

3^a
EDIÇÃO
2019

LUCIANO
BENETTI
TIMM

COORDENADOR

DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL

AUTORES

ALEXANDRE BUENO CATEB • ANTÔNIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO
ARI FRANCISCO DE ARAUJO JR. • BRUNO MEYERHOF SALAMA
CLAUDIO DJISSEY SHIKIDA • CRISTIANO CARVALHO
EDUARDO GOULART PIMENTA • FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA
FLÁVIA SANTINONI VERA • IVO GICO JR.
JAIRO SADDI • JEAN CARLOS DIAS
JOÃO FRANCISCO MENEGOL GUARISSE • LUCIANA LUK-TAI YEUNG
LUCIANO BENETTI TIMM • MARCOS NOBREGA
NUNO GAROUPA • PAULO FURQUIM DE AZEVEDO
PERY FRANCISCO ASSIS SHIKIDA • RAFAEL BICCA MACHADO
RODRIGO DUFLOTH • RONALD A. HILBRECHT
THIAGO BOTTINO DO AMARAL • TOM GINSBURG

ESTUDOS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

EDITORA
FOCO

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2019 © Editora Foco

Coordenador: Luciano Benetti Timm

Autores: Alexandre Bueno Cateb, Antônio José Maristrello Porto, Ari Francisco de Araujo Jr., Bruno Meyerhof Salama, Claudio Djissey Shikida, Cristiano Carvalho, Eduardo Goulart Pimenta, Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Flávia Santinoni Vera, Ivo Gico Jr., Jairo Saddi, Jean Carlos Dias, João Francisco Menegol Guarisse, Luciana Luk-Tai Yeung, Luciano Benetti Timm, Marcos Nóbrega, Nuno Garoupa, Paulo Furquim de Azevedo, Pery Francisco Assis Shikida, Rafael Bicca Machado, Rodrigo Dufloth, Ronald O. Hilbrecht, Thiago Bottino do Amaral e Tom Ginsburg

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: GRÁFICA VIENA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598

Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito / Alexandre Bueno Cateb ... [et al.] ; organizado por Luciano Benetti Timm. - 3. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019.

744 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-8242-379-0

1. Direito. 2. Economia. 3. Brasil. I. Cateb, Alexandre Bueno. II. Porto, Antônio José Maristrello. III. Araujo Jr., Ari Francisco de. IV. Salama, Bruno Meyerhof. V. Shikida, Claudio Djissey. VI. Carvalho, Cristiano. VII. Pimenta, Eduardo Goulart. VIII. Lara, Fabiano Teodoro de Rezende. IX. Vera, Flávia Santinoni. X. Gico Jr., Ivo. XI. Saddi, Jairo. XII. Dias, Jean Carlos. XIII. Guarisse, João Francisco Menegol. XIV. Yeung, Luciana Luk-Tai. XV. Timm, Luciano Benetti. XVI. Nobrega, Marcos. XVII. Garoupa, Nuno. XVIII. Azevedo, Paulo Furquim de. XIX. Shikida, Pery Francisco Assis. XX. Machado, Rafael Bicca. XXI. Dufloth, Rodrigo. XXII. Hilbrecht, Ronald A. XXIII. Ginsburg, Tom. XXIV. Título.

2019-244

CDD 341.378

CDU 34:33

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito : Economia 341.378 2. Direito : Economia 34:33

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Bônus ou Capítulo On-line: Excepcionalmente, algumas obras da editora trazem conteúdo no *on-line*, que é parte integrante do livro, cujo acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (04.2019) – Data de Fechamento (04.2019)

2019

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial

CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

AGRADECIMENTOS

À Professora Rachel Sztajn, cuja franqueza, o espírito crítico e científico supreendem a todos que com ela travaram um debate acadêmico, abrindo as portas da Universidade de São Paulo para o que existe de melhor na teoria jurídica norte-americana.

Aos amigos da Associação Brasileira de Direito e Economia, fundada em 2007 e hoje a mais sólida e ramificada instituição acadêmica da América Latina dedicada ao debate nas conexões entre Direito e a Economia.

Aos alunos de graduação e de pós-graduação que se dedicaram aos debates, textos e aulas que prepararam o caminho para esta obra. Afinal, perceberam a vantagem de investir em uma área nova e promissora.

Luciano Benetti Timm

PREFÁCIO:

“DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: ESTUDOS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” – LUCIANO BENETTI TIMM (COORDENADOR)

A realidade – econômica, jurídica, social, política, tecnológica – apresenta, nos dias de hoje, a inegável marca da complexidade, que traz consigo novos desafios ao Estado. Nesse contexto de complexidade, impõe-se a necessidade de evolução e desenvolvimento de novas ferramentas de análise da sociedade, que consigam alcançar a dimensão e a intensidade dos problemas que se apresentam e cuja solução se propõe.

No campo jurídico, o fenômeno é também facilmente identificável. Diante da contínua e cada vez mais célere complexificação das relações sociais, exsurge a necessidade de que o Direito se atente para novas formas e métodos de normatização e de tomada de decisão. É sob esse mote que mais recentemente se tem direcionado os olhos à Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), como um novo sistema de instrumentais analíticos que fornecem ao jurista destacados recortes metodológicos, análises pragmáticas e abordagens consequenciais para a construção de soluções a problemas juridicamente relevantes.

Nesse sentido, propõe-se, por exemplo, a investigação do impacto que as normas em vigor causam às condutas dos agentes econômicos, buscando quantificar e qualificar os incentivos e os desincentivos que os institutos jurídicos geram aos *players*. A ferramenta, porém, não se limita a essa vertente descritiva, pelo que também propõe, sob uma ótica normativa e a partir de conclusões empíricas, o *design* ideal dos institutos jurídicos, de modo a alcançar resultados mais eficientes, aptos a maximizar o bem-estar social.

Trata-se, portanto, de um ramo empiricamente informado, que desenvolve premissas e alcança conclusões balizadas em indicadores numéricos extraídos da realidade social mediante rigoroso método científico, que apresenta evidências de que determinados institutos jurídicos produzem incentivos completamente distintos dos esperados, ajudando os formuladores de políticas públicas a melhorar o respectivo *design* estrutural. Considera-se, dessa forma, que os *players* agem racional e estrategicamente, pautando suas condutas de acordo com as possíveis consequências de suas escolhas (pragmatismo e consequencialismo).

Supõe-se, assim, que o pensamento humano é racional e causal, de modo que os seres humanos, para definirem as próprias condutas, previamente intuem como os demais agentes reagirão aos seus atos; bem como que os *players* não apenas re-

agem, mas também se adaptam ao longo do tempo ao comportamento dos demais agentes e aos (des)incentivos recebidos, mediante uma interação dinâmica cujas balizas continuamente se modificam. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito preconiza que os institutos jurídicos devem estar direcionados à maximização do bem-estar social, conceito que diz respeito à satisfação das necessidades de todos os agentes sociais, mediante distribuição adequada, eficiente e racional das utilidades dos recursos escassos disponíveis ao homem.

A correta compreensão desse complexo instrumental não pode se dar, porém, sem a sedimentação de seus conceitos básicos, tanto no que concerne à Economia, quanto no que diz respeito à sua inter-relação com o Direito. Em tempo, ao se debruçar sobre os pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito e ao confrontá-los com a realidade jurídico-institucional, o livro lança luzes para infirmar dúvidas que pairam sobre o tema, clarificando as bases sobre as quais se assentam o seu estudo.

O ponto alto do trabalho é sua originalidade, eis que se trata de uma sistematização pioneira sobre o tema, especialmente pelo seu viés multidisciplinar, que se constrói não apenas entre o Direito e a Economia, mas também em seus diversos ramos. Nesse sentido é que, ao longo de seus diversos capítulos, os autores apresentam temas desde os mais introdutórios, até aspectos atinentes à microeconomia, à macroeconomia, à teoria dos jogos, ao direito contratual, à responsabilidade civil, ao direito de propriedade, ao direito empresarial, societário, concorrencial, penal, administrativo, processual civil, do trabalho, dentre outras valiosas referências.

Durante a leitura da obra, percebe-se facilmente como os autores, coordenados magistralmente por Luciano Benetti Timm, aliam os conhecimentos teóricos da academia com a visão pragmática de sua aplicação. A madurez intelectual e a densidade acadêmica do livro são marcas que certamente impressionarão o leitor. Honra-me sobremaneira apresentar a presente obra, que desde logo já marca sua contribuição para o Direito brasileiro.

Brasília, 16 de abril de 2019.

Luiz Fux

Ministro e Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal

APRESENTAÇÃO

Essa apresentação, antes de ser uma verdadeira introdução dos temas tratados neste livro ou nota

histórica, tem caráter prioritariamente metodológico. Seu objetivo é o de justificar a organização sistemática do livro, indicando ao leitor como melhor aproveitar o conteúdo abordado. Ademais, incluímos ressalvas e explicações de certas escolhas a respeito da organização e dos temas incluídos.

Em primeiro lugar, vale indicar que esse livro propõe-se a ser um guia introdutório da análise econômica do direito. Por este motivo, ele pode ser lido por aqueles que não tem qualquer iniciação à Economia. De outra parte, dado o conhecimento dos autores e abordagem por eles levada a efeito garantem que não apenas o leitor não iniciado pode se beneficiar da leitura do livro. Aqueles que já possuem conhecimentos sobre a matéria, acredita-se, também encontrará valiosas ferramentas para adquirir uma compreensão mais profunda do tema. Da mesma forma, o operador do Direito igualmente poderá encontrar nas páginas desta obra o argumento sólido para apresentação de seu caso ou de fundamento da decisão.

Se o *Law and Economics* não veio para fazer tábua rasa do conhecimento e da prática jurídica, a verdade é que esta ferramenta analítica fornece ao jurista um relevante recorte metodológico que muito contribui para análise e solução de problemas jurídicos, desvelando a natureza do comportamento humano, os interesses em jogo, as consequências das decisões e a pragmática do Direito em ação (*law in action*).

A fim de facilitar a leitura dos textos, foi assegurada a autonomia e independência de cada capítulo. Ou seja, os capítulos estão dispostos de modo que a leitura de um não pressupõe a leitura dos outros. As exceções são os capítulos 1, 2, 3 e 4, que introduzem a análise econômica do Direito, microeconomia, a macroeconomia e a teoria dos jogos, respectivamente, e podem facilitar a compreensão de todos os textos subsequentes. O custo dessa disposição, por certo, é uma certa sobreposição dos assuntos analisados, o que, por certo, não prejudica a leitura do livro. Ainda assim, vale dizer que há uma progressão lógica dos capítulos, de forma que indicamos a leitura do livro na ordem aqui apresentada.

No capítulo 1, o Professor Ivo Gicco faz uma introdução metodológica do que trata o Direito e a Economia sob a ótica da dogmática jurídica e da análise econômica do Direito. Por isso, deve ser a leitura inaugural para aqueles iniciantes no *Law and Economics*.

O capítulo 2, escrito pelos professores Claudio Shikida e Ari Francisco de Araujo Jr., introduz conceitos básicos sobre microeconomia, incluindo a teoria do consumidor e da demanda, a teoria da empresa competitiva e da oferta, as interações entre oferta e demanda e as chamadas “falhas de mercado”. Ou seja, são apresentados instrumentos para o entendimento das estruturas que determinam o funcionamento de mercados, com um tratamento sistemático de conceitos, gráficos e tabelas.

Já o capítulo 3, desenvolvido pelos mesmos professores, é uma introdução à macroeconomia, incluindo discussões sobre produtividade, taxa de juros, taxa de câmbio e política fiscal, monetária e cambial. Ou seja, visa a explicar como a economia como um todo funciona, de forma que discussões posteriores sobre desenvolvimento e efeitos econômicos de longo prazo possam ser melhor compreendidos.

O capítulo 4, escrito pelo professor Ronald Hillbrecht, apresenta uma explicação simples e clara da teoria dos jogos, ramo das ciências sociais dedicado a compreender o comportamento estratégico de agentes racionais. Por estratégico compreende-se o comportamento cujo resultado depende do comportamento de outra pessoa, havendo, portanto, interdependência entre as decisões das partes. É fácil compreender a importância da teoria dos jogos para operadores do direito, em especial porque ela permite que juristas avaliem as consequências de determinados arranjos legais.

O capítulo 5 foi redigido pelos professores Nuno Garoupa e Tom Ginsburg e inclui uma discussão sobre os principais avanços da análise econômica do direito comparado. Os autores avaliam, ali, a recente literatura tanto no nível *micro*, relacionado às diferentes áreas do direito, quando no nível *macro*, referente às grandes famílias jurídicas do direito comparado.

O capítulo 6, escrito por Luciano Timm e João Guarisse, apresenta uma abordagem econômica para a compreensão de arranjos contratuais. O capítulo está dividido em duas partes, a primeira buscando explicar, com instrumentos de teoria dos jogos e de microeconomia, o *contrato enquanto fato social* de criação de riqueza; e a segunda, que visa a justificar a existência das principais *normas de direito contratual*.

O capítulo 7, desenvolvido por Antônio José Maristrello Porto, busca entender normas de responsabilidade civil segundo uma perspectiva juseconômica. Nesse sentido, o autor argumenta que uma regra de responsabilização deve fornecer incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução em suas atividades. Adentra-se então em discussões sobre as regras que atingem de modo eficiente esse objetivo.

O capítulo 8 tem por tema a análise econômica do direito de propriedade e foi escrito pela professora Flávia Vera. Aqui, explica-se como o direito de propriedade pode servir ao crescimento econômico de uma sociedade. São abordados também questões sobre a função social da propriedade, remédios judiciais para a violação do direito de propriedade e o meio ambiente.

O capítulo 9, escrito por Alexandre Cateb e Eduardo Pimenta, introduz questões de direito societário através de um prisma econômico. Os autores discutem tópicos absolutamente relevantes para o direito societário atual, como a limitação de responsabilidade e as regras especiais referentes à sociedade limitada e à sociedade anônima.

O capítulo 10, escrito pelo professor Rodrigo Dufloth, trabalha-se com a análise econômica do direito societário, com ênfase nas discussões sobre governança, responsabilidade dos sócios, conflito de interesse e risco moral.

O capítulo 11, assinado por Cristiano Carvalho, discute a análise econômica do direito tributário. São abordados temas indispensáveis para a compreensão desse ramo jurídico, incluindo, em especial, o ponto ótimo de arrecadação e a curva de Laffer, o peso morto dos tributos e o sentido último da existência de tributos. Ainda que sucinto, esse texto discute com esmero os principais tópicos do direito tributário, de forma que todos os leitores, tanto especialistas quanto novatos, irão certamente se beneficiar de uma leitura atenta.

Em seguida, temos o capítulo 12, escrito por Paulo Furquim de Azevedo, tratando sobre a análise econômica do direito da concorrência. Tradicionalmente vista como uma área limítrofe entre o direito e a economia, o direito concorrencial é especialmente apto a ser avaliado pelas lentes do *law and economics*. Nesse trabalho, o autor clarifica a atuação preventiva e repressiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além das origens e fundamentos desse ramo jurídico.

No capítulo 13, temos uma análise da economia do crime no Brasil feita pelos professores Pery Shikida e Thiago do Amaral. Aqui, os autores identificam fundamentos jurídicos e, principalmente, econômicos para a existência do direito penal – quais os objetivos desse ramo jurídico e qual o significado do “crime” e da “pena” segundo preceitos econômicos. Vale também indicar a inclusão de dados empíricos que não apenas confirmam as ideias apresentadas mas ajudam a trazer novos questionamentos para futuro aprofundamento da matéria.

Já no capítulo 14, a professora Luciana Luk-Tai Yeung utiliza a metodologia econômica para analisar o direito do trabalho no Brasil. O texto inclui uma avaliação criteriosa da CLT e dos tribunais de direito do trabalho, embasado em pesquisas empíricas e numa detalhada revisão da literatura existente sobre o tema.

O capítulo 15, por sua vez, é assinado por Jairo Saddi e discute a análise econômica da lei 11.101/2005, a lei de falências. Nesse capítulo, é feita uma detalhada avaliação das regras contidas na referida lei, com a utilização, inclusive, de ferramentas da teoria do jogo. Assim, discute-se a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência de acordo com os ditames da eficiência econômica.

Ainda, temos o capítulo 16, sobre a análise econômica da propriedade intelectual, escrito pelo professor Fabiano Teodoro de Rezende Lara. Focando-se prioritariamente no direito brasileiro, o autor identifica o principal objetivo do direito da

propriedade intelectual como o estímulo à inovação e ao desenvolvimento de novas ideias. Passa ele, então, à avaliação de regras específicas de acordo com o sucesso em atingir esse objetivo.

O capítulo 17, escrito pelo professor Bruno Salama, apresenta aspectos econômicos relacionados à arbitragem. Duas questões são suscitadas: em primeiro lugar, por que agentes econômicos decidem escolher submeter suas disputas à arbitragem e, em segundo lugar, como o fortalecimento da arbitragem, que se apresenta como competição ao sistema estatal de resolução de conflitos, está relacionado ao desenvolvimento institucional do Brasil.

Já o capítulo 18, escrito pelos advogados Rafael Machado e Jean Dias, trata da análise econômica do processo, um dos temas que mais necessitam o ferramental analítico da análise econômica, dado o elevado de dogmatismo a teoria processual brasileira, a qual ainda guarda muito da tradição abstrata e apriorística do século passado.

Finalmente, no capítulo 19, responsabilidade do professor Marcos Nóbrega, inclui discussão sobre os aspectos econômicos da licitação. O texto inicia com uma visão do sistema de compras governamentais no Brasil, seguido por discussões sobre “falhas de mercado”, como *moral hazard*, *hold up* e seleção adversa, que podem impedir resultados eficientes.

Do Editor da Obra

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	III
PREFÁCIO	V
APRESENTAÇÃO	VII
1. INTRODUÇÃO AO DIREITO E ECONOMIA	
Ivo Gico Jr.	1
2. MICROECONOMIA	
Ari Francisco de Araujo Jr. e Claudio Djissey Shikida.....	33
3. MACROECONOMIA	
Ari Francisco de Araujo Jr. e Claudio Djissey Shikida.....	71
4. UMA INTRODUÇÃO À TEORIA DOS JOGOS	
Ronald O. Hilbrecht.....	109
5. ANÁLISE ECONÔMICA E DIREITO COMPARADO	
Nuno Garoupa e Tom Ginsburg.....	133
6. ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS	
Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse.....	157
7. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
Antônio José Maristrello Porto	179
8. ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE	
Flávia Santinoni Vera	199
9. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOCIETÁRIO	
Alexandre Bueno Cateb e Eduardo Goulart Pimenta.....	223

10. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE EMPRESA	
Rodrigo Dufloth	245
11. ANÁLISE ECONÔMICA DA TRIBUTAÇÃO	
Cristiano Carvalho.....	263
12. ANÁLISE ECONÔMICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	
Paulo Furquim de Azevedo.....	281
13. ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME	
Pery Francisco Assis Shikida e Thiago Bottino do Amaral	311
14. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO TRABALHO	
Luciana Luk-Tai Yeung.....	335
15. ANÁLISE ECONÔMICA DA FALÊNCIA	
Jairo Saddi	355
16. ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	
Fabiano Teodoro de Rezende Lara	371
17. ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM	
Bruno Meyerhof Salama	395
18. ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO	
Rafael Bicca Machado e Jean Carlos Dias.....	405
19. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO	
Marcos Nóbrega.....	417

1

INTRODUÇÃO AO DIREITO E ECONOMIA¹

Ivo Gico Jr.

Doutor em Direito pela USP. Doutorando em Economia pela UnB. Mestre com honra máxima (*James Kent Scholar*) pela *Columbia Law School*, New York. Graduado em Direito pela UnB. Membro fundador e Diretor Acadêmico da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE e Editor-chefe da *Economic Analysis of Law Review* – EALR. Advogado. e-mail: gico@ucb.br

Sumário: 1. Introdução – 2. O Direito na Análise Econômica do Direito: onde se enquadra a AED?; 2.1. Jusnaturalismo; 2.2. Juspositivismo; 2.3. O mundo jurídico pós-positivismo – 3. A economia na Análise Econômica do Direito: a metodologia da AED; 3.1. Epistemologia da economia: o que é economia?; 3.2. O que é a Análise Econômica do Direito?; 3.3. Metodologia da AED – 4. Notas de Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

De um ponto de vista histórico-epistemológico, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e a ocorrência do Holocausto, a reação dos juristas romano-germânicos ao juspositivismo do século XIX foi um retorno ao direito enquanto valor, próximo ao jusnaturalismo, mas fixado em princípios constitucionais, tendo seus praticantes não apenas abandonado a ideia de ciência jurídica, mas efetivamente se afastado das demais ciências naturais e sociais na medida em que elas teriam falhado em fornecer uma Teoria do Valor que pudesse racionalizar decisões jurídicas. A solução implicitamente adotada estaria na filosofia. Não por outro motivo os paradigmas dominantes na metodologia jurídica atual emprestam largamente da filosofia em detrimento de todas as outras formas de conhecimento humano. Apenas a título

1. Esse texto é uma adaptação de um artigo anteriormente publicado na *Economic Analysis of Law Review* – EALR, Vol. 1, nº1, 2010.

de exemplo, basta lembrar que os programas de pós-graduação em direito muitas vezes exigem que seus discentes cursem cadeiras de filosofia do direito, mas cadeiras interdisciplinares raramente são ao menos oferecidas.

A consequência desse afastamento é que, mesmo após a grande evolução que as ciências naturais e sociais gozaram durante o século XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional. Em síntese, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública.

Por outro lado, posturas e culturas de cada disciplina divergem marcadamente em vários aspectos, sendo o diálogo entre juristas e economistas muitas vezes truncado, para não se dizer antagônico. A proposta do presente livro é oferecer ao leitor uma primeira aproximação à AED e suas várias áreas de aplicação, enquanto o presente capítulo visa a contextualizá-la do ponto de vista epistemológico, no intuito de facilitar o diálogo pela exposição dos pontos em que a aproximação pode ser útil e apontando para os pontos que devem ser tratados com especial cautela, já que os praticantes de AED – tanto economistas quanto juristas – não necessariamente possuem o treinamento adequado em ambas as áreas.

2. O DIREITO NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ONDE SE ENQUADRA A AED?

Nas ciências naturais e sociais, o conhecimento evolui geralmente circunscrito a um paradigma específico, vigente em um dado momento histórico, dentro do qual os pesquisadores contemporâneos normalmente não questionam os pressupostos sobre os quais trabalham: são os chamados períodos de “ciência normal”. O trabalho de pesquisa é, via de regra, melhorar e expandir o conhecimento existente dentro desse arcabouço teórico aceito explícita ou implicitamente pela comunidade científica contemporânea. Quando as dificuldades de explicar novos fenômenos ou de responder a antigas questões de forma satisfatória se avolumam substancialmente, essa superestrutura metodológica se rompe e há, gradualmente ou não, uma mudança de paradigma.²

2. Kuhn, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 57 e ss.

A utilização de paradigmas, apesar de ser uma noção relativamente gris, é útil na compreensão de como a abordagem dos operadores do direito tem variado no tempo e no espaço e, assim, o contexto histórico dentro do qual se insere a AED para que se possa compreender adequadamente sua epistemologia e metodologia.

2.1. Jusnaturalismo

De acordo com a tradição ocidental, foram os gregos os primeiros a associar ao direito uma natureza dúplice, parte decorrente da opinião dos homens e dela dependente, e parte decorrente da própria natureza e, portanto, universal e independente da opinião dos homens,³ sendo que o direito natural se sobreporia ao direito dos homens, constituindo uma ordem limítrofe permanente e imutável.⁴ De certo modo, esse difícil balanço entre uma noção metafísica de justiça (dita natural) e as leis dos homens (*demokratía*) permeou e permeia o debate jurídico até hoje.

O paradigma jusnaturalista como uma forma de limitação ao poder do governante desaparece em certo ponto da história com a queda do Império Romano e ressurge, de forma semi-independente e dispersa, na Idade Média.⁵ Durante esse período, na contínua disputa entre poder secular e religioso, o fundamento do direito natural ora se assentava na razão ou na natureza (logo, independentemente da igreja), ora em deus.⁶ É importante salientar que dentro do paradigma jusnaturalista não existe diferença entre análise positiva (o que é) e normativa (o que deve ser) do direito, pois se uma lei contradiz o direito natural, não decorre da razão (natureza) ou de deus (intelecto divino) e, portanto, não é justa, logo, não é direito. Nesse sentido, a discussão jurídica será sempre e necessariamente uma discussão idiossincrática de valores morais e éticos do observador, intérprete ou aplicador, salvo se o interlocutor acreditar em uma moral universalista, o que é cada vez mais raro em uma sociedade que se deseja e reconhece pluralista e multivalorativa.

2.2. Juspositivismo

A percepção jusnaturalista começa a perder espaço ainda no século XVIII, com Kant, que propugna a total separação entre direito (objeto de preocupação do ju-

3. Vide, por exemplo, Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Livro V, cap. 7. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, vol. 53, p. 117.

4. Essa posição é relativamente clara no Segundo Livro de: *As leis*, de Platão que, após ter presenciado seu mestre, Sócrates, ser condenado à morte pelos democratas atenienses, passou a desconfiar do poder ilimitado da democracia (vontade do povo). Assim, o direito natural – o Governo pelo Direito – desempenharia o salutar papel de limitação à vontade popular que, irrestrita, seria perigosa, i.e., o governo (mesmo democrático) deveria estar submetido ao direito (natural). Cfr. Platão. *As leis – Incluindo Epinomis*. Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999.

5. Para um resumo desse período, vide: Tamanaha, Brian Z. *On the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, Cap. 2.

6. Tomás de Aquino é um dos maiores expoentes dessa corrente medieval ao mesclar o pensamento de Aristóteles ao da igreja católica e fundamentar o direito natural na razão divina. Cfr. Aquino, Tomás de. *Suma teológica*. Trad. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira et alii. São Paulo: Loyola, 2001. t. I.

rista) e moral (objeto de preocupação do filósofo). Em Kant, a ciência do direito se diferencia das demais ciências pelo objeto, que é o estudo das leis exteriores gerais garantidas por uma sanção estatal. O jurista deve afastar-se de questões morais (o que é justiça) e da realidade fática e preocupar-se com as normas escritas, pois apenas elas revelariam a vontade geral.⁷

É nesse contexto histórico que surge, no século XIX, o juspositivismo, como uma decorrência do aparecimento e sucesso das ciências naturais em explicar o mundo, a partir do positivismo, mas com o qual não se confunde. O objetivo do positivismo de Comte era aplicar diretamente à sociedade (e, portanto, ao homem) os métodos bem-sucedidos das ciências naturais, pois eles seriam os únicos capazes de fornecer respostas verdadeiras aos problemas humanos e sociais. Daí a propositura de uma física social, posteriormente, sociologia. A ideia era repudiar o metafísico ou teológico e centrar-se no que era lógico e empiricamente verificável.

No âmbito jurídico, as ideias de Kant e o positivismo tiveram seu primeiro reflexo relevante na Escola Histórica alemã, normalmente associada ao objetivismo histórico de Savigny,⁸ cujo objetivo era demonstrar que a história não é fruto da razão, como diziam os iluministas, mas sim que o homem é um ser individual e variável de acordo com sua história. Se isso é verdade, então, não existe e não pode existir um único direito, igual para todos os povos, tempos e lugares. Não há direito universal. O direito é sempre o produto de um processo histórico que, como todos os fenômenos sociais, varia no tempo e no espaço.

Após o ataque da Escola Histórica, ocupa o lugar do jusnaturalismo como paradigma dominante, o juspositivismo, cuja proposta é estudar o direito de um ponto de vista científico, tal como efetivamente é, e não como deveria ser,⁹ consolidando a distinção entre análise positiva (o que é) e normativa (o que deve ser) do direito. A principal característica do positivismo jurídico é a negação da existência de um direito natural e a separação clara do que venha a ser direito, moral e política. Nessa linha, reconhece-se explicitamente que o direito é um fato social, existente independentemente de ser justo, correto, completo ou de ter qualquer outro atributo metafísico, o que não quer dizer que tais fatores não sejam relevantes para a filosofia do direito, apenas que o direito *existe* independentemente deles.

Seguindo a tradição kantiana e na tentativa de manter o seu *status* de conhecimento autônomo e relevante perante as ciências naturais e as ciências sociais emergentes,

7. Cf. Kant, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008, Clássicos Edipro. Note-se que Kant era filósofo de formação e não jurista.

8. “[S]eria melhor que existisse algo totalmente objetivo, algo de todo independente e distante de toda convicção individual: a lei. (...) A lei deveria, pois, ser completamente objetiva, conforme sua finalidade original, isto é, tão perfeita que quem a aplique não tenha nada a agregar-lhe de si mesmo”. Savigny, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. São Paulo: Rideel, 2005 [1814], Série Biblioteca Clássica, p. 7.

9. Cfr. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Nello Morra (comp.). Trad. Márcio Pugliesi et alii. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15-44. Ressalte-se que o juspositivismo constitui simultaneamente (a) um método para o estudo, (b) uma teoria e (c) uma ideologia do direito, sendo essas dimensões relativamente autônomas.

os juspositivistas entenderam ser necessário desenvolver independência metodológica e estabelecer objeto próprio, a norma. A estratégia adotada foi a incorporação de uma perspectiva formalista segundo a qual o direito seria: (a) o resultado de uma ação volitiva humana; (b) seu conteúdo independeria da moral ou de outros campos do conhecimento; e, por isso, (c) seria um sistema lógico fechado e coerente de regras da qual a decisão jurídica correta sempre poderia ser inferida lógica e autonomamente do direito posto. Nascia o ordenamento jurídico.¹⁰

Apenas para contextualizar, Durkheim realizou o mesmo esforço para transformar a sociologia em uma ciência objetiva e autônoma inventando o conceito de sociedade como ente coletivo, diverso da agregação de seus indivíduos e da mente humana, em uma tentativa de distinguir o método e o objeto sociológico do econômico e do psicológico.¹¹

Por outro lado, o direito perde o seu caráter sacro e passa a ser compreendido e trabalhado como o resultado de uma opção humana e não como uma ordem imutável e universal. Como consequência, percebe-se que as estruturas sociais podem ser alteradas pelo direito, agora concebido como um instrumento de mudança social consubstanciado na lei. O direito, portanto, não necessariamente é racional, mas pode e deve sê-lo. Daí, por exemplo, a crítica juspositiva ao direito consuetudinário casuístico e assistemático, que não reflete um instrumento de mudança, mas o costume prévio dos povos. No mesmo sentido, as grandes codificações seriam o mecanismo mais adequado de se organizar o direito.

Inicialmente focado na atividade legislativa e na coercibilidade do direito,¹² já na metade do século XX, sob a influência de Kelsen, o interesse juspositivista se desloca para as instituições aplicadoras do direito (e.g., Judiciário), seu caráter normativo e a sistematicidade do ordenamento jurídico. O direito, então, não constituiria uma ciência social causal (preditiva) como a sociologia ou a economia, mas pura e simplesmente normativa (autorizativa, prescritiva).¹³ Note-se que a sistematicidade do ordenamento jurídico não implica afirmar que o direito positivo gera sempre uma única resposta correta. Reconhece-se, tão somente, que nos casos em que mais de

10. Cfr. Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1994 [1960].

11. “Se, com efeito, talvez possamos contestar que todos os fenômenos sociais, sem exceção, se impõem ao indivíduo do exterior, a dúvida não se afigura possível no que diz respeito às crenças e práticas religiosas, às regras da moral, aos inúmeros preceitos do direito, isto é, no que se refere às manifestações mais características da vida coletiva. Todas elas são expressamente obrigatórias. Ora a obrigação é a prova de que essas formas de agir e de pensar não são obra do indivíduo, mas emanam de uma potência moral que o ultrapassa, quer o imaginemos misticamente sob a forma de um deus, quer dela façamos uma concepção mais temporal e mais científica. A mesma lei encontra-se, portanto, em ambos os domínios.” Durkheim, Émile. *As regras do método sociológico*. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895], p. 197.

12. O início do juspositivismo, no século XIX, pode ser associado ao trabalho de John Austin, que trabalhou e popularizou as ideias de Jeremy Bentham, seu amigo pessoal, em sua obra: Austin, John. *The province of jurisprudence determined*. Amherst: Prometheus Books, 2000 [1832], Great Minds Series.

13. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95 e ss.

uma interpretação é viável, não seria possível criar um critério científico (ou jurídico enquanto ciência) que permitisse a escolha da alternativa “mais” correta, pois tal escolha seria sempre valorativa e, portanto, subjetiva.¹⁴

O juspositivismo contribuiu para a teoria jurídica ao estabelecer de forma clara a distinção entre análise positiva e normativa do direito, bem como com a identificação do direito como um mecanismo de mudança social, que deveria obedecer a critérios de racionalidade. Por outro lado, a maneira como a proposta de alcançar independência metodológica foi implementada e evoluiu, não apenas excluiu das faculdades de direito qualquer forma de análise normativa (o que deve ser), como resultou na adoção de uma postura xenófoba e hermética, contrária ao próprio positivismo filosófico, cujo resultado foi praticamente eliminar o diálogo entre o direito e as ciências.

Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, voltaram-se ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito.

É importante reconhecer que a teoria e a práxis jurídica atuais continuam a trabalhar, ao menos em parte, dentro desse paradigma. Salvo raríssimas exceções, a educação jurídica no Brasil permanece sendo prioritariamente baseada em apresentação de princípios gerais para, em seguida, analisar-se as regras e peculiaridades de cada ramo do direito. Nos cursos de direito, as disciplinas de outras áreas (e.g., economia, sociologia, ciência política, psicologia), quando ministradas, o são de forma desconexa das disciplinas jurídicas, não influenciando seu conteúdo de forma relevante. A principal consequência é a carência de um instrumental analítico mais robusto (teoria) como o disponível nas demais ciências sociais com as quais o direito não dialoga de fato, o que me parece ser um legado largamente atribuível à degeneração da proposta juspositivista enquanto método e levado ao extremo pelas ideias e escolas sucessoras.

2.3. O mundo jurídico pós-positivismo

O juspositivismo gerou respostas diversas nos variados países. Na França surge a Escola da Livre Investigação Científica em reação à Escola Exegética. Enquanto esta acreditava que o direito se limitava à interpretação do direito codificado, aquela

14. “[D]e um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” Kelsen, op. cit., p. 391. Veja também, em geral, Hart, Herbert L. A. *Conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

entendia que havia um maior espaço de atuação do intérprete, cuja ação deveria ser cientificamente fundamentada, mas que acabava por se confundir com a própria lei. Na Escandinávia, surge o Realismo Jurídico focado na análise dos conceitos jurídicos fundamentais; enquanto nos EUA, o jusrealismo combate o formalismo langdelliano (doutrinalismo)¹⁵ para demonstrar que: (a) o direito é indeterminado, no sentido de não fornecer uma única resposta; (b) as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e, portanto, (c) o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o direito, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico).

No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito¹⁶ e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*),¹⁷ entre outros movimentos.

Já nos países de tradição europeia-continental, inclusive no Brasil, uma das reações tardias ao juspositivismo foi o neoconstitucionalismo,¹⁸ que se propõe a denunciar a incapacidade de o raciocínio lógico-formal lidar com questões valorativamente controvertidas, para as quais não há uma única resposta e retoma a posição segundo a qual não seria possível uma referência a direito sem uma conotação valorativa. A ocorrência da Segunda Grande Guerra e do Holocausto, supostamente não “impedidos” pelo direito, incitou seus propositores a sustentarem que o direito não poderia ser desprovido de conteúdo moral e que, portanto, esse só faz sentido quando combinado com valores éticos que o limitem e guiem.

15. Apesar de a doutrina norte-americana distinguir entre o juspositivismo e o doutrinalismo de Langdell, as semelhanças são evidentes entre uma e outra escola, separadas apenas pelo sistema jurídico. Para uma interessante revisão da história da AED no contexto consuetudinário, vide: Mercurio, Nicholas; Medema, Steven G. *Economics and the Law – from posner to post-modernism and beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2006, Cap. 1, em especial, p. 14-19.

16. Para as origens históricas da AED, veja: Parisi, Francesco; Rowley, Charles K. *The origins of law and economics – essays by the founding fathers*. Massachusetts: The Locke Institute, 2005.

17. Cfr. Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento do critical legal studies*. Porto Alegre: Safe, 2005.

18. No Brasil é comum denominar essa corrente como pós-positivista. No entanto, seu foco é a reaproximação entre direito e moral por meio da constitucionalização principiológica do direito, e não o reconhecimento da impossibilidade de se alcançar o conhecimento perfeito e que, portanto, o conhecimento científico deve ser considerado apenas como verdade não refutada (falsificacionismo), posição característica do pós-positivismo. Assim, o neoconstitucionalismo não dialoga com o positivismo filosófico, mas sim com o juspositivismo, razão pela qual usamos termos diversos em nome da clareza. Sobre o pós-positivismo, cf. Popper, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 8. ed. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 2000; e Blaug, Mark. *The methodology of economics – or how economists explain*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, Cambridge Surveys of Economic Literature, p. 3-50.