

1 INTRODUÇÃO

Notório que os postulados econômicos vêm, de forma progressiva, ganhando destaque na aplicação e hermenêutica dos princípios e paradigmas jurídicos, tudo tendo como objetivo agregar maior previsibilidade e eficiência ao direito. Em que pese ser pública a influência, cada vez mais expressiva, da economia nos ordenamentos jurídicos, a difusão, no Brasil, da escola da Análise Econômica do Direito (AED), que propõe o exame do direito sob a perspectiva econômica, tem gerado entusiasmadas discussões, tornando-se, portanto, necessário o seu estudo e compreensão.

Originária nos Estados Unidos e também chamada de Escola de Chicago, em homenagem ao seu maior pioneiro, o Professor Richard Posner, a AED padece de problema comum a outras vertentes e modelos jurídicos estrangeiros trazidos para o Brasil, qual seja: falta de critérios e acuidade quando da sua adaptação à realidade brasileira, o que gera, por parte de muitos, severas críticas quando da sua efetiva aplicação.

Apesar de a Análise Econômica do Direito ter sua origem nos países de tradição jurídica do *common law*, ou seja, naqueles países em que o direito foi desenvolvido a partir de decisões dos tribunais, e não por meio de atos legislativos ou executivos, essa escola também pode ter grande valia para os países da *civil law*, tais como o Brasil, em que o sistema jurídico é caracterizado pela codificação do direito.

Inconteste que a importação de uma teoria estrangeira gera limitações quando empregada em outro ordenamento jurídico, entretanto, eventuais insuficiências não possuem o condão de anular as contribuições que os princípios econômicos (tais como o da eficiência e da maximização de riqueza e utilidade) podem trazer para o julgamento de casos enfrentados pelo judiciário pátrio.

Nesse silogismo, o presente trabalho visa contextualizar o surgimento da escola da Análise Econômica do Direito, compreender o seu significado, os seus postulados e as dificuldades de sua implementação. Ao final, objetiva-se examinar dois casos práticos tradicionais dessa disciplina de forma a demonstrar que essa pode ser de grande utilidade para o aumento da previsibilidade e eficiência das normas jurídicas.

2 CONCEITO

A Análise Econômica do Direito, também chamada de Escola de Chicago, é uma disciplina que estuda o direito sob o enfoque da racionalidade individual. A AED pode ser

conceituada como o emprego dos instrumentos teóricos e empíricos das ciências econômicas e das ciências afins no exame, aperfeiçoamento, desenvolvimento, aplicação e impactos das normas jurídicas e instituições legais. Pontue-se que essa escola não abrange somente as normas jurídicas em sentido estrito, mas também o comportamento dos tribunais.

Nas palavras de Monteiro (2009, p. 1087), a AED “tenta implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos, para dessa maneira aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas inerentes ao estudo do Direito e do ordenamento jurídico”.

Complementando, Silva (2005, p. 229) pontua que a AED se refere a uma análise do direito “sob o enfoque econômico (princípio da eficiência econômica, maximização de riqueza e utilidade (custo e benefício)”. A AED é apresentada pelos seus defensores como um instrumento que objetiva revelar os lapsos que a solenidade das ciências jurídicas esconde, apresentando alternativas que gerem a maximização de riquezas. Seria a aplicação do caráter positivo e da busca de eficiência característicos das ciências econômicas ao meio jurídico, visando a redução dos custos de transação.

Muito se argumenta acerca dos objetivos polarizados do direito e da economia, os quais, em um primeiro exame, possuem finalidades distintas. Enquanto a economia busca sempre a eficiência e a maximização das riquezas e utilidades, o direito, teoricamente, prima pela justiça na regulação da conduta humana. Uma análise superficial dos propósitos dessas disciplinas poderá resultar em um equivocado entendimento de que a conjunção de direito e economia não é viável e nem efetivo.

Em que pese essa nítida dualidade, Richard Posner defendia, desde os primórdios e com primazia, que a junção da economia, enquanto ciência das escolhas racionais, sempre orientada pelo conceito de alocação de recursos escassos, com o direito, ciência da justiça, promoveria um resultado de maximização das riquezas e utilidades, tudo em grau de eficiência elevado. Nas palavras do ilustre doutrinador:

O pressuposto básico da economia, que orienta a versão da análise econômica da lei que devo apresentar, dá conta de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações - todas as pessoas (com exceção das crianças e dos totalmente incapazes) em todas as suas atividades que envolvam escolha (excepcionalmente, quando sob a influência de psicose ou

similarmente perturbados por abuso de drogas ou álcool) (POSNER, 1993, tradução nossa).¹

Assim, também tendo como pilares os fundamentos da teoria de maximização racional, o doutrinador Arnoldo Godoy leciona que “o direito só é perspectivo quando promove a maximização das relações econômicas. A maximização da riqueza (*wealth maximization*) deve orientar a atuação do magistrado”. (GODOY, 2005, p.4). O fim almejado pela AED seria a quantificação da ciência do direito, de forma a torná-la mais eficiente e eficaz. Diversas áreas do direito podem ser objeto de análise do método econômico: desde o processual civil e penal até a responsabilidade civil e direito ambiental.

Para tornar mais palpável o conceito da AED, cita-se tradicional e clássico exemplo de aplicação dessa teoria na fase de elaboração da norma jurídica, qual seja: o do crime de pedofilia. Se a pena do crime de pedofilia fosse elevada para o mesmo nível da do homicídio, seria lógico concluir que este ato inibiria a prática do crime. Ledo engano para a AED, a qual sugere que, se assim o fosse, haveria, inconscientemente, um incentivo para que os pedófilos, percebendo que foram identificados pela vítima, optassem por matá-la, já que não haveria uma punição extraordinária por esse ato. (PARENTONI, 2014).

Não há que se olvidar que, principalmente no Brasil, a AED sofre um prejulgamento negativo, muitas das vezes desprovido de embasamento teórico capaz de invalidá-la, mas que distorcem e prejudicam - e muito - a sua efetiva aplicação e disseminação. Lado outro, em que pese citadas críticas, pede-se *venia* para mais uma vez reproduzir as palavras do já citado doutrinador, Renato Leite Monteiro, o qual assevera que:

Principalmente depois da primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com a EC 45, em 2004, que elevou o princípio da eficiência e da celeridade ao patamar de princípio fundamental, a AED vem de encontro aos anseios dos estudiosos e dos aplicadores do Direito, mormente no quesito políticas públicas, que mesmo antes da adição do retalho à constituição já tinha o princípio da eficiência, cravado no art. 170, 1º e 3º da CF/88, como norte. (MONTEIRO, 2009, p. 1.088).

Vê-se, portanto, que apesar de existir um preconceito de muitos para com a aplicação da AED, essa disciplina vem tomando corpo no ordenamento jurídico pátrio, tornando-se

¹ The basic assumption of economics that guides the version of economic analysis of law that I shall be presenting is that people are rational maximizers of their satisfactions – all people (with the exception of small children and the profoundly retarded) in all of their activities (except when under the influence of psychosis or similarly deranged through drug or alcohol abuse) that involve choice.

mister o seu estudo e propagação. Existem iniciativas, tais como associações, grupos de estudos e diversas publicações acadêmicas, que visam consolidar essa tradição de pensamento no país. Nesse sentido, necessário o exame das peculiaridades desse instituto e, também, de seus limites, já que a AED funciona como um instrumento auxiliar do estudo do direito, não substituindo o juízo de valor próprio das ciências jurídicas.

3 BREVE HISTÓRICO

A Análise Econômica do Direito surgiu entre as décadas de 60 e 70, juntamente com outro movimento, o *Critical Legal Studies* ou Escola Crítica do Direito - CLS, que propõe a análise do direito sob a perspectiva política. Citados movimentos são consequência do realismo jurídico norte-americano, tratando-se, nesse sentido, de contraposição ao formalismo jurídico exacerbado e verdadeira tentativa de se interpretar o mundo de um modo mais realista, aplicando-se o pragmatismo das ciências.

Nas palavras de Leandro Novais e Silva:

Esta concepção formalista do direito, que tinha como premissa fundamental a autonomia do próprio objeto do conhecimento, predominou no período anterior à segunda guerra, mas também alçou voo no período pós-guerra, sofrendo o combate de outras vertentes do pensamento jurídico, em que se destacou o *realismo jurídico*, movimento amplo em que se enquadrou a Análise Econômica do Direito. A ideia essencial do realismo jurídico, em todas as suas vertentes e períodos, foi realizar uma crítica da jurisprudência tradicional, encarnada no método da *mechanical jurisprudence*. Criticavam fortemente a concepção de uma aplicação mecânica e automática da legislação, em que o juiz restringia ao máximo sua função interpretativa, seguindo tão-só a razão legal ordenadora. O papel do intérprete restringia-se em encontrar a norma legal abstrata regedora das situações jurídicas. Daí que o realismo jurídico contribuiu decisivamente para a desconstrução do pensamento legal clássico, convertendo a ciência jurídica em uma ciência empírica. (SILVA, 2005, pp. 232-233).

Dentre os traços que assemelham a AED e a CLS, cite-se, de modo resumido, as de maior relevância: 1. A reprovação do entendimento que considerava ser o direito uma disciplina autônoma das demais ciências sociais. Ambos os movimentos defendiam que o direito está intimamente ligado às realidades sociais; 2. A interdisciplinaridade, ou seja, o exame da perspectiva jurídica com a utilização de métodos de outras disciplinas, especialmente da economia e da política; 3. A reação ao direito formalista, ao convencionalismo, ao tradicionalismo e ao raciocínio abstrato. Pregavam que sentenciar

conforme o direito é julgar conforme condutas jurídicas estabelecidas e não segundo uma concepção política. (ALVAREZ, 2006)

Já as diferenças entre a AED e a CLS podem ser assim sintetizadas: 1. Esses movimentos polarizam-se quanto ao conceito da natureza do direito e da conduta humana. Segundo o entendimento da AED, os indivíduos podem ser conceituados como seres racionais que se comportam objetivando maximizar seus interesses em todas as valências da vida. Assim, pela perspectiva econômica, as condutas eficientes devem ser premiadas e as ineficientes penalizadas. Sob o ponto de vista da CLS, a conduta econômica racional decorre de uma visão ideológica em que as desvantagens e privilégios são resultantes da escolha racional privada. 2. Para a CLS, o pensamento tradicional colabora para criar e legitimar as desigualdades econômicas e sociais e as decisões jurídicas indeterminadas e desprovidas de base objetiva. Lado outro, a AED, em que pese reconhecer a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, defende que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica. (ALVAREZ, 2006).

A doutrina majoritária acerca da AED clama que essa teve início com os estudos de Ronaldo H. Coase (1960) e o denominado Teorema de Coase, inserido no mundo jurídico por meio do seu livro *The Problems of Social Cost*. Nele, Coase demonstra que o problema central do mercado reside na existência de custos de transação e não na presença de externalidades. Coase apresenta em sua obra diversos exemplos, casos logicamente litigiosos, em que a solução gerará, de forma inevitável, custos para as partes envolvidas. Assim, propõe que a melhor deliberação é a que opta pela redução das perdas não só para as partes, mas para a sociedade como um todo. A decisão que apenas penaliza o causador do problema não é suficiente.

Logicamente, não apenas Ronald H. Coase serviu de base para o surgimento e desenvolvimento da AED, podendo-se citar as contribuições dadas por Gary Becker (1968), por meio do seu livro *Crime and Punishment: An Economic Approach*, cuja ideia central é a de que os indivíduos contrastam os custos e benefícios esperados de suas ações quando decidem pelas condutas contrárias ou em conformidade com a lei. A decisão de cometer um crime resultaria da maximização da utilidade esperada. A contribuição de Becker mostrou-se inédita porque viabilizou a concepção do criminoso segundo suas escolhas e enquanto agente econômico.

Em 1970, Guido Calabresi é merecedor de destaque especial ao publicar sua obra *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, em que defende que o objetivo central do Direito Penal não é a minimização absoluta de perdas decorrentes de acidentes

individuais, já que o custo total em um determinado nível de precaução é o líquido das despesas de prevenção, além dos prejuízos acumulados dos acidentes que não foram evitados. Assim, segundo Guido Calabresi, se o objetivo é minimizar os custos totais dos acidentes, devem ser incluídos os custos de precaução.

Lado outro, pode-se afirmar com segurança que o maior nome defensor e propagador da AED foi o do Professor da Universidade de Chicago, Richard Posner (1972), já citado no tópico anterior, que lançou os pilares dessa escola com o seu livro *Economic Analysis of Law*. Nessa obra, Posner utilizou-se da visão da microeconomia neoclássica para construir uma teoria explicativa dos institutos jurídicos e também uma teoria normativa em que examina como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos.

Nesse sentido, Posner se utiliza da economia para construir uma teoria explicativa dos institutos jurídicos, partindo do pressuposto de que esses podem ser explicados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada das preferências individuais. Outrossim, propõe uma teoria normativa, em que avalia como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e quais seriam, a partir dos pressupostos econômicos, as normas jurídicas mais eficientes.

Pontue-se que, até 1960, a filosofia política e moral utilitarista preponderava no cenário dos Estados Unidos e isto se refletia no ocidente dentro do contexto bipolar da guerra fria. Nessa perspectiva, a AED, até os anos sessenta, tinha como foco principal a análise econômica do Direito da Concorrência (*Anti-trust Law*). Após os trabalhos publicados por Ronald Coase e Guido Calabresi, a *Law and Economics* expandiu sua área de atuação para o ramo do direito que estuda a propriedade, contratos, responsabilidade, família e a Constituição. Entretanto, a disciplina ganha verdadeiro rigor metodológico por meio dos trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, quando surgiram os nomes de Richard Posner e Gary Becker, acima citados.

Mesmo com o progresso da AED no mundo, e também no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização dessa disciplina ainda se mostra tímida. Pode-se dizer que as primeiras contribuições brasileiras acerca do tema foram por meio de estudos acadêmicos. Lado outro, e como já pontuado no tópico anterior, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que promoveu os princípios da eficiência e da celeridade à categoria de fundamentais, acabou por fortalecer os defensores da aplicação dos princípios econômicos à interpretação do Direito.

4 O DESAFIO DE SE APLICAR A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS REGIDOS PELA *CIVIL LAW*

Como examinado no tópico anterior, a Análise Econômica do Direito tem origem nos países de tradição jurídica do *common law*, sendo, portanto, válida o exame acerca das dificuldades de se transplantar essa disciplina para o ordenamento jurídico dos países fulcrados na *civil law*, tal como o Brasil. Não há que se olvidar que importar teorias estrangeiras é ato sempre desafiador e gerador de inúmeros debates e insuficiências.

A *common law*, do inglês “direito comum”, é o direito que se construiu a partir das decisões dos tribunais e não em decorrência de atos legislativos ou executivos propriamente ditos. Em sendo obra dos próprios juízes, na medida em que a decisão de um caso é dependente de uma anterior e, conseqüentemente, afetará a posterior (precedente), o formalismo não é característica desse sistema. Quando não há um precedente no sistema da *common law*, esse será estipulado pelos próprios julgadores, que possuem autonomia para tal ato.

Já a *civil law* se refere à estrutura jurídica em que as principais fontes do direito adotadas são os textos das leis. Neste sistema, os aplicadores do direito, ao se depararem com um caso concreto, devem identificar a lei que mais se adequa àquele caso, permanecendo o costume como fonte secundária de aplicação. O sistema da *civil law* não é pragmático, mas sim dedutivo na medida em que parte das construções teóricas para então estabelecer os princípios que nortearam o ordenamento.

Em que pese as nítidas diferenças entre os sistemas acima - que inegavelmente impõem adaptações e mutações da AED para a sua introdução ao ordenamento dos países regidos pela *civil law* - é inegável que a globalização encurtou, de certa maneira, as distâncias entre os mundos da *common* e *civil law*, podendo-se perceber um maior sincretismo entre as tradições e práticas jurídicas que poderão facilitar essa importação teórica em debate.

Mesmo sabedores dos pontos favoráveis à adaptação da AED ao *civil law*, os graus das dificuldades dessa transposição entre os diferentes países da *civil law* serão variados, já que as questões históricas, culturais, geográficas e morais entre essas nações são pontos de crucial relevância. Não há indícios de que, apenas em razão de determinado instituto ter se adaptado em determinado país, a sua aplicação em outro – de mesmo ideologia jurídica – será exitosa.

Gorga (2005, p. 150) afirma que “a análise da eficiência dos sistemas jurídicos deve então atentar para a complexidade e as particularidades de cada sistema”.

É indispensável reconhecer que a AED é também, nas palavras de Mercado Pacheco, uma teoria renovadora do discurso jurídico, centrando seu ideal de justiça e seu norte decisório no princípio da eficiência econômica. Nessa visão, a economia e as demais ciências sociais constituem mecanismos essenciais para a construção de uma ciência jurídica fulcrada em bases empíricas. (PACHECO, 1994).

Assim, dentro desse contexto, o doutrinador Leandro Novais e Silva traz três pontos importantes que favorecem o desenvolvimento da AED no Brasil, país orientado pela *civil law*, os quais serão analisados a seguir:

1. Um dos aspectos mais salientes na visão desse professor é que as distâncias entre os sistemas jurídicos - *common law e civil law* - são menores na atualidade. Como constatação dessa proximidade, Leonardo Novais e Silva cita o Código Civil, Lei n. 10.406, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro em 10 de janeiro de 2002. A exemplificação do encurtamento das distâncias desses sistemas foi embasada por esse pesquisador no Código Civil em razão de essa legislação possuir dispositivos que levam consigo elementos normativos, vocábulos indeterminados, flexíveis e abertos à interpretação e adaptação ao caso concreto.

No momento em que citado *codex* trata, por exemplo, da função social da propriedade e da função social dos contratos, respectivamente em seus arts. 1.228, § 1º e 421, exige do julgador uma hermenêutica e adaptação ao caso *sub judice*. A função social da propriedade exige que o direito de propriedade seja exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando-se a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, além de se evitar a poluição do ar e das águas.

Já a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato que impõe aos contratantes a obrigatoriedade de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Vê-se que tais dispositivos legais exigem do aplicador da lei uma interpretação e ajustamento ao caso em exame.

2. Ainda segundo o doutrinador, o sistema da *civil law* vem se preocupando, cada vez mais, com a solução dos conflitos jurídicos imediatos, revelando uma visão pragmática do direito. Para a cultura jurídica em desenvolvimento, o ponto nevrálgico passa a ser a decisão judicial e não a norma propriamente. A tendência do ordenamento jurídico brasileiro é de dar maior credibilidade aos precedentes. Tanto o é que as súmulas e as jurisprudências ganham

força na atualidade, além de a aplicação das chamadas súmulas vinculantes já ter sido agregada à sistemática vigente.

3. Ademais, Leandro pontua a importância da renovação do discurso jurídico dogmático do sistema da *civil law* que vai de encontro com a proposta renovadora da AED. Desenvolvendo o raciocínio, destaca que todos os casos trazidos ao judiciário já foram analisados por juristas sob inúmeras perspectivas, em especial por argumentos de índole estritamente formais, com base na literalidade dos preceitos legais. O que se almeja é uma análise econômica dos casos para, a partir de argumentos de natureza econômica, alguns “mitos” do discurso jurídico formal serem desvendados. (SILVA, 2005, pp. 236-238).

Acrescenta-se aos destaques de Leandro Novaes e Silva o fato de que, desde a data de 16 de março de 2016, passou a vigor no Brasil o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105. Assim, a força dos precedentes tende a ser cada vez maior, já que citada legislação trouxe importantes mecanismos de aperfeiçoamento de precedentes judiciais e, como via de consequência, de uniformização e estabilização da jurisprudência pátria.

Um desses mecanismos se refere ao incidente de resolução de demandas repetitivas, estipulado nos artigos 976 a 987 da citada Lei n. 13.105/2015, o qual passou a ser admitido quando forem identificados, simultaneamente, controvérsia com potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O objetivo desse incidente é justamente o de evitar a existência de decisões conflitantes, minimizando, assim, os efeitos negativos decorrentes do excessivo número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro. Grosso modo, trata-se de um método de solução de demandas múltiplas, cuja adoção reforça a tendência de proximidade do sistema da *civil law* adotado no Brasil com o da *common law*, também conhecido como anglo-saxão.

Torna-se claro que, apesar dos obstáculos, a AED inegavelmente traz contribuições significativas de aumento da previsibilidade, eficiência e maximização de riquezas e utilidades, quando utilizada não só na elaboração da norma jurídica, mas também na aplicação e interpretação dos dispositivos legais. Não há que se olvidar que há benefícios na importação dos preceitos dessa escolas ao sistema brasileiro.

5 ESCOPO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Os fundamentos da Análise Econômica do Direito giram em torno do pressuposto de que os recursos devem ser alocados nas mãos daqueles indivíduos mais propensos e aptos a pagar a contraprestação pecuniária, nas condições do mercado de concorrência perfeita. Para a

AED, se um recurso é canalizado de modo a lhe extrair o melhor, houve uma alocação eficiente, na medida em que aquele recurso gerou o maior grau possível de riqueza.

Assim, a medida da eficiência, segundo os critérios da AED, será fornecida pelo “Teorema de Pareto” (Pareto, 1996), que determina que uma alocação de recursos é eficiente se nenhum agente econômico puder ficar em melhor posição sem piorar a situação dos outros agentes. Entretanto, considerando as dificuldades de se aplicar o Princípio de Pareto, outros teoremas foram desenvolvidos como, por exemplo, o *Teorema de Kaldor-Hicks* (Faraco e Santos, 2005) que estabelece que os beneficiários de uma determinada alocação de bens devem indenizar os perdedores.

A razão maior da AED é trazer segurança e previsibilidade ao mundo jurídico, razão pela qual buscará, por meio de suas ferramentas, adicionar às análises, interpretações e aperfeiçoamentos da ordem jurídica, eficiência, equilíbrio e maximização de resultados. Para tanto, a AED não se limita aos conceitos e bases da economia, mas também se utiliza da análise lógica da matemática, especialmente quanto aos conceitos de equilíbrio da teoria dos jogos e da *collective-choice*.

A teoria dos jogos é um ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar o seu resultado. O conceito de equilíbrio mostra-se como importante ferramenta não só para a teoria dos jogos, mas para todas as relações econômicas. Merecedor de destaque é John Forbes Nash Jr., responsável pela construção dos postulados do que chamamos equilíbrio de Nash.

O equilíbrio de Nash pode ser conceituado como “a combinação de estratégias que os jogadores são susceptíveis de escolher é aquela em que nenhum jogador poderia fazer melhor, escolhendo uma estratégia diferente daquela estratégia que o outro escolhe, ou seja, a estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros.”. (AIRD, GERTNER & PICKER, 1998, p. 21, tradução nossa).²

Assim, o equilíbrio de Nash representa uma situação em que, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

Outrossim, a teoria da escolha social, *collective-choice*, estuda como as preferências individuais se agregam para formar uma preferência coletiva. Kenneth Arrow, elaborador

² the combination of strategies that players are likely to choose is one in which no player could do better by choosing a different strategy given the strategy the other chooses. The strategy of each player must a best response to the strategies of the other.

dessa teoria em 1950, percebeu que, para avaliar o bem-estar econômico de uma sociedade, os valores de seus membros individuais têm de ser computados.

Ainda no que se referem aos postulados da AED, Renato Leite Monteiro elenca os sete principais que serão abaixo analisados:

1. A alocação mais eficiente acarretará uma melhora do bem-estar e potencializará o fluxo de relações econômicas;

2. A maneira mais eficiente de alocação é ditada pelo livre mercado e não pelo Estado;

3. O livre mercado subentende o maior nível possível de concorrência entre os agentes que nele atuam;

4. O ideal de justiça não pode desestruturar a criação, interpretação, aperfeiçoamento e aplicação da Lei, sob pena de a segurança e a previsibilidade serem comprometidas;

5. O escopo do direito é a busca da eficiência alocativa, sempre vinculada ao bem-estar do consumidor;

6. É plausível que o foco do direito seja a eficiência alocativa porque resultante da consideração global das preferências individuais. (MONTEIRO 2009, pp. 1090-1091).

O sétimo item elencado por Monteiro (2009), chamado de Eficiência de Pareto ou Eficiência Alocativa, merece que se recorra às lições de Paula Forgoni, a qual ressalta que, segundo a eficiência de Pareto, “uma sociedade não se encontra em situação ótima se houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outrem.”. (FORGONI, 2005, p. 244).

Fato é que, por meio dos postulados acima, a AED busca por maior eficiência e resultados na elaboração, interpretação, aperfeiçoamento e aplicação das normas jurídicas. Objetiva-se uma redução dos custos de transação; a quebra do paradigma de que as normas jurídicas são absolutas e não podem sofrer influência da visão de outras disciplinas. Não há que se olvidar que a eficiência alocativa resulta em maior segurança e previsibilidade das relações.

6 CASOS PRÁTICOS

Para melhor compreensão da finalidade almejada pela aplicação dos postulados da Análise Econômica do Direito, procedem-se, a seguir, exames de casos práticos sob a ótica

dos princípios econômicos. Citados casos concretos, nos exemplos selecionados, relacionam-se a questões envolvendo cartões de crédito e o mercado de doação de órgãos.

6.1 Análise Econômica do Direito e o Direito do Consumidor - cartões de crédito

Cediço que o Direito do Consumidor surgiu em decorrência da desigualdade apurada na relação entre consumidor e fornecedor, sendo importante ferramenta na regulamentação das relações jurídicas derivadas da contratação em massa. A legislação consumerista, diante da referida desigualdade, opta por proteger o sujeito mais vulnerável da operação, impondo ao fornecedor custos excepcionais, bem como apurando institutos que visam devolver equilíbrio à relação regulada, tal como a inversão do ônus da prova.

Um exemplo de norma que teve como objetivo maior a proteção do consumidor e que, na visão da AED, não atingiu tal finalidade, é a que trata da proibição, ao fornecedor, de cobrar um preço maior pelo produto ou serviço quando o pagamento for realizado por meio de cartão de crédito. Proibiu-se ao fornecedor repassar ao consumidor os custos de manutenção do sistema de pagamento via cartão de crédito e aluguel da máquina de processamento da operação.

Nesse sentido, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que os lojistas não podem conceder desconto para pagamento em dinheiro ou cheque e, assim, restringir o uso de cartão de crédito. Segundo o Relator do julgado, ministro Humberto Martins, o cartão de crédito é uma modalidade de pagamento à vista, já que a administradora do cartão é quem assume internamente a responsabilidade pelo pagamento. Assim, diferenciar o valor em decorrência do meio utilizado para pagamento foi entendido como prática abusiva. Inclusive, a cobrança de preços diferentes nas compras com cartão e dinheiro é expressamente proibida pela Portaria 118/94, do Ministério da Fazenda, que considera a compra com cartão um pagamento à vista.

Entretanto, sob o ponto de vista da AED, essa é uma norma malsucedida, já que se se indagar qual o seu beneficiário, a resposta não será o consumidor, mas sim as empresas de cartão de crédito. Na prática, a venda por meio do cartão é mais onerosa para o fornecedor, já que, na hipótese de o pagamento ser feito com dinheiro ou cheque, não haverá incidência dos custos de manutenção do sistema. Como, por questões lógicas, o fornecedor não arcará com esse ônus, conclui-se que a norma, na realidade, proibiu os fornecedores de oferecerem descontos quando o pagamento for feito em dinheiro ou cheque.

Pela AED, o resultado desse posicionamento é o aumento do custo médio dos produtos; a perda, por parte do consumidor, da possibilidade de escolha: pagar em dinheiro ou cheque com desconto ou pagar com o cartão de crédito sem desconto, além, obviamente, da perda do desconto propriamente dito. Inconteste, assim, a contribuição que essa escola pode conceder às decisões judiciais, de modo a torná-las mais eficientes, bem como maximizando as potencialidades de suas repercussões.

6.2 Análise Econômica do Direito e o Mercado de Adoção e de Órgãos

Renato Leite Monteiro, em seu livro *Análise Econômica do Direito*, levanta a tese de que se o procedimento de adoção seguisse os parâmetros do mercado e pudesse, assim, ser comercializado e negociado, certamente seria muito mais eficiente e benéfico para a sociedade. (MONTEIRO, 2009).

Assim, partindo do pressuposto de que a burocracia existente no processo de adoção impede que essa seja concretizada de forma eficiente e em seu melhor potencial, sustenta que os princípios da AED devam ser aplicados nesse assunto tormentoso de modo a viabilizar o maior número de adoção possível e, também, reduzir o número de abandono.

Acerca deste assunto, Richard Posner manifestou-se, em trecho de entrevista dada à Revista Veja:

[...] REVISTA VEJA - Nesse mesmo campo, outra ideia sua que causou escândalo foi a de que “vender bebês” seria mais racional do que dá-los em adoção.

POSNER - Muito do barulho em torno dessa proposta veio do fato de eu ter usado a expressão “vender bebês” na primeira vez em que a apresentei. Depois ajustei a terminologia para “venda de direitos parentais”, mas acho que o estrago já estava feito. Seja como for, nunca sugeri que você poderia adquirir uma criança para usos impróprios. Os deveres legais que uma pessoa tem para com as crianças permanecem absolutamente intocados, independentemente da maneira como a criança entra na sua esfera de responsabilidade. Não importa se você é pai, pai adotivo ou se você roubou um bebê, você sempre terá a obrigação legal de zelar por ela. A expressão “vender bebês” dá a impressão de que as crianças se tornariam mercadorias que você pode usar a seu bel prazer, o que nunca foi minha ideia. Minha análise nesse campo partiu de observações sobre o péssimo funcionamento do mercado de adoções. Atualmente, nos Estados Unidos, se você é uma mulher grávida, você tem algumas opções: ter a criança e cuidar dela, ter a criança e entregá-la para adoção, ou realizar um aborto. Mas você não pode negociar seus direitos parentais sobre essa criança. O resultado é um desequilíbrio bizarro. Temos 1,5 milhão de abortos por ano nos Estados Unidos, e uma enorme falta de crianças para adoção. Casais americanos vão à Romênia, à Coreia do Sul e creio que até mesmo ao Brasil para adotar.

Para ser aceito como adotante aqui, você precisa passar por um longo processo e ser sujeitado a uma investigação muito pesada - que, já se provou, não está livre de deformações por preconceito racial ou religioso. Diante dessa demanda insatisfeita, o que sugeri foi um experimento: ir a clínicas de aborto, propor a algumas mulheres que não realizassem a operação em troca de uma quantia em dinheiro e que o bebê, depois, fosse entregue para pais adotivos. Nunca sugeri que se criasse um mercado completamente desregulamentado de adoções. Propus uma experiência que continuo achando válida, embora ela não tenha apoio político nenhum. [...] (POSNER, s/d)³

Vê-se, portanto, que a atuação da AED sempre tem por objetivo final conceder maior eficiência e maximizar os potenciais das relações jurídicas, ainda que os caminhos encontrados para tal fim sejam um tanto quanto polêmicos.

7 CONCLUSÃO

Paula Forgioni pontua que “para muitos, no inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousaram contaminar o Direito com a Economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos”. (FORGONI, 2005, p. 252). Foi após os anos sessenta que a aplicação das teorias econômicas nas ciências jurídicas começou a ganhar forma, de modo a se buscar maior segurança, previsibilidade e eficiência das normas que compõem os ordenamentos jurídicos e também das decisões emanadas de seus intérpretes. Mas, citada escola ganhou verdadeiro rigor metodológico por meio dos trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, quando surgiram os nomes de Richard Posner e Gary Becker, citados neste estudo.

No Brasil, a incorporação dos postulados da Escola de Chicago ainda é tímida, mas foi reforçada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, ao elevar os princípios da eficiência e da celeridade à categoria de fundamentais, oportunidade em que fortaleceu a aplicação dos postulados econômicos nas relações jurídicas. No mesmo sentido, o Código Civil também ratificou a utilização dessa escola, uma vez que, ao incorporar ao regramento jurídico elementos normativos, vocábulos indeterminados, flexíveis e abertos à interpretação e adaptação ao caso concreto, inicia o rompimento, ainda que de forma insipiente, da distância entre os sistemas da *common law* e o da *civil law*. Também há que se citar o novo Código de

³ Entrevista completa disponível em: <http://origin.veja.abril.com.br/idade/exclusivo/130302/entrevista_posner.html>. Acesso em 10 maio 2017.

Processo Civil na medida em que fortalece as decisões judiciais como precedentes, reforçando, novamente, a ideologia do sistema da *common law*.

Nítidas as contribuições que a economia pode trazer para o direito, o que não significa que o discurso economicista deva prevalecer sobre o discurso jurídico. Assim, a AED deve ser objeto de reflexão por parte de toda a comunidade jurídica para que as suas diretrizes não sejam simplesmente transplantadas para o ordenamento pátrio, mas sim adaptadas às necessidades e realidade brasileiras. Por todo o acima analisado, torna-se fácil perceber a possibilidade de aplicação da AED no Brasil, de forma a aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas inerentes ao Direito. A AED é um caminho renovador e propulsor de debates diversos.

REFERÊNCIAS

AIRD, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., **Game Theory and the Law**. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1998.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. V. 9. N. 29. Jul/dez 2006. P. 50.

FARACO, Alexandre Ditzel; e SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. In: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**, 2005, p. 139.

GODOY, Arnaldo. Direito e Economia: Introdução ao movimento Law and Economics. Brasília: **Revista Jurídica**, v. 7, n. 73, jun/jul, 2005.

GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia – análise econômica do Direito e das organizações**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 150.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise Econômica do Direito: Uma Visão Didática**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009.

PACHECO, Mercado. **El análisis económico del derecho: Una reconstrucción teórica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. PP 202-210.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica - Dogmática e Análise Científica da Jurisprudência Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

POSNER, Richard. **The problems of Jurisprudence**. Chicago: Chicago University Press, 1993.

———. Íntegra da Entrevista com Richard Posner. **Revista Veja on-line**, s/d. Disponível em: <http://origin.veja.abril.com.br/idade/exclusivo/130302/entrevista_posner.html>. Acesso em 10 maio 2017.

SILVA, Leandro Novais e. **Três casos jurisprudenciais sob o enfoque da Análise Econômica do Direito**. Temas de Direito da Concorrência. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2005.