoas à deliciosa conversa do dia 4 de julho de 2015.

Os coordenadores.

EFICIÊNCIA EM VEZ DE JUSTIÇA? UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

EFFICIENCY INSTEAD OF JUSTICE? A CRITICAL APPROACH TO PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Vinicius Figueiredo Chaves

Resumo

RESUMO: A partir de pesquisa bibliográfica, sob o método dedutivo-qualitativo, realiza-se abordagem teórica sobre o movimento Direito e Economia (Análise Econômica do Direito), com foco na investigação e questionamento dos seus fundamentos filosóficos. De início, apresentam-se as linhas gerais da disciplina, descrevendo-se os fundamentos e critérios utilizados. O trabalho continua com a apresentação de concepções teóricas diferenciadas acerca das relações entre eficiência e justiça, apontando: i) pressuposições que negam tais relações; ii) determinam uma ordem de prioridade de uma sobre a outra; ou iii) aceitam uma conexão entre ambas. Conclui-se que o uso de instrumental teórico e empírico da economia constitui interessante mecanismo de averiguação da adequação de escolhas normativas segundo critérios de eficiência, mas a eficiência não pode ser compreendida como um critério normativo exclusivo de fundamentação para tais escolhas, especialmente quando estiverem em xeque as noções de justiça e valor inerentes ao direito. As múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça devem ser consideradas, com esforço para a realização de ambos os objetivos.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito e economia; escolhas normativas; eficiência; justiça; interdependências.

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: Based on bibliographic research, under the deductive-qualitative method, the paper carried out theoretical approach about the Law and Economics (Economic Analysis of Law) movement, focusing on research and questioning of its philosophical foundations. At first, we present the outline of the movement, describing the rationale and criteria used. The paper continues with the presentation of different theoretical concepts of the relationship between efficiency and justice, focusing on: i) assumptions to deny such relationships; ii) determine a priority order of one over the other; or iii) accept a connection between both. We conclude that the use of theoretical and empirical tools of economics is an interesting mechanism of ascertaining the adequacy of regulatory choices according to efficiency criteria, but the efficiency can't be understood as a unique normative standard of reasoning for such choices, especially when the notions of justice and values inherent in law are challenged. The multiple interdependencies between efficiency and justice should be considered, with efforts to the achievement of both goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: law and economics; normative choices; efficiency; justice; interdependencies.

Introdução

A palavra justiça comporta inúmeros valores e tem conduzido filósofos, sociólogos, juristas e economistas à elaboração de determinadas concepções, fruto de representações que lhe atribuem diferentes sentidos. Como destaca Chaïm Perelman (2005, p. 4), tais noções usualmente acoplam ao termo um valor que lhe define, como tem sido em relação à equidade, à distribuição e ao reconhecimento, exemplos de valores atrelados a algumas concepções atuais da justiça¹.

Dentre as perspectivas atuais e mais correntes, uma delas tem sido crescentemente discutida a partir da quadra final do século XX: a noção de *justiça como eficiência*. Este sentido para a justiça vem sendo construído na esteira do desenvolvimento do movimento de pensamento conhecido como *Law and Economics*, cuja proposta principal consiste na utilização de um instrumental teórico e empírico da economia como forma de exame e compreensão dos impactos do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos.

O estudo e propostas de aplicação da *Law and Economics* têm se expandido no Brasil, onde é conhecido como *Direito e Economia* ou, simplesmente, *Análise Econômica do Direito*². Uma das características dessa expansão tem sido a ambiguidade no tratamento da matéria, tendo como consequência a sua aplicação: i) tanto erradamente, como solução para a apresentação de respostas definitivas para dilemas normativos ou como disciplina limitada ao debate acerca do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas; e ii) quanto acertadamente, para apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas (SALAMA, 2013, p. 2-3). De qualquer modo, ambas as maneiras de compreensão da aproximação entre a economia e

¹ A palavra *justiça* comporta diferentes significações: i) uma virtude moral; ii) uma qualidade pela qual o ato exterior é justo ou comensurado a outro; iii) um fim do ordenamento jurídico (CASAUBÓN, 1977, p. 22). Além disto, contempla também uma extensa gama de valores, o que tem dado margem à elaboração de distintas concepções que lhe atribuem diferentes sentidos (contemporaneamente, valores como equidade, reconhecimento, eficiência etc. lhe têm sido acoplados, possibilitando a construção de novas perspectivas de justiça). Para os fins desta investigação - em que a discussão tem como pano de fundo o exame e a compreensão dos impactos do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos, no sentido de apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas -, a justiça não será tratada de maneira acoplada a um destes valores, mas sim como expressão maior da virtude, do correto, do justo, do bem, como critério para o direito. Neste sentido, parecem ser perguntas-chave: i) escolhas normativas devem ser pautadas somente na eficiência? Ou somente na justiça? Ou, ainda, é possível considerar múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, com esforço para realização de ambas?

² Embora seja corrente na doutrina a referência a ambas expressões como sinônimas, entende-se como mais apropriada a utilização da expressão *Direito e Economia*, por sua maior propensão para destacar a ênfase na intersecção entre as disciplinas, ou seja, o estudo das relações entre a economia e o direito, e não simplesmente a leitura de uma delas a partir de pressuposições teóricas e metodologia da outra.

o direito implicam num novo significado para o sujeito jurídico, ao atrelá-lo ao *homo oeconomicus*, permitindo as mais variadas reflexões.

Esse debate acerca da aplicação do instrumental teórico e empírico da economia, muito embora não limitado à problemática geral do relacionamento entre a eficiência e a justiça, tem nessa discussão significativo apelo. A temática presta-se a contribuir para importantes reflexões sociais contemporâneas, justificando abordagens específicas em torno da questão para um melhor conhecimento e interesse nessa linha de pesquisa. Neste sentido, diante do tema proposto, formula-se o seguinte problema de pesquisa que se buscará responder ao longo do trabalho: os critérios de eficiência podem constituir, sozinhos, fundamento ético-hermenêutico para escolhas normativas? A construção de resposta adequada à indagação depende de discussão acerca dos fundamentos filosóficos da *Análise Econômica do Direito*, assumindo igual relevância o exame das concepções teóricas que: i) negam a existência de relações entre eficiência e justiça; ii) determinam uma ordem de prioridade de uma em relação à outra; iii) aceitam uma conexão entre ambas.

O trabalho tem como objetivo contribuir para o esclarecimento de algumas concepções importantes do movimento *Direito e Economia*, para em seguida apresentar e questionar os seus fundamentos filosóficos. Parte-se do pressuposto de que a eficiência (e a maximização) não podem consistir, exclusivamente, na fundamentação ética do direito, visto que tais princípios se relacionam mais com métricas quantitativas (como a relação custos versus benefícios) do que com a de noção de Justiça e com a sensibilidade e ancoragem em valores. Tomar esse caminho significa: i) sustentar a inadequação de uma visão puramente econômica, desvinculada de aspectos sociais, em prol do desafio de aliar eficiência econômica e efetividade social; e ii) defender a intersecção entre direito e economia (assim como de outras ciências), e não a colonização de uma ciência pela outra.

Para alcançar os objetivos especificados, realizou-se levantamento e análise da literatura nos campos econômico, jurídico, juseconômico e jusfilosófico, pautando-se na abordagem transdisciplinar entre economia e direito. Foram exploradas doutrinas em âmbito nacional e internacional acerca das relações entre economia/direito e eficiência/justiça. O método utilizado foi o dedutivo-qualitativo.

1.Considerações iniciais sobre o movimento *Direito e Economia* (ou *Análise Econômica do Direito*)

O campo de estudos que envolve a análise econômica do direito se inicia ainda no século XVIII, com o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham. A obra do autor esteve voltada para a investigação do comportamento dos atores sociais em face de incentivos legais, com a aplicação de uma medida de bem-estar social - denominada utilitarismo – como instrumento de avaliação de resultados (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1.666).

Com a publicação da obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), Bentham inaugura uma corrente de pensamento ético, político e econômico. A primeira observação a fazer é que o autor propõe a aplicação do princípio da utilidade (ou da maior felicidade) como fundamento da conduta individual e social, em que os sentimentos de dor e prazer influenciam aquilo que deve ser feito e o modo como, vinculando em parte a norma que distingue o que é reto do que é errado. Como se pode notar, o princípio em questão estabelece a noção de busca da maior felicidade daqueles cujo interesse se encontra em jogo – seja um indivíduo em particular ou a sociedade em geral -, sendo apontado por Bentham como a justa e adequada finalidade da ação humana. Deste modo, constitui a medida de aprovação ou desaprovação de qualquer ação, segundo a tendência que a mesma incorpora de aumentar (ação boa) ou diminuir (ação má) a felicidade da pessoa com interesse em discussão (BENTHAM, 1789). Em outras palavras, uma ação é correta quando tem como consequência a maximização da felicidade ou do bem-estar.

Embora a teoria econômica tenha se desenvolvido sobremaneira na quadra final do século XX e em todo o XIX, os estudos no campo da análise econômica do direito restaram pouco desenvolvidos até o século seguinte, mais precisamente até a década de 60, quando o interesse econômico na análise do direito passa a ser estimulado por novas pressuposições teóricas. É nesse contexto que se opera o surgimento do movimento *Direito e Economia*, fruto de construções teóricas surgidas a partir da segunda metade do século XX³, provenientes de elaborações doutrinárias de autores como Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner. Segundo a doutrina prevalecente, o seu marco histórico é o ano de 1960, com a publicação do artigo “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase, trabalho apontado como inaugural desta tradição de pensamento⁴.

³ No curso da história, outras abordagens teóricas também se debruçaram sobre o estudo das relações entre a economia e o direito. Podem ser citados, como exemplos, os pressupostos assumidos pelo Marxismo e pela Escola de Frankfurt.

⁴ Alfredo Copetti Neto e José Luiz Bolzan de Moraes discordam desta assertiva. Advertem que uma primeira corrente *Law and Economics* fora desenvolvida entre o final do século XIX e o início do século XX. Sua origem estaria na German e English Historical School of Economics, no Institucionalismo e no Pragmatismo Americanos.

Direito e Economia ou *Análise Econômica do Direito* pode ser definido como “um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições político-jurídicas” (SALAMA, 2013, p. 3), uma forma de “[...] compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da ciência econômica” (PARREIRA; BENACCHIO, 2012, p. 184). A disciplina se presta a estudar as respostas a duas questões fundamentais:

- (a) Uma questão positiva, relacionada ao impacto das leis e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere a suas decisões e seus reflexos para a prosperidade social (*social welfare*); e (b) uma questão normativa, relacionada às relativas vantagens de normas em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social (GAROUPA; GINSBURG, 2014, p. 139-140).

1.1.A proposta de utilização do instrumental teórico e empírico da economia para a compreensão das implicações do ordenamento jurídico

Para a compreensão dessas dimensões positiva e normativa – que implicam a avaliação dos efeitos das normas sobre o comportamento de atores relevantes e a consequente análise se tais efeitos são socialmente desejáveis (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1.666) -, propõe-se a utilização de um instrumental teórico e empírico da economia “para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico” (GICO JR., 2014, p. 14) e, também, a sua própria lógica (racionalidade). Deste modo, a disciplina é apresentada como forma de exame e compreensão dos impactos do arcabouço legal sobre o mundo dos fatos, implicando, assim, num novo significado para o sujeito jurídico ao atrelá-lo ao *homo oeconomicus*, elemento central do paradigma econômico.

A questão é bem explicitada por Robert Cooter e Thomas Ullen, mediante a utilização das variáveis sanções e preços, com seus impactos nos comportamentos. Segundo os autores, a economia provê uma teoria científica que permite prever os efeitos das sanções legais em comportamentos, sendo que estes se apresentam como respostas consideradas relevantes para

A partir da segunda metade do século XX, teria sido desenvolvido o segundo movimento *Law And Economics*, proveniente de estudos elaborados na Universidade de Chicago, pautados na utilização da microeconomia neoclássica subjetivista no direito. Este segundo movimento, teria avocado para si um “conceito restrito de ciência, a partir do individualismo metodológico, e um conceito matematizado e purificado de economia, como ciência de meios, focada na escassez [...]” (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 54).

fazer, revisar, revogar e interpretar as leis. De acordo com este raciocínio, economistas encontram coincidências entre sanções e preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções legais da mesma forma como respondem aos preços. Como uma resposta a preços mais elevados, as pessoas consomem menos do bem mais caro; como resposta a sanções legais severas, fazem menos da atividade sancionada (COOTER; ULEN, 2010, p. 3).

Com base na lógica descrita acima, os adeptos da *Análise Econômica do Direito* defendem que a economia tem teorias matemáticas precisas (tais como a teoria dos preços e a teoria dos jogos) e alguns métodos empíricos (tais como a estatística e a econometria) para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento.

2.Os critérios de eficiência

Dentre os principais parâmetros utilizados na metodologia da disciplina se encontram os chamados “critérios de eficiência”, tais como a *eficiência de Pareto* e o *critério de Kaldor-Hicks*, tidos como aptos para avaliar o atingimento dos melhores resultados com o mínimo de desperdício. Conforme ensina Stanley L. Brue, Pareto demonstrou as condições para a hoje conhecida “otimização de Pareto”, segundo o qual o bem-estar máximo “ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior” (BRUE, 2013, p. 394). Por sua vez, na década de 30 Nicholas Kaldor e John R. Hicks revigoraram à proposta de Pareto à manutenção – sofisticação – de sua cientificidade e aplicabilidade, criando critério que definiu que “os vencedores de uma apontada situação deveriam ter lucrado mais do que os perdedores teriam perdido, ao ponto de poder compensá-los pelas suas perdas e, ainda assim, permanecer em um estado melhor do que se encontravam anteriormente” (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 69-70).

De acordo com as pressuposições da *Análise Econômica do Direito*, o emprego desse instrumental econômico, pautado em critérios de eficiência, dá-se com a finalidade de “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências” (GICO JR., 2014, p. 1), ou seja, uma espécie de leitura do direito a partir de seus resultados, que se vale de métricas propostas pela economia e seu ferramental teórico e empírico.

2.1.Os critérios de eficiência e a concepção econômica predominante em nosso tempo: escolhas racionais e a ideia de maximização como lógica comportamental

Após a descrição das linhas gerais sobre os fundamentos e critérios utilizados pela disciplina *Direito e Economia*, tem-se como oportuna a análise mais ampla da própria economia enquanto realidade sociológica e ciência social; e também das noções de escolhas racionais e maximização como lógica comportamental, paradigma ainda predominante.

A palavra economia deita suas raízes etimológicas na expressão grega *oikonomia*. Suas primeiras referências surgem na Grécia Antiga, na doutrina de Aristóteles (VASCONCELLOS, 2005, p. 15), mas é a partir do século XVIII que as abordagens passam a permitir os seus respectivos enquadramentos na condição de escolas ou grupos de pensamento que tratam de determinados aspectos comuns, os quais se apresentam tanto de forma receptiva quanto contrária com relação aos predecessores ou contemporâneos⁵. Como realidade sociológica, a economia representa, de um lado, uma necessidade ou um complexo de necessidades cotidianas materiais e, por outro, uma reserva de meios e ações possíveis para satisfazê-las, onde a escassez⁶ orienta as ações a comportamentos específicos por parte dos agentes (WEBER, 1999, p. 230).

Enquanto ciência social, a economia se encarrega do estudo da forma como “indivíduo e a sociedade decidem empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas” (VASCONCELLOS, 2005, p. 15). Com efeito, o que torna desafiador o seu estudo é o fato de que tais recursos acabam não sendo por si mesmos suficientes para a satisfação das necessidades humanas, e assim a escassez passa a orientar a ação dos indivíduos, levando à necessidade da formulação de escolhas diante das opções disponíveis. Propõem-se, desta forma, conforme descrevem E. K Hunt e Mark Lautzenheiser (2013, p. 467), as mais diversas teorias que se embasam em diferentes premissas, apoiadas implícita ou explicitamente sobre concepções psicológicas e éticas.

O fato é que, com o passar do tempo, algumas das perspectivas relacionadas a determinadas escolas ou grupos de pensamento econômicos se afastaram da preocupação com as necessidades humanas em prol de valores particulares às premissas assumidas, que aceitam

⁵ *Mercantilismo, Fisiocracia, Classicismo, Socialismo Utópico, Marxismo e Socialismo, Historicismo Alemão, Marginalismo e Neoclassicismo*, entre outros, são exemplos de escolas ou grupos de pensamento no campo econômico (BRUE, 2013, p. 8-9).

⁶ Segundo Paulo Sandroni “em termos econômicos, a escassez surge do pressuposto de que as necessidades humanas são infinitas, ao passo que os bens ou os meios de satisfazê-las são sempre finitos” (SANDRONI, 1994. p. 120).

ou pregam a concepção de comportamentos associados à noção de maximização, associando o bem-estar humano não à visão de desenvolvimento das pessoas como serem humanos, mas sim à ideia estreita de satisfação de desejos⁷. De maneira reflexiva, Amartya Sen descreve que se opera uma mudança do centro da atenção da economia, que tendeu a afastar-se do enfoque em questões como a liberdade e a necessidade em favor de objetivos mais estreitos, como as utilidades, rendas e riquezas. Neste sentido, interessante destacar a crítica do autor à abordagem utilitarista, no sentido de que “[...] a estrutura agregativa do utilitarismo não tem interesse na efetiva distribuição das utilidades – nem sensibilidade para essa distribuição [...]” (SEN, 2010, p. 45-81).

Parte da visão acerca da maximização de utilidades se encontra associada à *Teoria da Escolha Racional*⁸, associada à noção de comportamentos com finalidades instrumentais, que acarretam decisões pautadas por critérios de autorealização por parte dos indivíduos, dado o interesse particular no que diz respeito ao atingimento de determinados objetivos frente a um conjunto de oportunidades. Escolhas, portanto, de caráter meramente consequencialista, direcionadas à satisfação de vontades e voltadas à maximização. A Teoria em questão é bem definida por Bruno Salama:

A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidades), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos. Uma escolha é portanto suscitada por uma vontade, e satisfazer esta vontade é a finalidade da escolha. Por isso, pressupõe-se que os

⁷ E. K. HUNT e MARK Lautzenheiser descrevem que a “psicologia e a ética utilitaristas são especialmente bem adaptadas à tarefa de fornecer uma ideologia conservadora para o capitalismo”. Segundo os autores, “o utilitarismo oferece uma defesa intelectual ideal para esse sistema social por duas razões. Primeiro, no utilitarismo, os sentimentos, emoções, ideias, padrões de comportamento e desejos são tidos como metafisicamente dados. Os padrões de socialização, bem como os limites sociais impostos ao crescimento e desenvolvimento das pessoas como seres humanos são excluídos do domínio da investigação; e uma crítica normativa do capitalismo embasada em preocupações humanistas perde o sentido – porque está fora dos limites de qualquer ciência social alicerçada na psicologia e na ética utilitaristas. Segundo, o utilitarismo não apenas considera os desejos humanos como sendo independentes das interações sociais como identifica o bem-estar humano como a satisfação desses desejos e identifica essa satisfação como o consumo de mercadorias. Não surpreende, pois, que o capitalismo – que, como um todo, teve imenso sucesso na expansão contínua da produção de mercadorias – pareça ser um sistema econômico mais propícia à promoção do bem-estar humano, na medida em que o bem-estar humano é concebido de forma tão estreita pela teoria econômica utilitarista” (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p. 467-468).

⁸ Deve-se frisar que a Teoria da Escolha Racional consiste fonte de estudo e aplicação não somente no campo das relações econômicas. Neste sentido, talvez fosse mais oportuno mencionar Teorias da Escolha Racional, devido às múltiplas aplicações.

indivíduos estão ‘maximizando suas utilidades’, sejam as utilidades quais forem (bens materiais, obrigações morais, saúde etc.) (SALAMA, 2013, p. 6).

De uma maneira geral se considera, de acordo com esta perspectiva, que cada agente econômico maximiza algo (ex.: as empresas maximizam os lucros). Este modo de agir estaria associado à ideia de que as pessoas são racionais; e racionalidade requer maximização. Neste sentido, dado ator econômico, baseado numa concepção de racionalidade, optará sempre pela alternativa mais ajustada ao seu próprio interesse e atingimento de seus fins. Tal escolha racional pode ser descrita como maximização, ao passo que a associação das melhores alternativas com os maiores números, “função de utilidade” (COOTER; ULEN, 2010, p. 3).

De forma ilustrativa e crítica, Klaus Mathis descreve a lógica comportamental em questão: “o modelo econômico de comportamento começa com o indivíduo [...]”, e assim “[...] diante de várias alternativas, o agente econômico vai escolher aquela com a melhor chance de maximizar a sua própria utilidade”, portanto, “[...] em princípio, o bem estar de outros não é sua preocupação”, já que, de acordo com a racionalidade, “indivíduos estão em uma posição para agir para sua própria vantagem, isto é, para analisar e avaliar o seu âmbito de ação, a fim de maximizar a sua própria utilidade” (MATHIS, 2009, p. 9-11).

3.Eficiência em vez de Justiça?

Seguramente, o debate acerca da aplicação do instrumental teórico e empírico da economia, como forma de exame e compreensão dos impactos da legislação sobre o mundo dos fatos, para apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas, não se limita mas esbarra na problemática geral do relacionamento entre a eficiência e a justiça.

Neste sentido, os estudos teóricos sobre o movimento *Direito e Economia* têm sido acompanhados da discussão acerca de seus fundamentos filosóficos. Essa acalorada controvérsia se põe em torno da aceitação (ou não) de relações entre as noções de eficiência e justiça, e as “respostas teóricas a esta questão irão se dividir entre aceitar uma conexão entre eficiência e justiça, negar qualquer relação, ou determinar uma ordem de prioridade de uma sobre a outra” (CALIENDO, 2008, p. 70).

Para auxiliar no encontro dos fundamentos filosóficos da *Análise Econômica do Direito*, importante referenciar algumas respostas teóricas oferecidas à questão acima, mas sem se restringir às pressuposições dos teóricos favoráveis à aplicação irrestrita desse ferramental

econômico, no sentido de também considerar: i) outras perspectivas que lhe são críticas; e ii) aquelas que simplesmente apontam para a necessidade da sua consideração como critério não exclusivo de interpretação.

Uma primeira resposta teórica a ser destacada é aquela apresentada pelo juseconomista Ivo Gico Jr., segundo a qual questões como o justo, o certo ou errado se encontram no mundo dos valores, não sendo passíveis, portanto, de análise pela AED por estarem ligadas a aspectos subjetivos. Na concepção do autor, a política pública ou a regra que gera desperdício é inerentemente injusta porque não é eficiente do ponto de vista econômico. A análise, assim, recai mais sobre a ótica da consequência; e não sobre aquilo que pode ser considerado certo ou errado em si mesmo, senão vejamos:

Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseja implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável (GICO JR., 2014, p. 27-28).

A Análise Jurídica da Economia é contraponto teórico à *Análise Econômica do Direito*. Pode-se perceber que, sem desconsiderar a validade das pressuposições de *Direito e Economia*, apresenta-se uma perspectiva que lhe é complementar, no sentido da formulação de proposta de análise conjunta entre economia e direito, de forma a enxergar a justiça com os olhos da eficiência/conveniência econômica, mas simultaneamente considerar a igual

necessidade de observação da economia pelas lentes do direito e da justiça. Segundo tal construção teórica:

A análise econômica do Direito, já conhecida e muito válida, cuida de enxergar a Justiça com os olhos da eficiência e da conveniência econômica. A análise jurídica da economia, inédita e igualmente necessária, consiste em observar a economia na busca do que é admissível, justo, correto e equilibrado (LIMA, 2011, p. 54).

Em versão menos conciliadora do que a exposta acima, há aqueles que definem a *Análise Jurídica da Economia* como uma espécie de inversão metodológica, através da qual se prega um olhar da economia pelo direito (e não o contrário), de acordo com a noção de que aquela consistiria num meio para a realização de determinados mandamentos deste. Defende-se a inversão apontada sob o argumento de que o direito, visto sob uma perspectiva econômica, supostamente se volta exclusivamente para a tutela da propriedade e da liberdade contratual, consolidando uma interpretação eminentemente liberal que confere autonomia desenfreada à vontade dos agentes econômicos (PARREIRA; BENACCHIO, 2012, p. 197).

Visão igualmente interessante é aquela segundo a qual um eventual consenso afirmado concretamente no sentido da produção de eficiência não pode ser compreendido como uma fórmula para aceitação abstrata da eficiência como um critério normativo. Nesta linha de raciocínio, o critério de eficiência econômica não pode ser elevado a uma posição que lhe possibilitaria gerir o sistema jurídico, devendo, sim, encontrar no sistema jurídico o seu limite e vínculo. Em outras palavras, o direito não tem como fim a busca da eficiência econômica; e nem a ela está submetido ou vinculado, senão vejamos.

Tal perspectiva acarreta a ideia que uma política pública eficiente, ou uma transação negocial privada eficiente, não são por si só válidas ou de acordo com o sistema jurídico. Estas somente serão – válidas ou de acordo com o sistema jurídico – se substancialmente assim reconhecidas no próprio sistema, independentemente da concepção de eficiência econômica: qualquer arranjo institucional depende de uma teoria do direito e se essa teoria do direito é fundada no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais, como o são os contemporâneos estados de direito, nem o sistema jurisdicional tem o dever de perseguir a eficiência na resolução de casos concretos, tampouco as políticas sociais determinadas pelas demais funções do poder público têm de

ser eficientes em âmbito econômico (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 73).

Importante destacar, ainda, a concepção de *Análise Econômica do Direito* como um instrumento não exclusivo de interpretação. A partir da pressuposição de que “as concepções da análise econômica do direito são levadas a extremismos que uma prudência cartesiana não recomenda seguir sem pressupostos críticos e até subversivos da pureza das teorias”, Gustavo Saad Diniz (2013, p. 50-54) considera que a “AED não é método exclusivo para aplicação do direito, porque pode se dissociar de outros valores sociais, inerentes à ordem jurídica”. Desse modo, tal método de análise do direito, não obstante baseado na eficiência econômica, não pode deixar de atentar para a questão da necessidade da efetiva concretização de valores sociais a serem incorporados como manutenção da estrutura jurídica da sociedade. Em outras palavras, “muitas vezes a eficiência econômica não será coincidente com a prudência e os valores que sustentam a ordem jurídica (em um dado local geográfico e um dado momento históricos)”.

No plano internacional, chama à atenção a construção teórica elaborada por Klaus Mathis (2009, p. 207), segundo a qual o direito não deve estar pautado somente no critério da eficiência. A eficiência não é a justiça, mas sim um de seus preceitos. Portanto, devem ser consideradas as múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, assim como esforço para a realização de ambos os objetivos. Conclui o autor que critérios de maximização, seja de utilidade ou de riqueza, por si só, não podem consistir na fundamentação ética do direito, visto que as ponderações e os comportamentos assumidos neste sentido se relacionam mais com a ideia de eficiência - a partir de métricas quantitativas como a relação custos versus benefícios - , do que com a de noção de Justiça e com a sensibilidade e ancoragem em valores.

Para além das concepções teóricas acima, parece oportuno destacar uma questão ainda não enfrentada pela doutrina, ou seja, a porposta de necessidade de análise do direito e eventuais escolhas normativas não somente do ponto de vista de suas consequências – ou seja, uma espécie de leitura do direito a partir de seus resultados, que se vale exclusivamente de métricas propostas pela economia e seu ferramental teórico e empírico -, mas também no que diz respeito a investigação e consideração de suas causas⁹. Deste modo, embora importante, a análise econômica não se sobrepõe a outros fatores igualmente relevantes, como o correto, o justo, o

⁹ O estudo das causas do direito foi muito bem sistematizado na obra *Las causas del derecho* (1982), de Rodolfo Luis Vigo. Embora, em sua discussão, o autor não tenha aprofundado o tema da análise econômica do direito, parecem oportunas as considerações, em se tratando de avaliação de escolhas normativas, das causas do direito (e não somente de suas consequências).

certo e o bem: a decisão socialmente desejável não estará, sempre, atrelada à lógica do custo-benefício, na medida em que muitos fatores, igualmente relevantes, comumente escapam a esta lógica econômica.

Singularizando apenas em suas consequências, o direito se desumaniza, sucumbe ao economicismo, uma vez que passa a estar pautado exclusivamente em critérios associados à noção de eficiência, embaixadores únicos da tomada de decisões normativas. Atrelado a fins meramente instrumentais, i) acaba por pautar-se exclusivamente no pressuposto da racionalidade como critério para análise e avaliação das diferentes possibilidades de ação, o que frequentemente o conduz e acorrenta a ponderações acerca de vantagens e desvantagens, custos e benefícios das alternativas; ii) perde parte de seu sentido e potencialidades, na medida em que, visto exclusivamente pelos olhos da eficiência e da conveniência econômica, assume a condição de mero mecanismo de suposta redução de incertezas e riscos associados à ação dos agentes econômicos, cenário em que a preocupação com as necessidades humanas permanecerá perdendo espaço.

Se, por um lado, impõe-se à ordem jurídica a definição de parâmetros claros e seguros para que os agentes econômicos possam atuar – objetivo para o qual *Direito e Economia*, ou, como querem alguns, *Análise Econômica do Direito*, constitui relevante instrumento -, não menos importante é a necessidade de coincidência entre a eficiência e os demais valores perseguidos pela sociedade como um todo (DINIZ, 2013, p. 41).

Conclusões

Ao longo da pesquisa, percebeu-se que os teóricos do movimento *Law and Economics* defendem a utilização de um instrumental teórico e empírico da economia, como forma de exame e compreensão dos impactos do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos, tanto em relação ao comportamento dos indivíduos quanto no que tange a eficiência. Desse modo, têm sido explicitados os riscos de mudanças de comportamento dos agentes econômicos como uma reação a estímulos externos; e um desses “estímulos” (ou “desestímulo”) seria o direito, entendido como instituição.

Muito embora se mencione que as instituições (dentre as quais o direito) determinariam o sucesso ou o fracasso no desenvolvimento econômico de uma sociedade – no sentido de que boas “regras do jogo” podem produzir incentivos para uma alocação eficiente dos recursos (sempre escassos) disponíveis -, adotam-se primordialmente as pressuposições

teóricas da *Nova Economia Institucional*, centrada especialmente nas noções de redução de custos de transação e de agência. Neste sentido, não foram vislumbrados dados teóricos associados ao institucionalismo econômico tradicional, corrente de pensamento que parte da ideia de que as forças econômicas, sozinhas, não se planejam para o melhor, sendo assim oportuna uma maior intervenção do Estado, com participação mais ampla do governo na economia. Em breve contraponto entre o institucionalismo tradicional e a nova economia institucional, percebe-se que aquela escola de pensamento apoia a intervenção do poder público na economia, ao passo que esta tende a ser orientada para o mercado e para a não intervenção na economia, salvo para a descrição e defesa dos direitos de propriedade.

Utilizando primordialmente pressupostos da *Nova Economia Institucional*, o movimento *Direito e Economia* se propõe a apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas, para a compreensão dos efeitos das normas sobre o comportamento de atores relevantes e a consequente análise se tais efeitos são socialmente desejáveis. De acordo com este raciocínio, a economia disporia de teorias matemáticas e métodos empíricos precisos para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento. Para tanto, são utilizados os chamados “critérios de eficiência”, de uma forma geral, voltados ao atingimento dos melhores resultados com o mínimo de desperdício.

Neste sentido, a ética da *Análise Econômica do Direito* se encontra centrada na eficiência e suas derivações, como a maximização de riqueza e a relação custos versus benefícios. Encontra-se, assim, associada à noção de inclinação da escolha para a melhor chance de maximização. O comportamento assume fins instrumentais, pautado no pressuposto da racionalidade como critério para análise e avaliação das diferentes possibilidades de ação, o que leva a ponderações acerca de vantagens e desvantagens, custos e benefícios das alternativas.

Seus adeptos, em geral, oferecem uma defesa intelectual da ideia de que não existe justificativa moral ou ética para que escolhas normativas e políticas públicas sejam realizadas de forma a gerar desperdícios. Embora as propostas mais atuais se afastem da noção de estrutura agregativa própria do utilitarismo – e adiram à perspectiva de ganhos de prosperidade social -, em ambas os fundamentos filosóficos parecem repousar sobre uma ética consequencialista. Padrões de socialização mais amplos e preocupações humanistas se encontram aparentemente fora das preocupações, ao menos de forma imediata, já que os “ganhos de prosperidade social” seriam decorrência apenas mediata da existência de boas regras do jogo e eficiência na redução de custos de transação/agência.

Critérios como a maximização de riqueza e fórmulas para a medição de custos e avaliação de desperdícios, embora sempre relevantes do ponto de vista econômico, não podem consistir, por si só, na fundamentação ética do direito, visto que se relacionam mais com a ideia de eficiência, a partir de métricas quantitativas (como a relação custos versus benefícios), do que com a noção de Justiça e com a sensibilidade e ancoragem em valores. Caso contrário, enxergar-se-á o direito e a justiça exclusivamente pelos olhos da eficiência e da conveniência econômica, e a preocupação com as necessidades humanas permanecerá perdendo espaço para comportamentos associados à noção de maximização (somente), dirigindo a economia e a ação dos agentes econômicos para fins meramente instrumentais; e o direito para a condição de ciência acessória à conveniência econômica, como mecanismo de redução de incerteza e riscos associados à ação dos agentes econômicos.

Diante de diferentes concepções acerca das relações entre a eficiência e a justiça, parece mais ajustada aquela que aceita a conexão entre eficiência e justiça, em detrimento daquelas que desconsideram tais relações ou que determinam uma ordem de prioridade de uma sobre a outra (especialmente se a eleição recair na eficiência como prioritária em relação à justiça e aos valores). Neste sentido, considera-se a *Análise Econômica do Direito* e os critérios de eficiência como importantes instrumentos, meios para alcançar outros objetivos sociais, e não fins em si mesmos; e acredita-se que devem ser consideradas as múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, assim como esforço para a realização de ambos os objetivos. *Direito e Economia*, neste sentido, parece expressão mais ajustada do que *Análise Econômica do Direito*.

Somente a intersecção entre direito e economia (assim como de outras ciências), com vistas a agregar saberes e possibilidades - e não à colonização de uma ciência pela outra -, parece ser capaz de contribuir para a superação do grande desafio de aliar eficiência econômica e efetividade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 70.

- CASAUBÓN, Juan Alfredo. **La justicia y el derecho positivo**. Mendoza: Idearium, 1977.
- CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, p. 417-432, 2014.
- COASE, Ronald. The impact os social cost. **Journal of Law and Economics**, n.3, p. 1-44, out. 1960.
- _____. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, p. 386-405, 1937.
- CONCEIÇÃO, Otávio Augusto C. A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, p. 77-106, 2002.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Chicago: Pearson, 2010.
- COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 54-76, jan.-jun. 2011.
- DINIZ, Gustavo Saad. **Estudos e pareceres da pessoa juridical e da atividade empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2013.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, p. 139-157, 2014.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, n. 58, p. 193-223, 2003.
- HEFFES, Omar Darío. Economía Neoclássica: Veridicción y Justicia en el Mercado. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 5, n. 2, p. 111-129, 2013.
- HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, MARK. **História do Pensamento Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin. (edit.). **Handbook of Public Economics**, v. 3, Elsevier, p. 1.661-1.784, 2002.
- LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglas North. **Revista de Economia Política**, v. 33, n. 4 (133), p. 619-637, out.- dez. 2013.
- LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise jurídica da economia. **Revista de Direito Mercantil**, Nova Série, Ano L, n. 159/160, p. 53-86, jul. – dez./2011.

MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Lucerne: Springer, 2009.

NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Nova York: Cambridge University Press, 1990.

_____. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: University Press, 2010.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, vol. 11, n. 1, p. 179-206, jan.- jun./2012

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRADO, Eleutério F. S.. A ortodoxia neoclássica. [on line]. **Estudos Avançados.**, vol. 15, n. 41, 2001, p. 9-20. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n41/v15n41a03.pdf>> . Acesso em: 02 set. 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 160, out. 2013.

SANDRONI, Paulo. **Novo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1994.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 283-302, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 25 set. 2014.

TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). **Estudos de direito empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIGO, Rodolfo L. **Las causas del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WILLIAMSOM, Oliver. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**. New York, Free Press, 1975.

_____. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, p. 548-577, nov. 1981.

