

O EFEITO DA DOTAÇÃO (*ENDOWMENT EFFECT*) E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Leandro Martins Zanitelli ¹

ENDOWMENT EFFECT AND TORTS

RESUMO

COSTUMA-SE PRESSUPOR QUE O MÁXIMO QUE ALGUÉM ESTÁ DISPOSTO A PAGAR POR ALGO (VALOR DA DISPOSIÇÃO A PAGAR – VDP) E O MÍNIMO QUE EXIGIRIA PARA SE DESFAZER DO MESMO BEM (VALOR DA DISPOSIÇÃO A ACEITAR – VDA) COINCIDEM. ESTUDOS REALIZADOS NOS ÚLTIMOS ANOS, CONTUDO, INDICAM QUE HÁ POR VEZES UMA DIVERGÊNCIA ENTRE VDP E VDA. ESSA DIVERGÊNCIA TEM SIDO DESIGNADA COMO EFEITO DA DOTAÇÃO (*ENDOWMENT EFFECT*). O ARTIGO TRATA DAS CAUSAS DO EFEITO DA DOTAÇÃO, DA SUA IMPORTÂNCIA PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (E DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM PARTICULAR) E DE ALGUMAS TENTATIVAS DE SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA QUE ELE SUSCITA.

PALAVRAS-CHAVE

EFEITO DA DOTAÇÃO, *ENDOWMENT EFFECT*, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, RESPONSABILIDADE CIVIL

ABSTRACT

ECONOMIC ANALYSIS ASSUMES IN GENERAL THAT WILLINGNESS TO PAY (WTP) AND WILLINGNESS TO ACCEPT (WTA) ARE THE SAME. RECENT WORK, HOWEVER, SUGGESTS THAT IT'S NOT ALWAYS TRUE. THIS ARTICLE CONCERNS THE DISPARITY BETWEEN WTP AND WTA, KNOWN AS ENDOWMENT EFFECT, ITS CAUSES, IMPORTANCE TO ECONOMIC ANALYSIS (EMPHASIS ON THE ECONOMIC ANALYSIS OF TORT LAW), AND SOME ATTEMPTS TO SOLVE THE PROBLEM IT GIVES RISE.

KEYWORDS

ENDOWMENT EFFECT, ANALYSIS OF LAW, TORTS

INTRODUÇÃO

A análise econômica do direito se baseia em um estudo de Ronald Coase (The problem of social cost) a respeito dos custos de transação. São custos de transação os suportados para realizar um contrato (como o custo do tempo perdido para a estipulação das cláusulas) e obter seu cumprimento (como os custos para a propositura de uma ação judicial). Segundo Coase, se os custos de transação forem iguais a zero e as partes puderem dispor dos direitos que lhes são legalmente conferidos, chegar-se-á a um resultado eficiente,² independentemente do que a lei determinar.³

Imagine-se, por exemplo, que *A* esteja descontente com seu vizinho, *B*, o qual costuma tocar saxofone durante as tardes, perturbando o sossego de *A*. Diante de

um caso como esse, em que algo tem de ser sacrificado (ou a prática do instrumento por *B* ou o sossego de *A*), a análise econômica do direito recomenda que se prefira dentre os bens desejados o de maior valor, a fim de proporcionar à sociedade a maior riqueza possível. O valor de um bem, por sua vez, mede-se pela disposição a pagar ou a aceitar. Desta maneira, o valor de tocar saxofone em casa às tardes para *B* é estimado com base no máximo que ele estaria disposto a pagar para exercer essa atividade (valor da disposição a pagar – VDP) ou no mínimo que exigiria para se abster dela (valor da disposição a aceitar – VDA). Suponha-se que esse valor para *B* seja igual a \$ 50, isto é, que \$ 50 seja o máximo que ele pagaria para tocar saxofone e o mínimo que aceitaria para deixar de fazê-lo. \$ 50 é, portanto, o valor para *B* das suas horas de estudo. O valor do silêncio para *A* se mede do mesmo modo, isto é, pelo que *A* estaria disposto a pagar para que *B* deixe de tocar (VDP) ou pelo que exigiria para abrir mão do seu sossego (VDA). Se o valor do silêncio para *A* é inferior ao da prática do saxofone para *B* (admita-se que o valor do silêncio para o primeiro seja de \$ 30), a solução eficiente, que fará a sociedade mais rica, é permitir que *B* siga tocando.

Observe-se, a partir do exemplo, em que consiste a suposição de Coase. Se não há custos de transação e a lei confere para *A* o direito a não ser incomodado pelo saxofone, é de esperar que *B* ofereça àquele até \$ 50 para abrir mão do direito que lhe foi legalmente conferido. Como \$ 30 é a soma mínima que *A* aceitaria para tolerar a música, os dois celebrarão um contrato pelo qual *B* pagará alguma quantia entre \$ 30 e \$ 50 pela permissão de praticar o instrumento. Se, ao contrário, *B* tiver legalmente o direito a tocar saxofone, nenhum contrato será realizado (*A* não estará disposto a pagar mais do que \$ 30 para que *B* faça silêncio, e este, por sua vez, não abrirá mão de tocar por menos de \$ 50), e os ensaios prosseguirão. Embora a situação final de cada uma das partes seja diferente nas duas hipóteses (*B* ficará mais pobre se tiver de pagar ao vizinho para ensaiar, o que só aconteceria no primeiro caso), em ambas *B* continuará tocando, o que, como visto, é a solução eficiente.

Aceitando-se a suposição de Coase, chega-se à conclusão de que a legislação, no caso em que se almeje unicamente a eficiência (isto é, a máxima riqueza social), só é importante porque os custos de transação são, de fato, geralmente superiores a zero. Quando os custos de transação são altos, um resultado eficiente depende do que a lei estabelece. Suponha-se que esses custos, no exemplo dado, sejam maiores do que \$ 50. Se a lei proibir *B* de tocar, não é provável que ele obtenha por contrato o direito respectivo, já que, para tanto, precisaria suportar custos de transação superiores ao máximo que está disposto a pagar pelos ensaios. Em casos como esse, só se logrará uma solução eficiente quando o direito for legalmente atribuído àquele que lhe der mais valor. Como o direito a praticar saxofone tem mais valor para *B* do que o direito ao silêncio para *A*, o objetivo da eficiência só será atendido (admitindo-se que os custos de transação impeçam a realização de um contrato entre *A* e *B*) se a lei conferir a *B* o referido direito.

Custos de transação altos exigem, portanto, que a lei conceda direitos àqueles que estejam dispostos a pagar mais por eles. Repare-se como a única (embora não desprezível) dificuldade para obedecer ao critério da eficiência seria, portanto, verificar qual das partes dá mais valor aos direitos em disputa. Como o custo para obter informação a respeito do valor de um direito pode se mostrar considerável, a melhor solução será, muitas vezes, procurar reduzir os custos de transação, a fim de que as partes celebrem acordos que, de outro modo, não ocorreriam. Sempre, no entanto, que fosse possível determinar a quem certo direito seria contratualmente atribuído, se os custos de transação desaparecessem, alcançar-se-ia a eficiência facilmente.

Note-se, entretanto, como a suposição de Coase depende da equivalência entre o que se está disposto a pagar por um direito (VDP) e o que se exigiria para abrir mão dele (VDA). Se VDP e VDA forem diferentes, o que a legislação determina pode ser importante, *ainda que os custos de transação sejam nulos*. No caso antes narrado, imagine-se, ao contrário do afirmado, que a quantia mínima pela qual *A* renunciaria ao seu direito ao silêncio seja de \$ 55 (VDA para *A*, ou $VDA[A]$, = \$ 55), embora \$ 30 seja o máximo que o mesmo *A* pagaria por esse direito na hipótese de não o possuir (VDP para *A*, ou $VDP[A]$, = \$ 30). Admitindo-se que VDP e VDA para *B* sejam ambos iguais a \$ 50, o resultado dependerá agora do que a lei prescrever. Se ela instituir o direito ao silêncio para *A*, *B* permanecerá proibido de ensaiar mesmo que não haja custos de transação, já que, para adquirir o direito a tocar, *B* não pagará mais do que \$ 50, quantia inferior a que exige *A* (\$ 55). Se, ao contrário, conceder-se a *B* o direito a ensaiar durante as tardes, tal direito continuará em suas mãos, pois *A* não se dispõe a pagar (lembre-se de que $VDP[A]$ = \$ 30) o mínimo que *B* exigiria (\$ 50) para fazer silêncio.

Uma disparidade entre VDP e VDA como a recém-cogitada não só contraria a suposição de Coase, porque leva a crer que a legislação influa sobre o resultado, inclusive se os custos de transação se mostrarem iguais a zero, como também põe dúvida sobre como satisfazer ao objetivo da eficiência quando os custos de transação forem altos e a estratégia escolhida for a de atribuir direitos àqueles para os quais esses mesmos direitos possuam maior valor. A fim de seguir o critério da eficiência, deve-se considerar VDP ou VDA? Constatada, como no último exemplo, uma disparidade entre VDP e VDA, a resposta a tal pergunta se revela crucial. Se o cálculo se basear em VDP, a solução eficiente será reconhecer a *B* o direito a praticar seu instrumento: como os custos de transação impedem a realização de um contrato entre *A* e *B*, a lei deve beneficiar àquele para o qual o direito tenha maior valor medido por VDP, ou seja, *B*, pois $VDP(B)$ (\$ 50) > $VDP(A)$ (\$ 30). Se, ao contrário, considerar-se VDA, e não VDP, a solução eficiente será conceder o direito ao silêncio para *A*, uma vez que $VDA(A)$ (\$ 55) > $VDA(B)$ (\$ 50).

A disparidade entre VDP e VDA é conhecida como efeito da dotação (*endowment effect*).⁴ O presente estudo é dedicado a esse efeito, com dois propósitos. O primeiro

é enfrentar a questão formulada no parágrafo anterior, que consiste em determinar qual das duas medidas, VDP ou VDA, há de ser empregada sempre que se constata alguma divergência entre elas. Tratar-se-á disso na primeira parte, na qual, depois de algumas das causas do efeito da dotação, serão examinadas soluções para o dilema criado por esse efeito.

Este trabalho é resultado de uma pesquisa na área da responsabilidade civil. Por isso, sua segunda parte se vale dessa área do direito para ilustrar as implicações do efeito da dotação e das considerações feitas a tal respeito na primeira parte.

I O EFEITO DA DOTAÇÃO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Korobkin tem sustentado que o modo de superar a dificuldade suscitada pelo efeito da dotação deve variar de acordo com a causa da disparidade entre VDP e VDA.⁵ Admitindo-se que ele esteja certo, faz-se indispensável conhecer as causas dessa disparidade.

1.1 CAUSAS DO EFEITO DA DOTAÇÃO

Sobre o efeito da dotação pairam ainda muitas dúvidas. Embora uma diferença entre VDP e VDA seja percebida por vários estudos,⁶ faltam conclusões sobre o que a determina e, em consequência, sobre os casos em que é possível constatá-la. Algumas virtuais causas são, não obstante, apontadas:

a) RIQUEZA

A disposição a pagar ou a exigir certa quantia por algo é influenciada pela riqueza. Voltando ao exemplo apresentado anteriormente, uma possível causa para que *B* esteja disposto a pagar \$ 50 para tocar saxofone durante as tardes, mais do que o máximo (\$ 30) que *A* pagaria para ter silêncio, é que *B* seja mais rico do que *A*. Provavelmente, *B* não estaria disposto a pagar tanto se fosse mais pobre do que é, e talvez concordasse em pagar uma soma superior a \$ 50 se possuísse ainda mais recursos.

A relação entre riqueza e disposição a pagar explica como VDP e VDA podem variar para um indivíduo em relação ao mesmo direito. Quando se pergunta pelo mínimo que alguém exigiria para se desfazer de um certo bem (VDA), trata-se aquele a quem a pergunta é endereçada como titular desse mesmo bem. Ao ser questionado, por exemplo, sobre quanto demandaria para renunciar ao direito ao silêncio, *A* é considerado, ao menos no que concerne à situação imaginada pela pergunta, como titular desse direito. O oposto ocorre quando o que se indaga é o máximo que alguém pagaria por algo (VDP). Nesse caso, o perguntado se encontra na posição (hipotética ou não, não importa) de alguém a quem falta a titularidade do direito em jogo. Assim, quando se busca determinar o máximo que *A* pagaria para *B* deixar de tocar, pressupõe-se que *A* não tenha direito ao silêncio.

A diferença entre as duas situações imaginadas no parágrafo anterior é uma diferença de riqueza. A riqueza de *A* varia de acordo com a pergunta feita. Quando se inquire sobre VDA, adiciona-se aos demais bens de *A* o direito ao silêncio; quando o que se quer descobrir é VDP, subtrai-se do patrimônio de *A*, ao menos hipoteticamente, o mesmo direito. Como *A* é mais rico na primeira hipótese, VDA termina por se mostrar superior a VDP. A disparidade entre VDP e VDA seria, assim, um efeito da riqueza (*wealth effect*)⁷;

b) AVERSÃO À PERDA

Outra causa do efeito da dotação indicada freqüentemente é a aversão à perda.⁸ Os seres humanos revelariam uma especial aversão a se desfazerem do que é seu devido a uma diferença no valor em utilidade da aquisição e perda de um mesmo bem. Se o ganho em utilidade ou bem-estar⁹ com a aquisição de um bem é menor do que a redução de utilidade associada à sua perda (é o que se costuma supor a fim de explicar a aversão à perda), VDA deve ser superior a VDP. A mencionada diferença de utilidade (e a conseqüente resistência à perda) é explicada, por sua vez, de várias maneiras, as quais correspondem, portanto, a causas de segunda ordem do efeito da dotação. São elas:¹⁰

b.1) circunstâncias evolutivas

A aversão à perda poderia se dever às circunstâncias da evolução da espécie humana, nas quais perdas ameaçavam a subsistência mais do que o insucesso em obter ganhos.¹¹ Em resposta a essas circunstâncias, ter-se-ia desenvolvido nos seres humanos a tendência a atribuir maior importância a perdas, o que explicaria a diferença entre o acréscimo de utilidade proporcionado pela aquisição de um bem e a redução proveniente da sua perda, que dá origem ao efeito da dotação.

b.2) redução de utilidade ao “vender”

A perda de utilidade que alguém sofre ao se desfazer de um bem pode ser superior ao ganho decorrente da aquisição do mesmo bem em razão de um mal-estar relacionado à “venda”.¹² Em algumas ocasiões, pôr-se na posição de “vendedor”, isto é, na posição de abrir mão de algo mediante uma remuneração, é, em si mesmo, motivo de desagrado. É o que pode ocorrer quando o bem “vendido” (por exemplo, a vida, a saúde ou o meio ambiente) não é tido, habitualmente, como comercializável. Em casos como esses, além da diminuição de utilidade advinda da perda do bem em si, tem-se a decorrente da prática de algo considerado aviltante pelo próprio agente. Por causa disso, a perda total de utilidade com a “venda” de certos bens é, por vezes, maior do que o aumento de utilidade que os mesmos bens, ao serem adquiridos, proporcionam, dando origem à aversão à perda.

b.3) temor do arrependimento

Quando se renuncia a algo, corre-se o risco do arrependimento. Uma explicação para a aversão à perda está relacionada a uma suposta estratégia para fazer

frente a esse risco e à diminuição de utilidade que o arrependimento traz consigo.¹³ As pessoas exigiriam mais para se desfazer do que possuem a fim de obter uma compensação antecipada pelo eventual decréscimo de utilidade ocasionado pelo arrependimento.¹⁴

O temor do arrependimento só pode explicar a aversão à perda, e, por conseguinte, o efeito da dotação, se for mais forte nas ocasiões de perda. Do contrário, seus efeitos sobre VDA seriam anulados pelo temor contrário, do arrependimento por não vender. Além disso, é preciso que o dissabor oriundo do arrependimento seja, geralmente, superior ao ganho em bem-estar conseguido ao se constatar que uma transação foi proveitosa, já que a perspectiva de um aumento de utilidade devido ao sucesso da transação, se equivalente ao mal-estar causado pelo arrependimento, faria também desaparecer os efeitos desse último sobre VDA.¹⁵

1.2 VDP ou VDA? SOLUÇÕES PARA A DIFICULDADE SUSCITADA PELO EFEITO DA DOTAÇÃO

Examinam-se, a seguir, algumas tentativas de superar a dificuldade criada pela eventual disparidade entre VDP e VDA. Quando o máximo que alguém está disposto a pagar pela aquisição de um direito não é igual ao mínimo que exigiria para abrir mão dele, por qual das duas medidas deve se guiar a análise econômica do direito?

a) A SOLUÇÃO DE HOVENKAMP: VDA

Para Hovenkamp,¹⁶ quando VDP e VDA diferem, esse último é que deve ser considerado. Ele usa o exemplo de Alice, a mãe de uma criança doente que não admite pagar \$ 1.000 mensais pelo tratamento médico de seu filho, mas que, se tivesse direito a esse tratamento, não disporia dele sequer por \$ 2.000. Hovenkamp propõe que o valor do direito ao tratamento para Alice seja o do mínimo que ela exigiria para renunciar a tal direito, isto é, VDA.

A razão apresentada por Hovenkamp para que, em casos como o de Alice, o valor a considerar seja o do mínimo que alguém exigiria para abrir mão de um direito (isto é, VDA), e não o do máximo que pagaria pelo mesmo direito (VDP), é a de que só desta maneira se alcançará o maior bem-estar social¹⁷ possível. Nas ocasiões em que, devido ao efeito da dotação, a busca pela eficiência conduza, de acordo com o modo como a riqueza se meça (por VDP ou VDA), a soluções contraditórias, dever-se-ia preferir a solução que proporcione maior bem-estar ou utilidade.¹⁸

A solução proposta por Hovenkamp para o problema do efeito da dotação parece admitir que a riqueza seja causa (ou, ao menos, uma das causas) da disparidade entre VDP e VDA.¹⁹ Voltando ao exemplo do saxofonista e de seu vizinho, se a razão para que $VDP(A)$ (\$ 30) seja substancialmente inferior a $VDA(A)$ (\$ 55) forem os poucos recursos de A , então é possível que, ao serem medidos os custos em questão por VDA, e não VDP, chegue-se à solução que trará maior bem-estar (supondo-se que $VDA[B] = \$ 50$, essa solução seria proibir os ensaios).

Além de sugerir que a riqueza seja causa da disparidade entre VDP e VDA, a solução defendida por Hovenkamp, um caso como o descrito depende de que *B* não seja mais pobre do que *A*, isto é, de que aquele cujo VDA é menor não seja o mais pobre. Se isso acontecer, nada assegura que o emprego de VDA terá como resultado a máxima utilidade. A riqueza não influi apenas sobre o que alguém está disposto a pagar por algo (VDP), mas também sobre o que é capaz de exigir para renunciar ao que é seu (VDA). Admitindo-se uma utilidade marginal decrescente²⁰ para o dinheiro, o VDA de um indivíduo mais pobre pode ser inferior ao de um outro com mais recursos, não porque o direito em questão tenha menos importância para o primeiro, mas, sim, porque, para ele, qualquer quantia em dinheiro porventura oferecida terá maior utilidade.²¹ Assim, se *B* for mais pobre do que *A*, a diferença entre o VDA de ambos ($VDA[A] = \$ 55 > VDA[B] = \$ 50$ ²²) não permite concluir que o silêncio tenha mais valor (no sentido de utilidade) para *A* do que a música para *B*. Em consequência, a escolha de VDA como base de cálculo não levará, necessariamente, a uma solução com máximo bem-estar.²³

A escolha de VDA também pode não se prestar à obtenção do máximo bem-estar quando a causa da divergência entre VDP e VDA não é a riqueza.²⁴ Se *A* for bastante rico, por exemplo, pode-se supor que a diferença entre o máximo que está inclinado a pagar pelo silêncio de *B* e o mínimo que exigiria para permitir que os ensaios ocorram não se relacione com a riqueza. Como *A* dispõe de uma grande quantidade de recursos, o aumento da riqueza oriundo do acréscimo do direito ao silêncio ao seu patrimônio é ínfimo, revelando-se, deste modo, incapaz de explicar o efeito da dotação.

Imagine-se agora que *A* more com uma avó doente e que resida aí o único motivo pelo qual pagaria a *B* pelo fim dos ensaios, já que a música não o incomoda (ele trabalha fora), mas enerva a avó. A razão para que *A* esteja disposto a pagar apenas \$ 30 pelo silêncio de *B*, mas não aceite abrir mão dele por menos de \$ 55, pode, então, dever-se à perda de utilidade que *A* sofreria por praticar algo que julga condenável, isto é, “vender” o sossego da sua avó doente. Dos \$ 55 exigidos, \$ 25 serviriam, então, para compensar a perda de utilidade que adviria para *A* da realização de um ato que considera reprovável. Admitindo-se que não haja essa mesma perda na hipótese em que *B* tenha direito a tocar saxofone e *A* não lhe pague o suficiente para renunciar a esse direito (isto é, que *A* não se atormente por não pagar pelo silêncio como se atormentaria ao aceitar dinheiro para permitir que os ensaios ocorram), explicar-se-ia por que $VDP(A) < VDA(A)$.²⁵

Nas ocasiões em que o efeito da dotação não se deva à riqueza, mas a uma outra causa (como a diminuição de utilidade que a posição de “vendedor” acarreta), a idéia de distribuir recursos de acordo com VDA para, deste modo, alcançar maior utilidade pode perder seu atrativo. No caso do parágrafo anterior, a relação entre o mínimo (VDA) que *A* e *B* exigiriam para abrir mão dos direitos em conflito não indica de modo mais confiável do que VDP qual dos dois terá maior ganho em utilidade ao

lograr o que deseja. $VDA(A)$ é artificialmente elevado, pode-se dizer, pela perda de utilidade que A enfrentaria ao renunciar ao direito ao silêncio, uma perda de utilidade que não precisa, contudo, ser considerada quando se cogitar em conferir legalmente a B o direito a ensaiar. Se a lei reconhecer a B esse direito, A não terá a redução de utilidade que a posição de “vendedor” lhe traria. Embora também não assegure máximo bem-estar, pois é influenciado pela riqueza das partes, um cálculo baseado em VDP tem, neste caso, a vantagem de ser imune ao efeito que uma eventual “venda” surtiria sobre a utilidade de A .

b) KOROBKIN E A SOLUÇÃO CONFORME À CAUSA

Russell Korobkin tem insistido em que a solução para o problema da divergência entre VDP e VDA deve variar de acordo com a causa dessa divergência.²⁶ A exemplo de Hovenkamp, Korobkin pensa que a medida a ser empregada tem de ser a mais apta a indicar o “real valor” dos direitos ou recursos envolvidos, isto é, seu valor-utilidade. O que se procura obter, desta maneira, é uma distribuição de recursos que, além de eficiente (isto é, com máxima riqueza), proporcione, tanto quanto possível, máximo bem-estar social. Segundo Korobkin, entretanto, a fim de que esse objetivo seja atingido, a solução para o problema do efeito da dotação não pode ser a mesma em todos os casos.

Sendo a causa do efeito da dotação a riqueza, Korobkin, assim como Hovenkamp, considera VDA preferível a VDP.²⁷ Quando, porém, a disparidade entre VDP e VDA se deva a uma perda de utilidade decorrente da “venda” ou ao temor do arrependimento, Korobkin defende o uso de VDP.²⁸ A razão para tanto já foi apresentada no item anterior, ao se examinar a solução proposta por Hovenkamp perante a redução de utilidade que certos contratos acarretam para o “vendedor”. O mesmo lá afirmado vale para a outra causa do efeito da dotação recém-citada, o temor do arrependimento. Tanto esse temor, e a elevação de preço que ele desencadeia como modo de assegurar, antecipadamente, compensação pelo arrependimento, quanto o desagrado provocado pela “venda” só se relacionam com o decréscimo de utilidade decorrente de um contrato por força da posição em que se encontra um dos envolvidos, nada tendo a ver, portanto, com os recursos a serem transferidos de parte a parte. Para que o valor-utilidade desses recursos seja medido, é preciso escapar à influência dessas duas causas da divergência entre VDP e VDA, o que se faz mediante o emprego de VDP.

Pode haver, por fim, casos em que a divergência entre VDP e VDA seja explicada pelo diferente efeito da aquisição e perda de um bem, em si mesmas, sobre a utilidade. Como se viu atrás, o efeito da dotação talvez decorra de uma inata propensão a conferir maior importância a perdas do que a ganhos. Sendo essa a razão para que VDA seja superior a VDP, a solução legal acerca do direito em questão dependerá de como ele é encarado pelos envolvidos.²⁹ Se um direito é reconhecido como tal

por aquele a quem se cogita conferi-lo, como ocorrerá, por exemplo, se o saxofonista tratar como parte do direito que tem sobre o imóvel em que habita o direito de tocar durante as tardes, a decisão contrária a esse direito (no exemplo, a que proíba os ensaios) terá, ao que tudo indica, o efeito de uma perda. Nesta hipótese, a utilidade será mais adequadamente estimada por VDA. Quando, ao contrário, alguém se considera desprovido de um direito (imagine-se, agora, que o próprio saxofonista julgue ilícito ensaiar no local e horário mencionados), uma decisão que o recuse provavelmente não parecerá impor perda alguma. O custo em utilidade de uma decisão como essa deverá, então, ser medido por VDP.³⁰

A atenção à causa do efeito da dotação pode, por fim, levar a uma solução mista, pela qual se atribua a um bem um valor intermediário, superior a VDP e inferior a VDA. É o que poderá ocorrer nos casos em que se constate mais de uma causa para a divergência entre VDP e VDA. Admitindo-se que *A* revele a disposição de pagar pelo silêncio no máximo \$ 30 e não aceite renunciar ao direito respectivo por menos de \$ 55, é possível que parte dessa diferença seja imputável à riqueza e parte à perda de utilidade que *A* experimentaria ao se desfazer de um direito que assegura o descanso da avó. Com base nas considerações feitas nos últimos parágrafos, chegar-se-ia, nesta hipótese, à conclusão de que o valor do direito ao silêncio para *A* deve ser maior do que \$ 30, mas não igual ou superior a \$ 55. A fim de atenuar a influência da riqueza sobre o cálculo, tem-se, como visto, de preferir VDA a VDP. Da quantia que *A* demandaria para permitir os ensaios, entretanto, uma parcela corresponde à redução de utilidade determinada pela “venda” de um direito. Portanto, para que o cálculo de custo-benefício se apoie apenas no valor-utilidade do direito ao silêncio para *A*, é conveniente que se confira a esse direito um valor um pouco inferior a \$ 55.

A estratégia sugerida por Korobkin para enfrentar o problema suscitado pelo efeito da dotação é superior à de Hovenkamp. Aceitando-se, tal como fazem ambos, que o critério a aplicar seja o da máxima utilidade agregada, a solução de Korobkin tem a vantagem de atentar para as diferentes causas do efeito da dotação e para a relação de cada uma delas com a utilidade. Convém observar, entretanto, que tal solução, mesmo se seguida à risca, não conduz, necessariamente, ao mais elevado bem-estar social possível. Como, em maior ou menor medida, VDP e VDA são sempre influenciados pela riqueza, corre-se sempre o risco de conferir direitos a pessoas às quais esses direitos não proporcionem máximo bem-estar.

Além disso, como reconhece o próprio Korobkin,³¹ há também a dificuldade de estabelecer o que provoca, em cada caso, o efeito da dotação. Os estudos realizados até agora indicam que VDP e VDA nem sempre são distintos. Quanto às ocasiões em que uma divergência é constatada, os mesmos estudos não permitem tirar conclusões seguras sobre suas causas. Diante de tal dificuldade, Korobkin chega mesmo a sugerir que o problema do efeito da dotação seja por vezes resolvido

segundo algum outro critério que não o do máximo bem-estar.³² Dessa sugestão se ocupará o próximo item.

c) SOLUÇÕES BASEADAS EM CRITÉRIOS NÃO-UTILITARISTAS

Como visto, a divergência entre os dois autores citados, Hovenkamp e Korobkin, acerca do modo de lidar com o efeito da dotação não se refere ao critério a empregar a fim de eleger VDP ou VDA, o qual, para ambos, deve ser o do máximo bem-estar social, mas, tão-somente, às conseqüências do uso desse critério. Neste item, dois outros critérios, diferentes do da máxima utilidade, serão avaliados. O primeiro, aqui designado como critério de preferências, determina que a escolha entre VDP e VDA procure favorecer certas preferências em lugar de outras.³³ O segundo critério, da igualdade, requer que essa escolha ocorra de maneira a promover um ideal de igualdade.

Pode-se exemplificar o uso do critério de preferências com o mesmo caso já examinado. Conforme indicado inicialmente, a análise econômica dá ao problema dos dois vizinhos respostas contraditórias. Se a comparação entre o valor dos ensaios para *B* e do silêncio para *A* se realizar com base em VDP, a solução suficiente será a favorável ao primeiro. O efeito da dotação, no entanto, faz com que $VDA(A) > VDB(B)$. Logo, se a análise levar em conta VDA, chegar-se-á à conclusão oposta, de que os ensaios devem ser proibidos. Em casos como esse, o critério de preferências ordena que a escolha entre VDP e VDA se dê de acordo com as preferências em jogo. Se, por alguma razão, a preferência de *B* pela música se considerar superior à de *A* pelo silêncio (por exemplo, pela importância reconhecida à música na educação), deve-se adotar a medida (neste caso, VDP) mais benéfica à primeira.

Trata-se de um critério estranho à análise econômica do direito, que busca a satisfação das preferências independentemente de seu conteúdo.³⁴ Para a análise econômica, não importa, por exemplo, se *B* é saxofonista ou carpinteiro, nem se *A* preza o silêncio para dormir ou estudar álgebra, mas, sim, o quanto cada um deles está inclinado a pagar pelo (ou exigiria para renunciar ao) que deseja.

Embora estranho, o critério de preferências não é incompatível com a análise econômica. É possível, em certas áreas, submeter essa análise a restrições relacionadas com o julgamento das preferências envolvidas.³⁵ O problema é que, se essas restrições se fazem convenientes, é difícil entender por que subordiná-las à riqueza.

Admita-se, por exemplo, que o direito de vizinhança seja uma área na qual o Estado deve intervir a fim de estimular determinadas preferências, e que, entre essas, esteja a preferência pela música. Concluir-se-ia, desta maneira, que o conflito entre os vizinhos tem de ser resolvido em favor de *B*. Aplicando-se, entretanto, o critério de preferências para resolver o problema do efeito da dotação, a realização de uma preferência tida como desejável passa a depender do cálculo de custo-benefício. Pode-se pensar que, se a preferência de *B* é superior à de *A*, aquela deveria ser satisfeita

independentemente do quanto *A* e *B* se disponham a pagar pelo (ou a aceitar para abrir mão do) que desejam. Quando, porém, invoca-se o critério de preferências a fim de superar a dificuldade levantada pelo efeito da dotação, dá-se a entender que, não fosse essa dificuldade, o juízo acerca das preferências de *A* e *B* não possuiria importância alguma, e a solução, na hipótese de *A* revelar VDA e VDP maiores do que os de *B*, seria proibir os ensaios.

Para se justificar, portanto, o critério de preferências necessita um argumento, nada fácil de formular, segundo o qual, embora uma preferência seja valiosa, somente se deve realizá-la quando assim se obtiver também um aumento da riqueza ou se, devido ao efeito da dotação, houver dúvida quanto à solução eficiente.

Observações similares valem para o critério da igualdade. A sugestão de que razões igualitárias influam sobre o cálculo de custos, recomendando o uso de VDP ou VDA, só é de aceitar se, ao menos em certos casos, for conferido à igualdade um valor limitado (o que é diferente de não lhe reconhecer valor algum, mas também não é o mesmo que atribuir à igualdade valor superior ao da eficiência). Do contrário, ou o problema do efeito da dotação deve ser resolvido de modo a conseguir máxima utilidade, ou (quando o importante for a igualdade, e não a riqueza ou o bem-estar agregados) a diferença entre VDP e VDA será destituída de interesse.³⁶

2 O EFEITO DA DOTAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A fim de satisfazer ao objetivo da eficiência, as normas acerca da responsabilidade civil devem proporcionar máxima redução de custos. Custos a combater são, principalmente, os de eventos danosos (que Calabresi designa como custos primários) e os que se suportam para prevenir tais eventos (custos de prevenção).³⁷

Um exemplo simples de aplicação do critério da eficiência à responsabilidade civil é o da fórmula de Hand,³⁸ elaborada para aferição da culpa. Segundo essa fórmula, um agente deve ser considerado culpado e, em consequência, legalmente responsável pelo dano causado a outrem se o custo da prevenção (isto é, o custo que o agente poderia ter suportado a fim de evitar o dano) for inferior ao do evento danoso multiplicado pela chance que esse evento possuía de ocorrer. Assim, por exemplo, se o custo para o condutor *X* de diminuir a velocidade de seu automóvel de 80 km/h para 60 km/h em determinada via é de \$ 50, e a alteração da velocidade reduzir em 1% (de 3% para 2%) a probabilidade de um acidente com custo estimado de \$ 10.000, *X* será tido como culpado pelo acidente que causar à velocidade de 80 km/h, já que o custo da prevenção (\$ 50) é menor do que o do acidente que a redução da velocidade poderia ter evitado ($\$ 10.000 \times 0,01 = \$ 100$).³⁹

Instituindo-se a responsabilidade do condutor pelos danos causados por seu automóvel nas condições descritas no parágrafo anterior, dá-se a *X* um incentivo (aceitas certas suposições,⁴⁰ suficiente) para agir de modo eficiente, diminuindo a velocidade

do carro de 80 km/h para 60 km/h, já que o custo correspondente à redução da velocidade é inferior ao da indenização que, do contrário, terá de pagar.⁴¹

O emprego da fórmula de Hand permite constatar a importância do efeito da dotação para a análise econômica da responsabilidade civil. A disparidade entre VDP e VDA dificulta o cálculo de custos, tanto no que se refere à prevenção (isto é, aos custos de prevenção) quanto em relação aos danos oriundos de acidentes. O valor para X de trafegar a 80 km/h pode variar conforme se atribua ou não a ele o direito respectivo (ele pode estar disposto a pagar \$ 50 para andar à velocidade desejada, mas exigir mais para abrir mão do direito respectivo), o mesmo se podendo afirmar quanto às perdas ocasionadas por um acidente. Considere-se que um acidente sofrido por X tenha provocado estragos no carro e uma cicatriz no rosto da vítima, Y . O valor do dano dependerá, provavelmente, do cálculo realizado, sendo, ao que tudo indica, menor caso se considerar o máximo que Y pagaria para conservar sua face e automóvel intactos (isto é, VDP), em vez do mínimo que exigiria para se submeter a um acidente com as conseqüências descritas.

Os experimentos realizados com o propósito de verificar o efeito da dotação sugerem, como já observado, que esse efeito nem sempre tem lugar e, nos casos em que é constatável, não exibe sempre a mesma intensidade. A partir do que sugerem esses experimentos, podem-se supor quais as dificuldades mais sérias criadas pela divergência entre VDP e VDA para a análise econômica da responsabilidade civil.

Imagina-se, em primeiro lugar, que o efeito da dotação seja maior entre consumidores⁴² do que empresários, pois há evidências de que a disparidade entre VDP e VDA cresça em relação a bens mais dificilmente substituíveis, o que é em geral o caso de bens destinados ao uso quando comparados a bens de troca.⁴³ Quando o possível responsável é um empresário, acredita-se, portanto, que o cálculo dos custos de eventos danosos dependa do efeito da dotação em maior medida do que o dos custos de prevenção. O mesmo não se pode afirmar, todavia, quanto às ocasiões em que todos os envolvidos se comportam como consumidores, tal como aconteceria se X , no exemplo oferecido linhas atrás, estivesse usando seu automóvel a passeio.

No que respeita ao cálculo dos custos de eventos danosos (isto é, à liquidação do dano), a solução para o problema do efeito da dotação pode ter especial importância quando se tratar do que se designam como “bens da personalidade”, isto é, quando do acidente resultam morte, perda ou lesão de partes do corpo, danos à saúde, abalo psíquico ou prejuízo à reputação.⁴⁴ A análise econômica sugere que o valor da ofensa a bens não habitualmente comercializados, como a vida, o corpo ou a honra, se calcule à base das preferências manifestadas pelas vítimas perante o risco. Se, por exemplo, para reduzir em 1% a chance de um acidente fatal toma-se certa precaução, o custo dessa precaução (digamos, \$ 50) dividido pela redução percentual na probabilidade de um acidente que ela propicia (1%) dá-nos uma informação acerca do valor da vida (que, neste caso, é de, ao menos, \$ 50/0,01, ou seja, \$ 5.000).⁴⁵

Esse modo de aferir perdas possui vários inconvenientes,⁴⁶ deixados de lado aqui para tratar exclusivamente do que concerne ao efeito da dotação. Há várias razões pelas quais VDA e VDP relativos ao risco de lesão a bens da personalidade podem se mostrar bastante distintos. Em primeiro lugar, como já observado, experimentos feitos até agora acerca do efeito da dotação indicam que esse efeito é maior para bens de difícil substituição, como é o caso dos bens da personalidade. Segundo, a importância comumente atribuída a esses bens faz com que eles correspondam a uma parte considerável da riqueza de cada um. Por isso, é de esperar uma maior disparidade entre VDP e VDA como consequência da diferença de riqueza, o que é ilustrado pelo caso de Alice comentado anteriormente. Para Alice, a saúde do filho é, sem dúvida, de imenso valor. O direito ao tratamento, ao lhe ser reconhecido, causa um significativo aumento de riqueza, o que pode explicar (em boa parte, ao menos) a diferença entre VDP e VDA imaginada por Hovenkamp,⁴⁷ Por fim, para a maioria dos bens da personalidade é possível supor ainda que uma perda de utilidade associada à “venda” contribua para a elevação de VDA e, por conseguinte, para um aumento do efeito da dotação. Bens como vida, honra e saúde não são tidos como inercializáveis apenas juridicamente. Pode-se conjecturar, pois, que alguém exija mais a fim de submeter a si próprio (ou a outrem)⁴⁸ ao risco de perda ou à privação de um bem da personalidade para, deste modo, compensar-se pelo decréscimo de utilidade que a prática de um ato reprovável acarreta.⁴⁹

Para o cálculo da indenização devida por lesão a bem da personalidade, a solução conforme à causa, tal como propõe Korobkin, poderia ser a de considerar VDA, e não VDP, como base para a apuração das perdas, com um desconto correspondente à parcela do efeito da dotação atribuível à diminuição de utilidade ao “vender”, contanto, evidentemente, que se admita o máximo bem-estar social como objetivo a alcançar mediante a responsabilidade civil.

CONCLUSÕES

Apresentam-se, a seguir, as conclusões mais importantes deste trabalho:

1) A diferença entre o máximo que alguém está disposto a pagar por algo (valor da disposição a pagar, VDP) e o mínimo que exigiria para se desfazer do mesmo bem (valor da disposição a aceitar, VDA), designada como efeito da dotação (*endowment effect*), contraria uma das implicações da suposição de Coase, a de que, se os custos de transação forem iguais a zero e as partes puderem renunciar aos direitos que lhes forem legalmente conferidos, chegar-se-á sempre ao mesmo resultado, independentemente do que a lei determine.

2) A solução proposta por Hovenkamp para o problema do efeito da dotação, de empregar VDA para o cálculo de custo-benefício, é adequada aos casos em que o

efeito da dotação seja primordialmente um efeito da riqueza, admitindo-se como objetivo o de alcançar o máximo bem-estar social. O uso de VDA não assegura, todavia, a realização desse objetivo quando a parte com maior VDA for a mais rica.

3) A solução defendida por Korobkin para o problema da divergência entre VDP e VDA é superior à de Hovenkamp, porque atenta para as diferentes causas dessa divergência. Acatando-se, como fazem esses dois autores, que a eleição de VDA ou VDP (ou, ainda, de um valor intermediário) deva ocorrer de maneira a que a análise econômica indique, tanto quanto possível, o resultado com maior bem-estar, VDA se mostrará preferível quando o efeito da dotação for um efeito da riqueza ou refletir uma diferença entre a redução de utilidade advinda da perda de um bem e o aumento de utilidade proporcionado pela sua aquisição, enquanto, nas hipóteses em que o mesmo efeito decorre de um decréscimo de utilidade associado à “venda” de um direito ou do temor do arrependimento, deve-se utilizar VDP.

4) O uso de critérios não-utilitaristas para resolver o problema da divergência entre VDP e VDA depende de que se reconheça a esses mesmos critérios uma importância limitada em certas áreas, já que seu emprego teria lugar então apenas quando o critério da eficiência conduzisse ao mesmo resultado ou, por força do efeito da dotação, levasse a soluções contraditórias.

5) O efeito da dotação é relevante para a análise econômica da responsabilidade civil, já que pode levantar dificuldades, tanto para o cálculo das perdas decorrentes de acidentes como dos custos para a prevenção desses últimos.

6) Quando agente e vítima são, respectivamente, empresário e consumidor, supõe-se que a disparidade entre VDP e VDA crie maiores embaraços para a liquidação do dano do que para a aferição dos custos de prevenção.

7) O problema suscitado pelo efeito da dotação é particularmente importante para o cálculo das perdas ocasionadas por eventos lesivos a direitos da personalidade. Em razão das diversas causas da disparidade entre VDP e VDA no que concerne a bens como vida, saúde e honra, a melhor solução, freqüentemente, poderá ser a de apurar custos segundo uma medida intermediária, superior a VDP e inferior a VDA.

: ARTIGO SELECIONADO

NOTAS

1 Professor de Metodologia do Direito na Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter); Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). O autor agradece ao Uniritter pela bolsa concedida para pesquisa docente. E-mail: <leandroz@orion.ufrgs.br>.

2 Eficiência se entende neste caso como máxima riqueza social. Um resultado eficiente é, portanto, um em que haja máxima riqueza possível. Não se pressupõe aqui que a riqueza (em vez, por exemplo, do bem-estar) seja o propósito último da análise econômica do direito, mas que constitua, de todo o modo, um objetivo a ser alcançado.

3 Essa é uma das versões do que se designa como teorema de Coase. V. Coase, *The problem of social cost*, p. 2-7; Cooter e Ulen, *Law and economics*, p. 85-89. Outras versões desse teorema são encontradas em Medema e Zerbe Jr., *The Coase theorem*, p. 837-838.

4 A expressão foi usada inicialmente por Richard Thaler, *Toward a positive theory of consumer choice*. Ao examinar o *endowment effect* se dedicam estudos de uma área atualmente conhecida como *behavioral law and economics*, ocupada em salientar características do comportamento humano ignoradas pela análise econômica tradicional. V., a esse respeito, Jolls, Sunstein e Thaler, *A behavioral approach to law and economics*, p. 1473 e 1483-1484.

Em Medema e Zerbe Jr., *The Coase theorem*, p. 849, indica-se o efeito da dotação (*endowment effect*) como uma das causas da divergência entre VDP e VDA (a da aversão à perda), sem equipará-lo, pois, a essa divergência. Com o mesmo sentido do texto (isto é, equivalendo à disparidade entre VDP e VDA), a expressão é usada por Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*.

5 Korobkin, *Policymaking and the offer/asking gap*, p. 683; e *The endowment effect and legal analysis*, p. 1229.

6 Sobre esses estudos, v. Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1232-1242; Hoffman e Spitzer, *Willingness to pay vs. willingness to accept*, p. 66-85. No Brasil, evidências a respeito do efeito da dotação são relatadas por Bello, Alves e Avila, *Julgamento e tomada de decisão*.

7 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1.248; Hoffman e Spitzer, *Willingness to pay vs. willingness to accept*, p. 85-86.

8 A idéia da aversão à perda é parte da teoria sobre o comportamento humano em situações de risco (*prospect theory*) desenvolvida por Daniel Kahneman e Amos Tverski. V. Curran, *The endowment effect*, p. 821-822.

9 Utilidade e bem-estar são empregados no texto indistintamente.

10 Além das a seguir descritas no texto, uma causa cogitada para a aversão à perda é a do especial apego aos próprios bens (Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1251; Hoffman e Spitzer, *Willingness to pay vs. willingness to accept*, p. 90). Esse apego explicaria por que alguém pode demandar mais para vender seu automóvel do que aceitaria pagar por um outro similar. A particular afeição ao que se tem não esclarece, todavia, como VDP e VDA podem variar em relação ao mesmo bem. Se o valor de um carro é aumentado, por exemplo, pelas lembranças que ele é capaz de evocar, o valor dessas lembranças não deveria se refletir apenas sobre a quantia exigida para venda desse carro, mas também sobre o que se pagaria, caso necessário, para reavê-lo.

11 Hoffman e Spitzer, *Willingness to pay vs. willingness to accept*, p. 89-90.

12 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1252-1253.

13 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1254; Hoffman e Spitzer, *Willingness to pay vs. willingness to accept*, p. 94-95. A sugestão de que o temor do arrependimento é causa da disparidade entre VDP e VDA se coaduna com experimentos que revelam um aumento dessa disparidade em situações de incerteza. V. Korobkin, *ibidem*, p. 1237-1238.

14 Assim, a aversão à perda não teria como causa uma diferença entre o aumento e a redução de utilidade que a aquisição e perda de um bem, respectivamente, de imediato provocam, mas sim a expectativa de um mal-estar futuro.

15 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1254-1255.

16 Hovenkamp, *Marginal utility and the Coase theorem*, p. 804.

17 Compreenda-se por bem-estar social o bem-estar individual agregado, atribuindo-se ao bem-estar de cada um dos indivíduos considerados o mesmo peso.

18 Hovenkamp, *Marginal utility and the Coase theorem*, p. 809-810: “[...] entitlements should be assigned to the person in whom they create the greatest utility, for that is the way they would be assigned in a market in which units of utility could be measured and exchanged. [...] The notion of declining marginal utility suggests that the state should feel relatively free to give entitlements to the poor so long as it can be relatively sure that the poor ‘value’ the entitlements by their cost, with value measured by willingness to accept money for foregoing the entitlement, rather than willingness to pay for the entitlement in the first place”.

19 Cf. Korobkin, *Policymaking and the offer/asking price gap*, p. 680.

20 A utilidade marginal de um bem é decrescente quando cada unidade adquirida desse bem tem utilidade menor do que a anterior. Para o dinheiro, por exemplo, isso significa que, quanto mais unidades monetárias forem adicionadas ao patrimônio de alguém, menor será o valor-utilidade de cada uma delas.

21 Se VDP e VDA são ambos influenciados pela riqueza, a sugestão de Hovenkamp pressupõe também que o efeito da dotação provocado pela riqueza seja maior em indivíduos mais pobres, já que, sendo a disparidade entre VDP e VDA advinda da riqueza a mesma para todas as pessoas, a escolha de VDA em lugar de VDP seria inócua. É provável, no entanto, que o efeito da dotação aumente entre os mais pobres, uma vez que o incremento patrimonial decorrente da atribuição de um direito é proporcionalmente maior para os que dispõem de menos recursos. Se o patrimônio de *A* é de \$ 100, e o de *B* de \$ 10.000, o acréscimo de um direito com valor estimado em \$ 30 traz maior elevação proporcional de riqueza ao primeiro do que ao segundo e, em consequência, acarreta maior variação no valor em utilidade de cada \$ 1 pertencente a *A*, supondo-se que o decréscimo da utilidade marginal do dinheiro seja aproximadamente linear para *A* e *B*. Como o efeito da dotação decorrente da riqueza se deve a uma diferença na utilidade do dinheiro, é de esperar que a disparidade entre VDP e VDA seja maior para *A* neste caso. Logo, um cálculo que se valha da comparação entre o mínimo que *A* e *B* exigiriam para renunciar ao referido direito se mostra preferível, por ser menos influenciado pela diferença de riqueza entre as partes.

Contrariando o aqui afirmado, v. Korobkin, *Policymaking and the offer/asking price gap*, p. 681: “[...] generally, there is no reason to think poverty depresses an individual’s WTA for an entitlement any less than it depresses her WTP. [...] The WTA measure is no better or worse than the WTP measure at avoiding the theoretical problem of substituting dollar values for utility”.

22 Nesta hipótese, o máximo que *B* pagaria pelo direito a tocar saxofone seria provavelmente inferior aos \$ 50 antes indicados.

23 A máxima utilidade tampouco seria assegurada por um cálculo de custos apoiado em VDP. Assim, poder-se-ia dizer que VDA é ainda preferível a VDP porque em um maior número de hipóteses (todas aquelas em que o indivíduo com maior VDA não é o mais rico) induz a uma distribuição ótima dos recursos envolvidos.

24 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1258.

25 Note-se como o teorema de Coase voltaria a valer para esse caso se a perda de utilidade ao “vender” fosse considerada parte dos custos de transação.

26 Korobkin, *Policymaking and the offer/asking gap*, p. 683; e *The endowment effect and legal analysis*, p. 1.229.

27 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1.257.

28 Korobkin, *Policymaking and the offer/asking gap*, p. 694-697; e *The endowment effect and legal analysis*, p. 1258.

29 Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1264.

30 As afirmações do texto deverão ser ligeiramente modificadas caso se conclua que a idéia da “propriedade” de um bem, que leva alguém a considerar como uma perda o efeito da decisão pela qual esse mesmo bem lhe é negado, não está relacionada à crença acerca da titularidade de um direito, mas, simplesmente, ao uso. Assim, se alguém se vale habitualmente de um recurso ao qual sabe não ter direito (por exemplo, o invasor de má-fé) de maneira tal que uma alteração no *status quo*, embora reconhecidamente devida, seja vista como uma perda, o custo em utilidade

dessa alteração se medirá mais adequadamente por VDA. Isso não impede que o titular do mesmo direito trate o recurso correspondente como seu e, por conseguinte, que o custo para ele de uma decisão favorável ao mero possuidor também tenha de ser apurado por meio de VDA.

31 Korobkin, The endowment effect and legal analysis, p. 1259.

32 Korobkin, The endowment effect and legal analysis, p. 1259.

33 V. Sunstein, Switching the default rule, p. 132.

34 O que não quer dizer que a análise econômica ajude a realizar na mesma medida as preferências de todas as pessoas.

35 As conclusões obtidas com a análise econômica podem ser rejeitadas quando influenciadas por preferências indesejáveis, tais como as preferências externas (preferências acerca de outras pessoas) referidas por Dworkin (*Taking rights seriously*, p. 234) em sua crítica ao utilitarismo.

36 Considerações igualitárias podem influir sobre a legislação quando os custos de transação não sejam altos o suficiente para impedir a realização de um contrato. Em casos como esses, embora um resultado eficiente seja alcançado independentemente do estabelecido em lei, a escolha da norma pode ter efeitos distributivos. Nos EUA, por exemplo, a reforma da legislação trabalhista, com a substituição das tradicionais regras de livre dissolução do vínculo empregatício por outras que exijam justa causa para a despedida, ainda que admitida disposição negocial em contrário, é defendida em razão da melhora que propiciaria na situação dos trabalhadores (v. Ward, The endowment effect and the empirical case for changing the default employment contract from termination “at-will” to “for-cause” discharge, p. 214). O uso do critério da igualdade para a distribuição legal de direitos nas áreas em que os custos de transação são comparativamente baixos não tem particular relação com o efeito da dotação e com as estratégias para resolver o problema dele advindo.

37 Para uma classificação de custos mais abrangente, que inclui, além dos mencionados no texto, custos judiciais e administrativos, v. Calabresi, *The costs of accidents*, p. 26-28.

38 A fórmula foi proposta pelo juiz Learned Hand em *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947). V., a respeito, Posner, *Economic analysis of law*, p. 167-168.

39 Como o exemplo deixa claro, o que importa, para a fórmula de Hand, é o custo da prevenção marginal e a redução das chances de acidente que ela acarreta.

40 V. Cooter e Ulen, *Law and economics*, p. 350-361.

41 Para as razões pelas quais a responsabilidade baseada na culpa deve ser preterida, ocasionalmente, pela responsabilidade objetiva, v. Shavell, *Strict liability versus negligence*, p. 2-3; Posner, *Economic analysis of law*, p. 178.

42 Consumidor tem, aqui, o significado empregado na economia. Os agentes econômicos são empresários, proprietários de recursos e consumidores. Os primeiros se ocupam com a produção de bens e serviços destinados ao público em geral, enquanto os proprietários de recursos são os fornecedores de bens usados para a produção (insu-
mos). Nos demais casos, os agentes são classificados como consumidores. V. Ferguson, *Microeconomia*, p. 17.

43 Korobkin, The endowment effect and legal analysis, p. 1239; Arlen, Spitzer e Talley, Endowment effect within corporate agency relationships, p. 9-10. O efeito da dotação de uma caneca, por exemplo, pode ser maior em um consumidor do que em um empresário que a utiliza para servir fregueses em um café. Convém frisar, no entanto, que nem todos os bens destinados a uso são de difícil substituição.

Para Korobkin (ibidem, p. 1241), os estudos realizados até agora não permitem, porém, concluir que empresários estejam a salvo do efeito da dotação.

44 A lesão a bens da personalidade pode ter conseqüências para as quais a diferença entre VDP e VDA não seja de grande importância, como a da redução de renda decorrente de homicídio ou ofensa à honra. As observações do texto se referem, sobretudo, ao “dano moral” provocado pela violação de um direito da personalidade.

45 Do contrário, se a mesma precaução é evitada, pode-se inferir que o valor da vida é menor do que o da razão do custo da prevenção pela redução percentual da probabilidade de lesão que com a prevenção se lograria. V. Posner, *Economic analysis of law*, p. 197-199; Cooter e Ulen, *Law and economics*, p. 369-370.

46 Entre eles, são de citar ao menos os seguintes: o custo para angariar informações precisas sobre o comportamento perante o risco faz com que seja preciso se contentar com informações a respeito do comportamento médio, que não necessariamente condizem, portanto, com as preferências de cada uma das vítimas; a quantia que alguém está disposto a pagar para se ver livre do risco de um dano (ou que exigiria para se submeter a esse risco) pode variar desproporcionalmente de acordo com as chances de o dano ocorrer (v. Posner, *Economic analysis of law*, p. 198-199); finalmente, as informações sobre a probabilidade de um dano, sobretudo quando ínfima, são também difíceis de obter para as possíveis vítimas, de maneira que uma suposição de racionalidade se revela, para estes casos, bastante frágil.

47 Tal como visto antes (nota 20), o efeito da dotação também será provavelmente maior, neste caso, se Alice for pobre.

48 Por vezes, a renúncia ao bem da personalidade pode ser considerada imoral somente quando tem efeito sobre outra pessoa. Lembre-se, para exemplificar, da hipótese, cogitada anteriormente, em que o saxofone de *B* incomoda a avó doente de *A*.

49 lo público. V. Korobkin, *The endowment effect and legal analysis*, p. 1232.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARLEN, Jennifer; SPITZER, Matthew; TALLEY, Eric. Endowment effect within corporate agency relationships. *The Journal of Legal Studies*, 31 (2002): 1-37.
- BELLO, Adriano; ALVES, Juliana Pereira de Souza; AVILA, Marcos Gonçalves. Julgamento e tomada de decisão: um estudo experimental do *endowment effect* no Brasil. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2003/dwn/enanpad2003-mkt-0959.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2005.
- CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3 (1960): 1-23. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2004.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4. ed. Boston: Addison-Wesley, 2004.
- CURRAN, Christopher. The endowment effect. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1 (The history and methodology of law and economics). Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0720book.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- FERGUSON, Charles E. *Microeconomia*. Tradução de Almir Guilherme Barbassa e Antonio Pessoa Brandão. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- HOFFMAN, Elizabeth; SPITZER, Matthew L. Willingness to pay vs. willingness to accept: legal and economic implications. *Washington University Law Quarterly*, 71 (1993): 59-114.
- HOVENKAMP, Herbert. Marginal utility and the Coase theorem. *Cornell Law Review*, 75 (1990): 783-810.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50 (1998): 1.471-1.550.
- KOROBKIN, Russell. Policymaking and the offer/asking price gap: toward a theory of efficient entitlement allocation. *Stanford Law Review*, 46 (1994): 663-708.
- . The endowment effect and legal analysis. *Northwestern University Law Review*, 97 (2003): 1227-1293.
- MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr., Richard O. The Coase theorem. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1 (The history and methodology of law and economics). Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2005.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6ª ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 2003.
- SHAVELL, Steven. Strict liability versus negligence. *The Journal of Legal Studies*, IX (1980): 1-25. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/nbr/nberre/0084.html>>. Acesso em: 16 mar. 2004.

SUNSTEIN, Cass R. Switching the default rule. *New York University Law Review*, 77 (2002): 106-134.

THALER, Richard. Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1 (1980): 39-60.

WARD, James Robert. The endowment effect and the empirical case for changing the default employment contract from termination “at-will” to “for-cause” discharge. *Law and Psychology Review*, 28 (2004): 205-218.

Leandro Martins Zanitelli

PROFESSOR DE METODOLOGIA DO DIREITO NA FACULDADE DE
DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO RITTER DOS REIS (UNIRITTER)

DOUTOR E MESTRE EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)

