

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 170

Abril/junho – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Direito, Economia e relações patrimoniais privadas

Eduardo Goulart Pimenta

## Sumário

Introdução. 1. A Economia como estudo da geração e distribuição da riqueza. 2. Avaliação de condutas e da legislação a partir de critérios econômicos de eficiência. 3. O Direito como forma de regulação e ordenamento da realidade econômica. 4. Princípios fundamentais da análise econômica do Direito. 5. A Economia aplicada à elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas. 5.1. Elaboração ou reforma de institutos para torná-los economicamente mais eficientes. 5.2. Interpretação e aplicação dos institutos positivados sob a ótica da eficiência. 5.3. Seleção, entre duas ou mais opções juridicamente admissíveis, daquela economicamente mais eficiente. Conclusão.

## Introdução

Este texto procura analisar os aspectos que consideramos mais relevantes de um tema cada vez mais presente em discussões e estudos sobre a legislação: a influência e a importância da Economia para o Direito e vice-versa.

Começamos com uma breve mas importante explanação sobre alguns dos métodos e critérios de valoração da realidade adotados pela ciência econômica, de um lado, e pela ciência jurídica, de outro.

Para essa finalidade, optamos por fixar algumas premissas na exposição das características, objetivos e métodos tanto da Economia quanto do Direito. Temos a convicção de que tais premissas permitem-nos validar nossas conclusões, embora, dada a

Eduardo Goulart Pimenta é Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Professor Adjunto de Direito Empresarial nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor nos cursos de Economia e Administração do IBMEC-MG, Professor do Curso de Mestrado em Direito Empresarial da Universidade de Itaúna - MG, Procurador do Estado de Minas Gerais e Advogado.

complexidade do assunto, não sintetizem todas as diferentes correntes sobre o tema.

A seguir, dedicamo-nos à chamada análise econômica do Direito como escola de pensamento que se propõe ao estudo da legislação conforme critérios e métodos característicos da Ciência Econômica para demonstrar sua especial adequação ao processo de elaboração e interpretação de normas e institutos reguladores de relações patrimoniais.

### *1. A Economia como estudo da geração e distribuição da riqueza*

A Economia pode, em essência, ser tomada como o ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a população gera, organiza e usufrui de seus limitados recursos materiais com o objetivo de atender às suas necessidades e vontades.

“O gerenciamento dos recursos da sociedade é importante porque estes são escassos. Escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter. Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que eles desejam, uma sociedade não pode dar a cada membro um padrão de vida alto ao qual eles aspirem.

Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos” (MANKIWI, 2005, p. 4; no mesmo sentido Cf. STANLAKE, 1993, p. 11 et seq.).

Em outras palavras, é o estudo de como a sociedade escolhe entre suas necessidades e desejos de forma a adequá-los aos recursos materiais de que dispõe e de como a sociedade procura aperfeiçoar a utilização desses mesmos recursos materiais.

É possível afirmar que o objetivo primordial daqueles que se dedicam ao estudo da Economia é conhecer e proporcionar a máxima utilização dos recursos materiais dis-

poníveis. É, desse modo, um ramo do conhecimento voltado, antes de mais nada, à maximização na geração e distribuição da riqueza. “A economia é o estudo da forma como as sociedades utilizam recursos escassos para produzir bens com valor e de como os distribuem entre os vários indivíduos” (SAMUELSON; NORDHAUS, 2001, p. 4).

O principal referencial adotado pela ciência econômica é a eficiência. Produção eficiente de bens e serviços; eficiência na utilização dos fatores de produção com o objetivo de maximizar suas potencialidades; eficiência na distribuição da riqueza entre as diferentes camadas da população.

Em um raciocínio estritamente econômico, diremos que a conduta de determinado agente – seja ele uma pessoa, família, empresa ou Estado – é analisada sob o binômio eficiência/ineficiência, o que significa dizer que a ação em análise é estudada conforme tenha ou não contribuído para a maximização dos recursos materiais disponíveis ou para sua ótima utilização ou distribuição.

Essa avaliação da eficiência ou ineficiência de conduta adotada por um agente econômico se faz a partir da comparação entre seus custos (aquilo de que se teve de abrir mão para a realização da conduta em questão) e os seus benefícios (aquilo que foi obtido como efeito da ação levada a cabo).

Em sua busca pela geração, utilização e distribuição eficiente dos recursos materiais disponíveis, a Economia emprega uma série de ferramentas metodológicas que visam permitir ou facilitar a análise de determinada circunstância ou conduta e seus efeitos sobre a riqueza disponível. Algumas dessas ferramentas metodológicas são especialmente caras à análise econômica do Direito.

Partindo da observação da realidade social ligada à produção e gestão dos recursos materiais pela sociedade, o economista elabora uma hipótese que procura entender e explicar tal realidade, bem como seus efeitos, reduzindo-a ao que correntemente se chama de modelo econômico.

O primeiro e talvez mais característico – entre as ciências sociais aplicadas – método de análise da realidade empregado pela Economia está na concepção de modelos econômicos. Trata-se de simplificações da realidade social com o objetivo de compreender quais circunstâncias (chamadas variáveis) são responsáveis pela ocorrência de uma alteração – benéfica ou não – sobre a produção ou distribuição da riqueza disponível.

“Os economistas também usam modelos para aprender sobre o mundo, mas em vez de serem feitos de plástico, os modelos dos economistas são geralmente compostos de diagramas e equações. Como o modelo de plástico dos professores de biologia, os modelos econômicos omitem muitos detalhes para permitir que vejamos o que realmente importa. Assim como o modelo do professor de biologia não mostra todos os músculos e vasos capilares do corpo, os modelos dos economistas não incluem todas as características da economia.(...) Da mesma maneira que um físico inicia a análise de uma bolinha de gude em queda supondo que não haja atrito, os economistas adotam hipóteses para muitos dos detalhes da economia que são irrelevantes para o estudo da questão analisada. Todos os modelos – em física, biologia ou economia – simplificam a realidade para que possamos compreendê-la melhor” (MANKIW, 2005, p. 23).

Os modelos econômicos decorrem da aplicação dos princípios fundamentais do método científico, aqui usados não para o estudo dos fenômenos naturais, como se vê na Química, Física ou Biologia, mas para a compreensão dos fenômenos sociais ligados à produção e distribuição dos bens e serviços na sociedade.

Ao conceber um modelo econômico, o que se faz é estudar um determinado aspecto da realidade social. Analisa-se tal aspecto

buscando extrair os fatores (variáveis) que efetivamente influem sobre ele e procurando estudá-los de modo a entender como interagem uns com os outros.

“Do mesmo modo que os engenheiros constroem diferentes modelos para estudar aspectos específicos de um automóvel, os economistas elaboram diferentes modelos da economia – com palavras ou com equações – para representar aspectos específicos da economia. Um modelo econômico pode descrever uma relação geral (‘Quando a renda aumenta, se eleva o número de carros comprados’), uma relação quantitativa (‘Quando a renda aumenta 10%, o número de carros aumenta, em média, 12%’) ou fazer uma previsão geral (‘Um aumento no imposto sobre a gasolina diminuirá a demanda de automóveis’)” (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 15).

Vê-se que um modelo econômico recorta a realidade social, procurando focar-se em uma determinada ocorrência (no exemplo representada pelo aumento no consumo de carros) e procurando entender e explicar quais as circunstâncias (ou variáveis econômicas) que a provocaram.

A partir da constatação da ocorrência por ele abordada (o aumento no consumo de carros), cabe ao economista também propor uma hipótese que a explique. Entre as possíveis variáveis econômicas aptas a causar um aumento no consumo de carros, temos, no exemplo, o crescimento da renda da população ou a alteração no preço dos combustíveis.

Constatado que efetivamente a ocorrência analisada (o aumento no consumo de carros) deve-se a alterações na renda da população ou no preço dos combustíveis, pode-se afirmar como válido o modelo econômico que, simplificando a realidade social, afirma que um aumento na renda da população ou uma diminuição no preço da gasolina faz subir a procura por automóveis.

É perfeitamente possível que analisemos as ações dos agentes econômicos e sobre elas construamos modelos em que tais condutas sejam explicadas em função de alterações na legislação que as discipline.

Uma das razões do sucesso da análise econômica do Direito como método de estudo da legislação está na constatação de que, em um determinado modelo econômico, a legislação é uma importantíssima variável a ser considerada. Sua capacidade de influência sobre a ocorrência econômica estudada é potencialmente muito elevada e, por isso mesmo, não pode ser deixada de lado.

Assim, voltando ao exemplo acima citado, poderíamos considerar eventuais alterações na legislação como variável apta a explicar a ocorrência econômica estudada (o aumento no consumo de carros). Se uma alteração legislativa determinar radical diminuição na alíquota do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, haverá um aumento no consumo de carros? Em caso de resposta afirmativa, estaremos diante de um modelo econômico que analisa os efeitos de uma mudança legislativa sobre a geração e distribuição da riqueza.

Se esses efeitos são ou não desejáveis pela sociedade, é questão a ser resolvida a partir dos princípios valorativos predominantes nessa mesma sociedade. O que a análise econômica do Direito fez foi demonstrar que a legislação sobre o Imposto de Veículos Automotores pode influenciar no número de carros consumidos. Porém, cabe ao legislador, a partir dessa informação, decidir se essa influência é ou não adequada aos valores prevalentes na sociedade.

Outra ferramenta metodológica usada pela Economia e especialmente cara à análise econômica do Direito é o emprego de avaliações quantitativas da realidade social. Tais instrumentos são particularmente úteis à Economia dada sua essencial ligação a objetos e interesses monetariamente mensuráveis.

“Esta característica costuma ser apontada como uma diferença mar-

cante entre a economia e outros ramos do conhecimento social. Em economia é possível:

- quantificar resultados
- construir identidades quantitativas
- estabelecer relações quantitativas entre diferentes categorias de transações
- desenvolver modelos explicativos da realidade, baseados em sistemas de equações simultâneas
- proceder a análises fundamentadas em parâmetros quantificados
- desenvolver sistemas quantitativos para diagnósticos e prognósticos” (ROSSETTI, 2003, p. 35).

A essencial relação entre Economia, interesses e objetos monetariamente mensuráveis e métodos quantitativos de análise da realidade é tida como o grande fator de precisão em suas conclusões. É o que salienta, por exemplo, Ronald H. Coase ao dizer que: “Economics, it must be admitted, does appear to be more developed than the other social sciences. But the great advantage which economics has possessed is that economists are able to use the ‘measuring rod of money’. This has given a precision to the analysis, and since what are measured by money are important determinants of human behaviour in the economic system, the analysis has considerable explanatory power” (COASE, 1995, p. 44).

Uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas escolhas. A compreensão do número de opções de conduta disponíveis aos agentes econômicos e dos incentivos que encontram em cada uma delas para a maximização de seus interesses (medidos pela relação entre seus custos e seus benefícios) somente se revela digna de credibilidade se efetuada por meio de avaliações numericamente mensuráveis.

Ao atentar para a relação quantitativa entre diferentes variáveis, a Economia, em

decorrência, trata seu objeto de estudo a partir de noções como custos, riscos e ganhos (modalidades de incentivos), todas suscetíveis de serem expressas por meio de gráficos e equações que espelham a relação entre elas.

Estudar o Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e também do número de opções que podem ser legalmente oferecidas a esses sujeitos. Tal estudo só se valida se amparado por análises eminentemente quantitativas marcadas pela precisão matemática.

Por outro lado, se o Direito é talvez a mais poderosa forma de ordenamento da conduta humana, é necessário dispor de instrumentos que nos permitam saber se as normas elaboradas para reger a conduta humana estão realmente surtindo o efeito social que delas se espera. Somente com o uso de estatísticas e outras ferramentas matemáticas é possível avaliar com precisão se a legislação de fato conseguiu amoldar a conduta social segundo os valores que se pretende implementar.

Vejamus um exemplo: a legislação falimentar brasileira foi alterada com o objetivo primordial de se preservar a empresa, auxiliando-a em situações de crise econômico-financeira sazonais. Diante de uma ocorrência economicamente relevante e constatada (o número de falências em nosso país), a legislação foi alterada com o objetivo de alcançar um determinado valor socialmente importante (a preservação da empresa, amparada em sua função social).

Porém, como saber se a alteração legislativa implementada foi bem sucedida no seu intento? Como constatar se, em nosso modelo, a hipótese levantada foi válida? A alteração na legislação falimentar conseguiu sua meta de minimizar a possibilidade de fechamento das empresas? Não há outro modo de efetuar com precisão tal avaliação senão utilizando-se de ferramentas matemáticas que nos permitam, entre outros dados

relevantes, conhecer, ao longo do tempo e da vigência da nova legislação, a variação no número de falências ocorridas em nosso país.

Assim, não apenas é relevante estabelecer, por exemplo, uma relação entre o interesse de investidores estrangeiros no país e o grau de recuperação dos empréstimos feitos a empresários falidos – análise eminentemente econômica –, mas também é essencial estipular-se, a partir da relação quantitativa entre essas duas variáveis, qual deve ser a forma de intervenção da legislação sobre essa realidade, de modo a orientar a conduta dos envolvidos no sentido mais condizente com os valores predominantes.<sup>1</sup>

## *2. Avaliação de condutas e da legislação a partir de critérios econômicos de eficiência*

Ao tratar de eficiência, galgando-a, como apontamos, ao nível de parâmetro de avaliação de uma conduta, é preciso atribuir-lhe um significado. É necessário dar conteúdo àquilo que compreendemos por eficiência econômica, até porque, com o emprego de métodos característicos da Economia ao Direito, a legislação e os institutos jurídicos são avaliados em termos de sua eficiência/ineficiência na geração ou distribuição da riqueza produzida.

O padrão de eficiência normalmente invocado em análises econômicas – e mesmo jurídicas – é o concebido pelo economista italiano Vilfredo Pareto e por isso denominado Ótimo de Pareto. Tal concepção se refere tanto à produção de bens ou serviços quanto – e principalmente – ao modo pelo qual são eles alocados:

“O bem-estar máximo, disse Pareto, ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Isso implica que a sociedade não pode reorganizar a alocação de recursos ou a distribuição de bens e serviços de modo a

ajudar uma pessoa sem prejudicar outra. Assim, o estado ótimo de Pareto implica (1) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores, (2) uma alocação técnica ideal de recursos e (3) quantidades ideais de produção” (BRUE, 2005, p. 391; no mesmo sentido Cf. KREPS, 1990, p. 153 et seq.).

É comum os economistas ilustrarem com exemplos e situações hipotéticas tal condição.

Tomemos a hipótese de um bem qualquer como o sorvete, mais especificamente nos sabores de baunilha e chocolate<sup>2</sup>. Em uma sociedade, há pessoas que preferem o sorvete de baunilha ao de chocolate e vice-versa. A alocação desse recurso encontrar-se-á dentro do padrão ótimo de Pareto se todo o sorvete de baunilha disponível estiver na propriedade daquelas pessoas que o preferem e se, por outro lado, todo o sorvete de chocolate existente no mercado for direcionado àqueles consumidores que mais o desejam. O padrão ótimo de Pareto pressupõe, como se vê, um sistema de trocas ou alocação de recursos que permita aos agentes econômicos o acesso ao bem que mais valorizam.

Voltando ao exemplo, é preciso, além disso, que haja no mercado uma quantidade de tal dos sorvetes de baunilha e de chocolate que atendam a todos aqueles que desejem consumir um ou outro, conforme suas preferências.

Vê-se, desse modo, que o padrão ótimo de Pareto tem também como requisito a eficiência na quantidade produzida do bem em questão, de forma a que se atenda perfeitamente às preferências dos consumidores e de modo que não seja possível produzir mais de algum dos bens sem comprometer a quantidade necessária do outro.

Se, entretanto, houver consumidores que preferem sorvete de baunilha mas recebem o de chocolate e vice-versa – ou ainda consumidores sem o sorvete que desejam –, a alocação desse recurso material (sorvete) não se mostrará eficiente segundo Pareto.

Do mesmo modo, se houver no mercado pessoas interessadas em adquirir um dos sabores de sorvete sem, entretanto, encontrar quem deseje oferecê-lo ou, por outro lado, existir uma quantidade de sorvete de baunilha ou de chocolate maior do que o número de pessoas que o preferam, haverá também uma situação de ineficiência.

O Direito é eficiente, segundo o padrão ótimo de Pareto, quando molda a conduta dos indivíduos de forma a incentivá-los a alocar os recursos materiais disponíveis na propriedade daqueles que mais os desejem. Cumpre à legislação, como variável economicamente relevante, incentivar a que os agentes econômicos se movam a produzir a quantidade ideal de sorvetes e a trocá-los entre si até que se seja atingido o nível em que qualquer alteração superveniente seja prejudicial aos interesses envolvidos.

Outra concepção de eficiência econômica modernamente adotada é a desenvolvida a partir de idéias de Barone, Kaldor, Hicks e Scitovsky (Cf. BLAUG, 1996, p. 574). Segundo essa concepção, haverá um ganho real no bem-estar – e riqueza – da sociedade quando uma determinada conduta ou ato economicamente relevante redistribuir os bens e serviços disponíveis de forma que os agentes econômicos afetados pelos efeitos dessa medida econômica não estejam dispostos a retornar à posição original ainda que recebam, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços que a medida ou conduta em análise os atribuiu.

Em sua essência, trata-se de um padrão de eficiência econômica que também parte do princípio de que os bens e serviços devem ser atribuídos àqueles que mais os valorizam, ou seja, aos agentes econômicos que se recusem a trocar tais bens ou serviços pelo valor monetário dos mesmos. “Scitovsky thus attempts to separate efficiency from equity by defining an improvement in welfare as one that, for every possible distribution of income before the change, makes everyone better off after the change even if

compensation payments are actually paid” (BLAUG, 1996, p. 575).

Assim, uma conduta é economicamente eficiente se os que dela se beneficiam ganham mais do que aquilo que perderam os agentes que por ela foram prejudicados. A eficiência econômica da conduta em análise está na constatação de que o benefício que ela trouxe para determinado(s) agente(s) foi quantitativamente maior do que o prejuízo que ela tenha acarretado a outro(s) agente(s) econômicos, contribuindo, dessa forma, para o aumento geral na riqueza da população.

“Thus, the modern-day formulation of the compensation principle is as follows: A change may be judged to improve society well-being if and only if both the gainers from the change could compensate the losers for their losses and remain better off themselves, and the losers could not have compensated the gainers to forgo their gains without being themselves worse off than in their original position” (MERCURO; MEDEMA, 1999, p. 50).

O Direito, como variável economicamente relevante, deve procurar moldar a conduta dos agentes econômicos de forma que os bens e serviços fiquem na propriedade daqueles que não estariam dispostos a cedê-los nem pela compensação financeira que receberiam por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro.

Visto de outro ângulo, esse padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, soluciona-o de forma que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente.

Embora o critério de Pareto seja muito invocado, é sobre essa última noção de efi-

ciência econômica que costumam se debruçar, como veremos abaixo, os atuais operadores da análise econômica do Direito.

### 3. O Direito como forma de regulação e ordenamento da realidade econômica

Há inúmeros sentidos para termos como Direito, Valor, Justiça e Norma. Adentrarmos a discussão sobre o tema certamente levaria a searas que nos fariam perder de nosso objetivo original e principal sem que nada de significativo pudéssemos acrescentar ao que já foi produzido por outros mais habilitados para a função. Optamos por reduzir nossa abordagem, tomando os vocábulos em questão por apenas um de seus possíveis significados<sup>3</sup>.

Assim, referimo-nos ao Direito em seu sentido estritamente positivo, como o conjunto de regras fixadas pela autoridade estatal com o intuito de orientar a conduta da sociedade e cujo cumprimento pode ser imposto pelo Poder Público inclusive com o uso da força.

Vistas, em uma primeira e recorrente aproximação, como expressões da idéia de Justiça em uma determinada comunidade, essas regras de conduta humana – as normas jurídicas – são elaboradas e aplicadas à sociedade, que deve agir conforme os preceitos normativos sob pena de sofrer a consequência cominada (sanção) para o caso de descumprimento da conduta exigida ou realização da ação proibida.

As normas jurídicas são, então, vistas como instrumentos de que dispõe o Estado para conformar a conduta da sociedade à idéia de Justiça que prevalece naquele determinado contexto de espaço e tempo. “A idéia do direito não pode ser outra senão a justiça” (RADBRUCH, 2003, p. 7).

É válido afirmar que, ao elaborar tais regras – a que chamamos normas jurídicas – destinadas a regular a conduta de um grupo social, o legislador tem, como fim de sua atividade, a efetivação de um conjunto de valores que, naquele dado momento histó-

rico, lhe são especialmente caros como expressão da idéia de Justiça.

“Os comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas chamadas normas de valoração, elas fundamentam-se – dito de forma mais simples – em valorações, em aprovações e desaprovações. Tem inteira razão o moralista FR. JODL quando afirma que todo o imperativo já pressupõe necessariamente o juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e é por isso mesmo que é exigido” (ENGISCH, 2004, p. 46).

Sejam esses valores, por exemplo, a Ordem, a Paz, a Liberdade ou a Igualdade entre as pessoas independentemente da raça, cor, sexo ou credo, é certo que as normas jurídicas são instrumentos (talvez o principal) destinados à efetiva realização deles em uma dada sociedade.

É nesse ponto que passamos a suscitar a seguinte questão: a maximização da riqueza, corporificada pela noção econômica de eficiência, é um valor suscetível e merecedor de ser implementado pelo Direito, entendido, repetimos mais uma vez, como um conjunto sistemático de normas postas pelo Estado?

É a partir da resposta que dermos a essa questão que admitiremos ou não como válida a possibilidade de uma análise econômica do Direito: a busca pela eficiência econômica, corporificada pela maximização na geração e distribuição da riqueza disponível em uma dada sociedade, é um valor a ser perseguido pelo sistema normativo?

Há quem entenda que a maximização da riqueza não pode ser compreendida como um valor. É o caso de Ronald Dworkin, severo crítico dessa forma de abordar o Direito em dois artigos intitulados “A riqueza é um valor?” e “Por que a eficiência?” (DWORKIN, 2005, p. 351-398). Não compartilhamos dessa idéia.

Não é de agora que se reconhece a importância dos recursos patrimoniais como forma de plena consecução da existência

digna do Homem. Ao contrário, a forma pela qual a sociedade produz e distribui a sua riqueza foi galgada à condição de parte importante dos chamados Direitos Fundamentais:

“Os direitos econômicos e sociais foram acrescidos às liberdades públicas, afirmando alguns autores tratar-se da segunda geração de direitos fundamentais. A idéia central deste novo elenco de direitos fundamentais é propiciar condições materiais mínimas de existência que permitam ao indivíduo usufruir das demais liberdades” (JAYME, 2005, p. 20).

Não mais é suficiente que o Direito garanta ao Homem o rol tradicional de Direitos Fundamentais consagrado a partir da Revolução Francesa e que, vistos hoje, se mostram insuficientes na função de permitir ao indivíduo o alcance da plenitude de sua dignidade.

A igualdade formal de todos perante a lei – limitada apenas à submissão de todos às mesmas regras de conduta – e a liberdade – restrita ao arbítrio de locomoção e pensamento – são nitidamente insuficientes à realização humana se não forem acompanhadas por um conjunto de bens e serviços que, colocados à sua disposição, permitam uma existência digna no sentido mais amplo e correto do termo.

O Direito tem, hoje, outro elemento com que se preocupar ao disciplinar juridicamente as relações sociais: permitir aos indivíduos o acesso aos bens materiais necessários ao seu pleno desenvolvimento físico, cultural e espiritual. Assim, a geração e a distribuição da riqueza entre os integrantes de uma sociedade não é – e nem pode ser – estranha ao Direito.

A preocupação com o modo pelo qual a sociedade gera e distribui sua riqueza não se limita à Economia, que ao tema se dedica com tanto afinco. É um dos valores a serem perseguidos pelo Direito e, como demonstrado, não é, ao contrário do que a princípio possa eventualmente parecer, um valor menor.

É sim um valor instrumental – com a ressalva pela eventual impropriedade terminológica que só se faz em atenção à clareza da exposição – na medida em que consiste em um meio pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de alcance de outros valores como a Liberdade e a Dignidade. “Efficiency is always relevant to policymaking, because it is always better to achieve any given policy at lower cost than at higher cost. Public officials never advocate wasting money” (COOTER; ULEN, 2005, p. 4).

O Direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição.

Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade.

Como se não bastassem tais observações, a abordagem ganha contornos de Direito Positivo, se analisada sob o prisma constitucional.

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil.

Não há como se alcançar tais metas sem que se preocupe com a eficiência na geração e distribuição da riqueza.

Se a erradicação da pobreza é um objetivo da República Federativa do Brasil, obviamente então a maximização dos escassos recursos materiais (ou seja, a maximização da riqueza disponível) é também e necessariamente um valor a ser alcançado.

Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988,

que a elevou, com se vê, ao nível de um dos objetivos fundamentais da República.

A relação entre Economia e Direito é bilateral. Assim como os critérios e métodos econômicos são capazes de influenciar a elaboração, a interpretação e a aplicação do Direito aos casos concretos, o contrário também se verifica.

Há intensas conseqüências para a realidade econômica de um determinado ordenamento jurídico quando se verifica alguma mudança nas normas positivadas ali ou mesmo em sua interpretação ou aplicação.

A legislação que, por exemplo, discipline questões como a recuperação e falência de sociedades empresárias, os preços, os tributos e a concorrência tem o poder de modificar – muitas vezes de forma radical e imediata – os indicadores econômicos empregados pela ciência em questão.

É consagrada a distinção entre Economia positiva e Economia normativa. “Esta diferenciação é atribuída a John Neville Keynes, filósofo e renomado economista político do final do século XIX, pai de John Maynard Keynes, um dos mais influentes economistas da primeira metade do século XX. (...) A economia positiva trata a realidade como ela é. A economia normativa considera mudanças nessa mesma realidade, propondo como ela deve ser” (ROSSETTI, 2003, p. 65).

Stiglitz e Walsh desdobram tais considerações ao afirmarem que: “Quando eles [os economistas] descrevem a economia e constroem modelos que prevêm como a economia mudará ou os impactos de diferentes políticas, eles fazem o que chamamos de economia positiva. Quando avaliam políticas alternativas, pensando seus benefícios e custos, estão se dedicando à economia normativa. A economia positiva se preocupa com o que ‘é’, com a descrição do funcionamento da economia. A economia normativa trata do que ‘deveria ser’, com a avaliação da desejabilidade de vários cursos de ação” (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 16).

Vemos portanto que a Economia, calçada sobre seus métodos peculiares de análise

se da realidade social relacionada à produção, distribuição e consumo da riqueza, não se limita a descrever, por meio de modelos econômicos, como funcionam e interagem os diferentes elementos que, de uma forma ou de outra, interferem sobre tal sistema.

A partir do momento em que se entende e consegue explicar como interagem os diferentes fatores influenciadores da realidade econômica, pode-se também fazer assertivas no sentido de como tais fatores poderiam ser direcionados de forma a consagrar determinados valores ou objetivos socialmente desejados.

O Direito, tomado aqui em seu sentido positivo, é o principal instrumento pelo qual se pode pensar em conduzir a Economia, em um ponto espacial e temporal determinado, de sua situação positiva para a normativa. Do “ser” para o “dever-ser”:

“A Lei da natureza estabelece que, se A é, B é (ou será). A regra de Direito diz: se A é, B deve ser. A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). O significado da conexão estabelecida pela lei da natureza entre dois elementos é o ‘é’, ao passo que o significado da conexão estabelecida entre dois elementos pela regra do Direito é o ‘deve ser’. O princípio segundo o qual a ciência natural descreve seus objetos é o da causalidade, o princípio segundo o qual a ciência jurídica descreve seu objeto é o da normatividade” (KELSEN, 1991, p. 64).

O Direito influencia a Economia no que tem de mais característico: a busca por estabelecer o que “deve ser”. Procura modificar a realidade econômica como ela é – a economia descritiva salientada por Keynes – para contribuir para sua transformação na realidade econômica como “deve ser” (a economia normativa).

Assim, é possível compreender porque um ramo do conhecimento cujas elaboração e aplicação tradicionalmente se baseiam na análise do justo/injusto, ético/aético, moral/imoral pode ser analisado à luz de ou-

tro centrado sobre a distinção eficiente/ineficiente e submetido a um método empírico de análises quantitativas e modelos simplificados da realidade estudada.

#### 4. *Princípios fundamentais da análise econômica do Direito*

Apercebendo-se da insuficiência dos tradicionais instrumentos de análise da legislação, os juristas passaram a recorrer à Economia como método de estudo e aferição da eficiência da legislação.

Tal movimento, intitulado Direito e Economia (do original inglês *Law & Economics*), ou análise econômica do Direito, tem sua origem atribuída aos estudos de Ronald Coase<sup>4</sup> que, não à toa, foi agraciado com o prêmio Nobel pelas fundamentais diretrizes que lançou.

Fato é que a aplicação do instrumental da Economia à análise do Direito é considerada, entre os juristas norte-americanos, o maior avanço da ciência jurídica no século XX, tendo se tornado a mais robusta e moderna corrente de estudo do Direito nos Estados Unidos da América, além de mostrar-se em franca expansão em outros relevantes ordenamentos<sup>5</sup>.

A legislação é, desse modo, vista como um instrumento de maximização e distribuição da riqueza. Assim, sua adequação a tais objetivos deve ser analisada segundo métodos característicos do ramo das ciências sociais destinado a tal finalidade.

“Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense. (...) In addition to a scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standard for evaluating law and policy. Laws are not just arcane, technical arguments; they are instruments for achieving important social goal. In order to know the effects of laws on

these goals, judges and other law-makers must have a method of evaluating laws' effects on important social values" (COOTER; ULEN, 2004, p. 4).

Entenda-se por análise econômica do Direito a tentativa de contribuir para o avanço na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação por meio de critérios e métodos particulares à ciência econômica.

Tanto o aplicador quanto aquele que está sujeito a um determinado conjunto de normas jurídicas orienta seu raciocínio a partir do binômio legalidade/ilegalidade. Se a conduta analisada ou praticada se adequar ao que é exigido pela norma ou se omitir a ação proibida por ela, o indivíduo encontra-se sob a égide da legalidade. Caso contrário, em face da inadequação de sua conduta ou omissão ao estabelecido pela norma (ilegalidade), este sujeito deve se submeter à consequência prevista para o caso dessa inobservância (sanção).

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. Parte-se da premissa que os agentes – sujeitos de direito – irão conduzir-se diante da legislação de forma a fazer a escolha que incorra em uma melhor relação quantitativa entre os custos e riscos envolvidos e os possíveis benefícios (escolha baseada no critério eficiência).

Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses. Se tais escolhas têm por referência a legislação (entre obedecê-la ou não, entre agir segundo essa ou aquela opção legal, entre essa ou aquela interpretação das normas jurídicas), estamos diante da aplicação de uma noção econômica (a escolha entre diferentes condutas possíveis como forma de maximização da riqueza) ao Direito.

Assim, a legislação deve ser elaborada, interpretada e aplicada de forma a que os ganhos dos ganhadores sejam maiores que as perdas dos perdedores (eficiência de Kardor-Hicks).

## *5. A Economia aplicada à elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas*

### *5.1. Elaboração ou reforma de institutos para torná-los economicamente mais eficientes*

Ao disciplinar juridicamente uma determinada realidade social ou alterar as normas que a regem, o legislador não pode se descuidar da preocupação com os efeitos que as alterações legislativas podem provocar sobre a geração ou distribuição da riqueza. Deve considerar ainda que o Direito tem o poder de provocar drásticas e rápidas alterações na realidade econômica em que se aplica.

Ilustra essa forma de análise econômica do Direito o trabalho de Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker (Cf. BAIRD; GETNER; PICKER, 2003). Valendo-se de modelos econômicos ligados à Teoria dos Jogos, os autores estudam diferentes situações juridicamente relevantes com o objetivo de apontar qual seria a forma de legislar sobre a questão de modo a conseguir-se o resultado mais eficiente e socialmente desejável.

Partindo, por exemplo, do estudo das normas jurídicas sobre responsabilidade civil por atropelamento, os autores procuram, entre as diferentes opções da legislação, encontrar aquela que permita fazer com que os agentes envolvidos (pedestre e motorista) tenham, em face do incentivo econômico que lhes seja normativamente oferecido, a conduta social mais condizente com os valores predominantes.

O instituto da recuperação judicial da empresa é outro exemplo do que estamos procurando apresentar. Trata-se de uma reestruturação do direito positivo com um

objetivo eminentemente econômico: a manutenção das unidades empresariais que passem por dificuldades econômicas temporárias.

Tomemos ainda a Lei das Sociedades Anônimas, expressamente calcada sobre a premissa da defesa aos interesses dos acionistas minoritários.

A elaboração desse texto normativo levou em conta fortemente esse quesito, dada a sua repercussão para a atividade empresarial, já que propicia a aglutinação de investidores de pequeno porte em torno das companhias e canaliza recursos de outros investimentos para as empresas.

Nos três casos aqui aventados, temos, então, hipóteses em que o ordenamento jurídico foi elaborado ou modificado com vistas ao alcance de valores socialmente desejados sem descuidar da eficiência na geração ou distribuição da riqueza, fosse esta seu principal intento (como no caso da legislação falimentar) ou não (como na hipótese sobre a responsabilidade por atropelamentos).

### *5.2. Interpretação e aplicação dos institutos positivados sob a ótica da eficiência*

Interpretar uma norma jurídica é, em essência, extrair o significado de seus termos para aplicá-los à situação concreta apresentada. É sabido, porém, que as palavras de um texto legal – ao contrário dos números – não comportam apenas um único sentido. “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma dessas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é A norma individual, mas apenas que é UMA das nor-

mas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1991, p. 366).

Entre as duas ou mais interpretações possíveis sobre uma mesma norma jurídica, devemos, se pretendemos uma análise econômica do Direito, optar por aquela que melhor se adéque ao padrão de eficiência econômica.

Cabe ao intérprete, diante da moldura que a norma jurídica lhe oferece, escolher aquela interpretação que permita alocar os direitos em discussão na titularidade daqueles que não estariam dispostos a trocá-los pelo seu equivalente financeiro ou, visto de outro modo: a norma jurídica deve ser interpretada de maneira que sua aplicação ao caso concreto torne os ganhos dos beneficiados por ela maiores que as perdas de quem tenha sido vencido em suas pretensões.

Mitchell Polinsky e Steven Shavell abordam o tema em face da interpretação dos contratos: “Given a method of interpretation, parties will choose contracts in a constrained-efficient way. Notably, if the parties are concerned that an aspect of their contract would not be interpreted as they want, they could either bear the cost of writing a more explicit term that would be respected by the tribunal, or they could simply accept the expected loss from having a less-than-efficient term” (POLINSKY; SHAVELL, 2005, p. 17; no mesmo sentido Cf. SCHWARTZ; SCOTT, 2003).

Outro bom exemplo de como a interpretação do direito positivo pode influir na sua repercussão econômica pode ser dado pelo antigo art. 335, V, do Código Comercial brasileiro.

Ali estava disposto que o sócio poderia requerer a dissolução da sociedade a que estivesse vinculado por prazo indeterminado sempre que assim o desejasse.

Em uma primeira aproximação, interpretou-se o termo dissolução em seu sentido mais reto: rompimento total do contrato social e extinção da pessoa jurídica dele decorrente.

Entretanto, atenta às danosas repercussões econômicas dessa interpretação, a jurisprudência caminhou – valendo-se de institutos como o contrato plurilateral – para atribuir ao termo dissolução citado no dispositivo legal uma feição apenas parcial (Cf. PIMENTA, 2004, p. 60).

Rompe-se apenas parcialmente o contrato de sociedade, permitindo-se a saída do sócio descontente mas mantendo-se a unidade produtiva em funcionamento, com notórios ganhos para a atividade produtiva.

Parece-nos este um exemplo acabado em que não a legislação mas sua interpretação foram modificadas de uma modalidade economicamente ineficiente para outra mais adequada à maximização da riqueza disponível e menos danosa aos sucumbentes.

### *5.3. Seleção, entre duas ou mais opções juridicamente admissíveis, daquela economicamente mais eficiente*

Não se trata aqui de duas diferentes interpretações sobre uma mesma norma, uma delas economicamente mais eficiente que a outra.

Trata-se de analisar as duas ou mais normas jurídicas aplicáveis a uma determinada situação concreta optando-se, entre as opções lícitamente admissíveis, por aquela economicamente mais eficiente.

Relevante exemplo é dado por Richard Posner: “Contrast two methods of organizing the production of (say) mobile homes. In one, the entrepreneur contracts with one person to supply the component parts, with another to assemble them, and a third to sell the finished product. In the second method, he hires them to perform these tasks as his employees under his direction. The first method of organizing production is the traditional domain of contract law, the second of master-servant law. The essence of the first method is that the entrepreneur negotiates with each of the three contractors an agreement specifying the price, quantity, quality, due date, credit terms, etc., of contractor’s performance. The essence of the second me-

thod is that the entrepreneur pays them wages, not for a specific performance, but the right to direct their performance” (POSNER, 1972, p. 174).

Analisemos também as sociedades limitadas e as sociedades por ações: tanto uma quanto a outra são tipos societários previstos e disciplinados pela legislação brasileira. Salvo algumas exceções expressas (como o caso de instituições financeiras), duas ou mais pessoas que pretendam unir seus esforços pessoais e patrimônio para a realização de uma mesma atividade podem livremente optar por uma ou outra modalidade.

São, desse modo, dois institutos distintos destinados a disciplinar uma realidade que, a princípio, é a mesma: a união de esforços e patrimônio para a realização de uma mesma atividade econômica com a consequente repartição dos resultados (contrato de sociedade).

É aí que entra a análise da questão sob o ponto de vista de sua eficiência. Consideremos as seguintes situações:

1ª - Os sócios são pessoas de uma mesma família, em grupo pouco numeroso e pretendem ter direta ingerência sobre a gestão do empreendimento.

2ª - Os sócios são pessoas de uma mesma família mas em grupo bastante numeroso e com direta ingerência sobre a empresa, não havendo, por outro lado, grande harmonia de pensamento entre eles.

3ª - Os sócios são integrantes de uma mesma família mas têm o objetivo de abrigar no quadro de membros da sociedade outras pessoas estranhas ao núcleo familiar e, além disso, já estudam a possibilidade de negociar ações no mercado de valores mobiliários.

A modalidade de sociedade a ser adequadamente escolhida pelos interessados, em cada uma dessas hipóteses, varia não segundo critérios de licitude/ilicitude, tendo em vista que qualquer uma das opções dadas (sociedade limitada ou anônima) é plenamente aplicável, sob esse critério, à situação posta.

Em cada uma das três hipóteses cumpre optar, entre as diferentes modalidades de sociedades legalmente admitidas, por aquela que permita aos sócios, em face das peculiaridades de relações e interesses de cada um, a solução economicamente mais eficiente.

### Conclusão

O principal objetivo deste estudo foi chamar a atenção para a necessidade de se elaborar, interpretar e aplicar o Direito conciliando valores socialmente almejados e eficiência econômica.

Isso não significa que a eficiência deva ser sempre respeitada como critério de análise da legislação. Ao contrário, há oportunidades em que deverá ela ser deixada de lado em prol de outros valores socialmente mais relevantes.

Essa constatação, porém, ao invés de desacreditar a análise econômica do Direito, vem em seu reforço, na medida em que, para abdicarmos da eficiência em prol de outros valores socialmente mais relevantes diante da situação concreta, precisamos saber qual seria a opção mais eficiente.

Por outro lado, é indispensável que os valores socialmente almejados e que se pretende refletidos na legislação sejam alcançados com o mínimo de dispêndio material possível, tornando, também sob esse ponto de vista, o Direito inseparável da Economia.

### Notas

<sup>1</sup>Todd J. Zywicki (2005, p. 20), ao analisar a legislação e jurisprudência norte-americanas, chama a atenção para estes elementos: "In the modern world, however, capital is not tied to any particular country. Thus, it is far easier to escape the 'tax' imposed by a nation's inefficient bankruptcy laws. It also is doubtful that international investors will be willing to allow American bankruptcy judges to redistribute their wealth to subsidize American workers and lawyers through chapter 11. To the extent that chapter 11 raises the costs and risks of investing in America, international investors will direct their capital to more efficient markets. In short, the pressures on the United States to adopt more

efficient bankruptcy laws is much greater than in the past."

<sup>2</sup> Esse exemplo foi retirado de Stiglitz & Walsh (2003, p. 172-174).

<sup>3</sup> Em apoio a nossa opção, invocamos a seguinte assertiva de Hans Kelsen: "Podemos definir como quisermos os termos que desejamos usar como ferreamentas em nosso trabalho intelectual. A única questão é saber se eles servirão ao propósito teórico ao qual os destinamos" (KELSEN, 2000, p. 7).

<sup>4</sup> As principais contribuições de Ronald Coase para a análise econômica do Direito encontram-se em dois de seus trabalhos: COASE, Ronald. The nature of firm, In: *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988. COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, The University of I, N. 3, 1960. Chicago Press.

<sup>5</sup> Sobre a atual importância da análise econômica do Direito para a pesquisa jurídica, veja-se, a título de exemplo: POSNER, 2004; COOTER; ULEN, 2005; MERCURO; MEDEMA, 2003; WILLIAMSON, 2000.

### Referências

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and Law*. Chicago: Harvard University Press, 2003.

BLAUG, Mark. *Economic theory in retrospect*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. 6. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 1, n. 3, 1960.

\_\_\_\_\_. *The nature of the firm: the firm, the market and the law*. Chicago: University Press, 1988.

COASE, Ronald H. *Essays on economics and economists*. Chicago; London: University of Chicago Press, 1995.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 4. ed. [S. l.]: A. Wesley, Longman, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- KREPS, David M. *A course in microeconomic theory*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: T. Learning, 2005.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. New Jersey: Princeton University press, 1999.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócio: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*, [S. l.], n. 536, nov. 2005.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1972.
- \_\_\_\_\_. Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations. *Ratio Juris*, Bologna, v. 17, n. 1, mar. 2004.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. 16. ed. São Paulo: Mc Graw Hill, 2001.
- STANLAKE, George Frederik. *Introdução à economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, 2003.
- WILLIAMSON, Oliver E. Why law, economics, and organization? *Law and Economics working paper series*, Berkeley, n. 37, 2000.
- ZYWICKI, Todd. The past, present, and future of bankruptcy law in America. *Law and Economics working paper series*, Berkeley, [200-?]. Disponível em: <<http://www.ssrn.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2005.