

METODOLOGIA DA PESQUISA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: FUNDAMENTOS DE UMA ABORDAGEM CONSEQUENCIALISTA DA INVESTIGAÇÃO JURÍDICA

Leandro Fernandez¹

RESUMO: O presente trabalho examina os aspectos metodológicos fundamentais do movimento da Análise Econômica do Direito, abordando suas premissas teóricas e as limitações em sua utilização, e oferece, ao final, exemplos de sua aplicação em variadas áreas do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Metodologia da Pesquisa; Análise Econômica do Direito; Individualismo metodológico; Eficiência; Mercado.

ABSTRACT: This paper examines key methodological aspects of the movement of Law and Economics, approaching its theoretical assumptions and limitations in its use, and offers, at the end, examples of its application in several areas of Law.

KEYWORDS: Research Methodology; Law and Economics; Methodological individualism; Efficiency; Market.

SUMÁRIO: 1.Considerações iniciais — 2. A ruptura paradigmática com o positivismo jurídico — 3. Surgimento e evolução da Análise Econômica do Direito — 4. Mitos, equívocos e confusões em torno da Análise Econômica do Direito — 5. Premissas Teóricas da Análise Econômica do Direito — 5.1 Individualismo metodológico e conduta racional maximizadora — 5.2 O mercado: noções fundamentais — 5.3 Eficiência — 6. Limitações da Análise Econômica do Direito — 7. Algumas contribuições da Análise Econômica do Direito para a pesquisa jurídica — 8. Conclusões — Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É freqüente, nos países influenciados pela cultura jurídica romano-germânica, uma visão do Direito dissociada de outras áreas do conhecimento humano. Nestes ambientes, leis e decisões judiciais costumam ser anunciadas como a solução para problemas da sociedade. Na maioria

¹ Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

dos casos, todavia, elas são apenas *parte* da resposta. Às vezes podem, lamentavelmente, ser um verdadeiro agravante do problema.

Compreender a estrutura do comportamento humano e reconhecer a importância das consequências de uma escolha — legislativa, judicial, administrativa ou particular — como elemento a ser considerado no próprio momento em que se elege uma opção são pressupostos para uma aplicação do Direito efetivamente vinculada à realidade social que este regula. Concorrem eles, portanto, em larga medida, para a afirmação da autoridade e da legitimidade do ordenamento jurídico.

Inquietados precisamente com estas questões, estudiosos de todo o mundo estão voltando sua atenção para as propostas teóricas do movimento *Law and Economics*, iniciado nos Estados Unidos da América. O presente artigo insere-se neste quadro de disposição científica de investigação dos pilares desta abordagem do Direito, especialmente quanto aos seus fundamentos metodológicos.

Para tanto, examinar-se-á o contexto de seu surgimento, esclarecendo-se, após, algumas noções equivocadas ainda verificadas em sua difusão doutrinária. Na sequência, serão estudados os pressupostos teóricos do *Law and Economics*, bem como os limites em sua aplicação. Encerra-se o opúsculo com a apresentação de alguns exemplos de manejo do instrumental teórico analisado.

O ponto de partida da investigação proposta consiste na abordagem, ainda que sucinta, do contexto de superação do positivismo jurídico. Este será o objeto da seção seguinte.

2. A RUPTURA PARADIGMÁTICA COM O POSITIVISMO JURÍDICO

No período posterior à Segunda Guerra Mundial proliferaram debates jurídicos acerca das concepções da teoria do direito e do próprio papel deste na sociedade. Muito mais do que discussões acadêmicas, destacou-se, na época, a sensação de inquietude intelectual e perplexidade de que estava tomada grande parte da comunidade jurídica.

O pensamento positivista, estrutura paradigmática² sobre a qual se desenvolvera a quase totalidade da produção jurídica do período, revelou-se absolutamente incapaz de obstar

² Os paradigmas são compreendidos por THOMAS KUHN como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (A Estrutura das Revoluções Científicas. 5 ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 13).

algumas das maiores atrocidades da história da humanidade³. Antes, serviu-lhe como instrumento de legitimação e veículo de concretização. Isto porque, para o positivismo, a validade das normas não reside em aspectos atinentes ao seu conteúdo, mas a um juízo de compatibilidade formal com as normas hierarquicamente superiores. Elementos de ordem moral e valorativa eram simplesmente considerados como destituídos de relevância jurídica⁴. Os fatos históricos, contudo, revelaram a insuficiência do paradigma positivista, reclamando sua superação. A crise da “ciência normal” alcançou um estágio irreversível, constatando-se o progressivo aparecimento de formulações teóricas que objetivavam substituir o positivismo jurídico⁵.

Precisamente neste contexto despontou aquilo que seria denominado de pós-positivismo, com destaque para as construções doutrinárias engendradas no continente europeu.

O pós-positivismo, ressalte-se, não corresponde a uma corrente doutrinária homogênea, mas reúne os esforços doutrinários de diversos juristas preocupados com o desenvolvimento de novos paradigmas no direito, aptos à produção de justiça e realização da dignidade humana⁶.

3 ROBERT ALEXY, em perspicaz análise, assim descreve a situação dos direitos humanos na Alemanha daquele período: “Se se quer descrever a história dos direitos fundamentais e do homem do século 20 na Alemanha com uma curva, então se pode, no ano de 1900, iniciar com um nível relativamente baixo, mas não não-observável, que até a primeira guerra mundial suavemente sobe. De 1919 até 1933 deveria ser apontado um bater para e para cá vibrante, com grandes oscilações para cima e para baixo e, no total, com leve subir. Em 1933 a curva cai abruptamente para baixo, para lá desaparecer completamente. Depois de 1945, ela deixa ver-se outra vez para, desde 1949, um pouco lenta, mas continuamente e com poucas oscilações relativamente reduzidas, subir até ao final do século a um nível realmente alto.” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 100-101). A seu turno, KONRAD HESSE, após elaborar uma síntese histórica acerca do reconhecimento dos direitos fundamentais na Alemanha, conclui pela ausência de uma tradição de sua consagração como elemento basilar da vida política da nação, diversamente da evolução no tratamento da matéria verificada em diversos outros países ocidentais. Assim, afirma o autor que “os direitos fundamentais não puderam deter a eliminação, pelo Nacional-socialismo, do ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito; mais ainda, nem sequer impedi-lo numa mínima proporção. O que se seguiu foi, durante os doze anos de domínio nacional-socialista até a capitulação incondicional do Reich, em 1945, o desprezo mais absoluto dos direitos humanos e civis.” (HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28).

4 Discorrendo acerca dos postulados do paradigma positivista, LUÍS ROBERTO BARROSO aduz que: “A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” (grifos no original) (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348-349).

⁵ Obtempera KUHN, a respeito do processo de superação de um paradigma que a “transição de um paradigma em crise para um novo do qual pode surgir uma nova tradição de ‘ciência normal’ está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações” (Op. cit., p. 116).

⁶ Indica BARROSO que o “*pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*

Um dos aspectos mais evidentes na transição paradigmática, na Europa, consistiu na reaproximação do Direito relativamente à Filosofia⁷. A Moral readquiriu, então, relevância para a discussão jurídica e as teorias do Direito fundadas na argumentação obtiveram crescente número de adeptos.

Há que se salientar, aqui, que a reação ao positivismo não ocorreu de maneira idêntica por todo o globo. Enquanto, conforme afirmado, a doutrina europeia conferiu, neste processo de ruptura, elevada importância ao pensamento filosófico, nos Estados Unidos o que se verificou foi a preocupação com a compreensão do Direito em conjunto com as demais ciências sociais⁸. Foi neste contexto que emergiu o movimento do Realismo Jurídico Americano, temática que inicia o próximo tópico.

3. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O progressivo reconhecimento das fragilidades do positivismo jurídico redundou, consoante asseverado, em variadas reações acadêmicas em torno do mundo. Nos Estados Unidos, a ampla aceitação de que gozava o utilitarismo filosófico favoreceu a receptividade, a partir da década de 1920, de um conjunto de idéias que, posteriormente, viria a ser denominado de Realismo Jurídico. As linhas mestras deste movimento foram construídas, sobretudo, nas faculdades de Columbia e Yale⁹. O seu mais destacado precursor, contudo, foi um professor

constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (grifos no original) (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 349-350). Ressalte-se, ainda, que a emergência de um novo paradigma jurídico viria a influenciar a própria configuração do Estado, conforme assinala LÊNIO STRECK: “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado democrático de Direito.” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004, p. 02).

⁷ A respeito do recurso à Filosofia em momentos de instabilidade teórica, vale transcrever a meditação de THOMAS KUHN: “Creio que é sobretudo nos períodos de crises reconhecidas que os cientistas se voltam para a análise filosófica como um meio para resolver as charadas de sua área de estudos, Em geral os cientistas não precisam ou mesmo desejam ser filósofos, Na verdade, a ciência normal usualmente mantém a filosofia criadora ao alcance da mão e provavelmente faz isso por boas razões. Na medida em que o trabalho de pesquisa normal pode ser conduzido utilizando-se do paradigma como modelo, as regras e pressupostos não precisam ser explicados” (Op. cit., p. 119).

⁸ Neste sentido: GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 12.

⁹ GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. *William & Mary Law Review*, Vol. 46, pp. 1915-2000, 2005, p. 1917. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=761007>. Acesso em 08 nov. 2011.

vinculado à *Harvard Law School*: OLIVER WENDELL HOLMES¹⁰. No opúsculo “*Path of the Law*”, publicado em 1897, HOLMES insurgia-se contra a ciência jurídica tradicional, que visualizava a aplicação formalista dos precedentes¹¹ como o método adequado na investigação jurídica. Sustentava o jurista a necessidade de preocupação com os fins sociais pretendidos pelo Direito¹².

A partir das contribuições teóricas de seus “pais fundadores”, o *American Legal Realism* firmou-se como uma linha de pensamento jurídico (não homogênea, ressalte-se) que rejeitava o formalismo e o hermetismo característicos das teorias então em voga¹³ e negava a tese da

¹⁰ Além de professor de Direito em Harvard, HOLMES foi juiz da Suprema Corte de Massachusetts e, posteriormente, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Outros importantes nomes para o Realismo Jurídico, atuantes em Columbia e Yale, foram KARL LLEWELLYN, UNDERHILL MOORE, WALTER WHELLER COOK, HERMAN OLIPHANT e LEON GREEN (LEITER, Brian, *American Legal Realism. U of Texas Law, Public Law Research Paper* No. 42, p. 03. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=339562> or doi:10.2139/ssrn.339562. Acesso em 08 nov. 2011).

¹¹ Precisamente este modelo de elaboração de decisões judiciais levaria ROSCOE POUND a cunhar a expressão crítica “jurisprudência mecânica” (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341).

¹² *Ibidem*, p. 343.

¹³ Esclarece BRIAN LEITER que o “*American Legal Realism was the most important indigenous jurisprudential movement in the United States during the twentieth century, having a profound impact not only on American legal education and scholarship, but also on law reform and lawyering. (...) The Realists were lawyers (plus a few social scientists), not philosophers, and their motivations were, accordingly, different. As lawyers, they were reacting against the dominant “mechanical jurisprudence” or “formalism” of their day. “Formalism,” in the sense pertinent here, held that judges decide cases on the basis of distinctively legal rules and reasons, which justify a unique result in most cases (perhaps every case). The Realists argued, instead, that careful empirical consideration of how courts really decide cases reveals that they decide not primarily because of law, but based (roughly speaking) on their sense of what would be “fair” on the facts of the case. (...) Legal rules and reasons figure simply as post hoc rationalizations for decisions reached on the basis of nonlegal considerations*” (“O Realismo Jurídico norte-americano foi o movimento original jurisprudencial mais importante nos Estados Unidos durante o século XX, tendo um profundo impacto não só no ensino jurídico americano, mas também sobre a reforma da lei e do exercício da advocacia. (...) Os realistas eram advogados (somados a alguns cientistas sociais), e não filósofos, e as suas motivações eram, portanto, diferentes. Como advogados, eles estavam reagindo contra a dominante “jurisprudência mecânica” ou o “formalismo” de suas épocas. “Formalismo”, aqui, no sentido de autorizar aos juízes que decidam os casos à base, estritamente, de regras e fundamentos legais, justificando um resultado único na maioria dos casos (talvez todos os casos). Os realistas argüem, ao contrário, que uma análise empírica cuidadosa de como os tribunais realmente decidem os casos revela que eles não decidem principalmente por causa da lei, mas com base (grosso modo) no senso do que seria “justo” sobre os fatos do caso. (...) As regras e fundamentos legais figuram apenas como racionalizações *post hoc* para decisões tomadas com base em considerações extra-legais”) (Tradução livre do autor) (Op. cit., p. 01). Relativamente a esta postura dos realistas perante as regras jurídicas, MICHAEL STEVEN GREEN obtempera, a partir de uma perspectiva filosófica que “*Therefore, to say that the realists denied the existence of legal rules is to attribute to them the following position: The fact that something is valid law does not give those to whom the law applies an objective reason for obedience. In this sense, the realists’ ruleskepticism is similar to philosophical anarchism. The philosophical anarchist denies that valid law always gives those to whom it applies a moral reason (even a prima facie moral reason) for compliance. But legal realism goes beyond philosophical anarchism as it is usually understood. The philosophical anarchist can accept that the law provides objective reasons for action that are not moral*” (grifos no original) (“Portanto, dizer que os realistas negavam a existência de regras jurídicas é atribuir-lhes a seguinte posição: O fato de que algo é lei válida não dá sobre quem a norma é aplicada uma razão objetiva para a obediência. Neste sentido, o ceticismo sobre as regras (*ruleskepticism*) é semelhante ao anarquismo filosófico. O anarquista filosófico nega que a lei válida sempre dá àqueles a quem se aplica uma razão moral (mesmo uma razão *prima facie* moral) para o cumprimento. Mas o realismo jurídico vai além do

possibilidade de oferecimento de uma única solução para os litígios, encontrada a partir de premissas abstratas. O indeterminismo do Direito revela-se, pois, como um dos pontos basilares do movimento¹⁴.

É possível, assim, afirmar, sinteticamente, que os pilares do Realismo Jurídico consistiam na rejeição da possibilidade de fornecimento de uma resposta única, na admissão do papel subjetividade do magistrado na construção das decisões judiciais e a necessidade de uma visão pragmática do Direito, acolhendo-se contribuições de outras áreas do saber¹⁵.

Décadas após impulsionar uma profunda transformação no modo de compreender (e de lecionar) o Direito, o *American Legal Realism* viria a perder prestígio no meio acadêmico. O movimento legou, todavia, questionamentos e premissas indispensáveis para o surgimento de variadas outras correntes no seio do pensamento jurídico norte-americano, das quais são exemplos mais representativos os *Critical Legal Studies*, o *Law and Society* e o *Law and Economics*¹⁶. Precisamente o último será, daqui em diante, o objeto de apreciação do presente trabalho.

*Law and Economics*¹⁷ consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura

anarquismo filosófico, como é geralmente entendido. O anarquista filosófico pode aceitar que a lei prevê razões objetivas para a ação que não são de ordem moral") (Tradução livre do autor) (Op. cit., p. 1925/1926).

¹⁴ “*The Realist famously argued that the law was 'indeterminate'. By this, they meant two things: first, that the law was rationally indeterminate, in the sense that the available class of legal reasons did not justify a unique decision (at least in those cases that reached the stage of appellate review); but second, that the law was also causally or explanatorily indeterminate, in the sense that legal reasons did not suffice to explain why judges decided as they did. Causal indeterminacy entails rational indeterminacy on the assumption that judges are responsive to applicable (justificatory) legal reasons*” (grifos no original) (“Os realistas notoriamente argumentaram que a lei era 'indeterminada'. Através desta afirmação, eles exprimiam duas coisas: primeiro, que a lei era racionalmente indeterminada, no sentido de que a classe de fundamentos legais disponíveis não justificavam uma decisão única (pelo menos nos casos que atingiram a fase recursal), e segundo, que a lei era também indeterminada de modo *causal* ou *explicativo*, no sentido de que fundamentos legais não são suficientes para explicar por que os juízes decidiram como decidiram. Indeterminação causal implica indeterminação racional no pressuposto de que os juízes são sensíveis aos fundamentos legais aplicáveis” (Tradução livre do autor) (LEITER, Brian. Op. cit., p. 03)

¹⁵ GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 12.

¹⁶ GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinário alemão. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

¹⁷ No Brasil, a expressão *Law and Economics* é traduzida ora como “Direito e Economia”, ora como “Análise Econômica do Direito”. No presente trabalho, adotar-se-á o segundo uso, conquanto se reconheça que, no âmbito doutrinário, há quem o identifique a uma das correntes do movimento mais amplo que denominam de “Direito e Economia”. Não obstante, a expressão “Análise Econômica do Direito” tem conquistado crescente aceitação no solo pátrio, inclusive sendo utilizada para nomear cursos ou disciplinas específicas de Pós-Graduação. Assim, nos momentos nos quais se abordar a mencionada vertente do *Law and Economics*, esta circunstância será expressamente referida.

de incentivos ao comportamento humano e 2) o esclarecimento das conseqüências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes¹⁸. Os primeiros estudos que aproximaram a abordagem econômica do Direito foram conduzidos por AARON DIRECTOR, no âmbito da concorrência, RONALD COASE¹⁹, com a publicação da obra “*The Nature of the Firm*”, no ano de 1937, bem como por GARY BECKER²⁰, com sua tese de doutorado “*The Economics of Discrimination*”²¹, de 1957, todos professores da Universidade de Chicago. Todavia, seguramente o trabalho seminal no campo que viria a se consolidar como Análise Econômica do Direito foi “*The Problem of Social Cost*”, publicado em 1960 por COASE. Nesta obra, inaugurou-se a Teoria dos Custos de Transação, construção que permanece, até a atualidade, como importante reflexão acerca das implicações econômicas das normas jurídicas e referência para a elaboração de políticas legislativas e decisões judiciais²².

Um ano após a publicação de “*The Problem of Social Cost*”, GUIDO CALABRESI, professor da Universidade de Yale, apresentou o trabalho “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”²³, no qual discutia implicações econômicas no campo da Responsabilidade Civil.

A partir da abordagem de COASE e de CALABRESI, que empregavam, de maneira sistemática, aspectos de teorias econômicas para analisar o sistema jurídico, diversos outros estudiosos direcionaram suas pesquisas para a Análise Econômica do Direito. Dentre eles, impende destacar os nomes de GARY BECKER e RICHARD POSNER.

¹⁸ Impende ressaltar, pela riqueza de sua visão sistemática, a definição apresentada por IVO GICO JR., para quem a Análise Econômica do Direito consiste na “aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito” (Op. cit, p. 17).

¹⁹ RONALD COASE foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1991.

²⁰ GARY BECKER recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1992.

²¹ Em sua tese, BECKER aplicou a noção de maximização a hipóteses de discriminação racial e sexual no trabalho, demonstrando que “o comportamento extramercado podia ser rigorosamente formulado, tornando aceitável entre os economistas o estudo de problemas que normalmente eram considerados objeto de outras ciências sociais” (VELJANOVSKI, Cento. A economia do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 32).

²² Seguramente uma das maiores contribuições deste pesquisador foi a construção teórica que viria a ser denominada de Teorema de COASE. Assumindo que, no mundo real, existem *externalidades*, isto é, “custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços”, o teorema pode ser formulado do seguinte modo: “se os custos de transação são nulos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente” (RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41 e p. 50). Esclareça-se que, dentre os custos de transação estão, por exemplo, as despesas necessárias para obtenção de informação suficiente para entabular dada negociação e os gastos com a negociação e a celebração do ajuste.

²³ Em 1970, CALABRESI publicou outra importante obra também na área da Responsabilidade Civil: “*The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*”.

Uma das mais relevantes contribuições de BECKER consistiu na extensão da Análise Econômica do Direito ao âmbito penal. Na obra “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, publicada em 1968, o autor abordou a questão da criminalidade a partir de uma perspectiva da teoria da escolha racional, cujo delineamento será examinado em momento posterior.

A seu turno, RICHARD POSNER é considerado como um dos mais influentes — e talvez o mais polêmico — doutrinador em *Law and Economics*. Autor de diversas obras de referência na área, POSNER já sustentou ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico²⁴, conferindo-lhe proeminente valor ético. A tese foi alvo de severas críticas, as quais o levaram a alterar seu pensamento original²⁵ e assumir uma postura explicitamente pragmática²⁶. A temática da maximização da riqueza será retomada adiante, ao se abordar as questões relativas à eficiência e à racionalidade.

Saliente-se, ainda, que outra destacada idéia de POSNER é a defesa de que o sistema de *common law*, por suas características, tende a ser eficiente²⁷.

A consistência e o refinamento das contribuições de COASE, CALABRESI, BECKER e POSNER lançaram as bases para a construção de uma nova abordagem dos problemas

²⁴ “(...) busquei (...) desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade” (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 138).

²⁵ Na obra “*Problemas de filosofia do direito*”, POSNER mitiga substancialmente a relevância da maximização da riqueza como prioridade na análise de um sistema, ponderando que ela “implica que, se a prosperidade da sociedade puder ser promovida por meio da escravização de seus membros menos produtivos, o sacrifício de sua liberdade terá sido válido. Essa implicação, porém, é contrária às inabaláveis instituições morais norte-americanas e, como enfatizei no último capítulo, a conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral — na verdade, de qualquer teoria” (POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 506). Arremata o autor, asseverando que o “fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus de demonstração de sua conveniência” (Op. cit., p. 520).

²⁶ “A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática — em outras palavras, rejeita a ‘metafísica’ —, vê com olhar duvidoso a descoberta de ‘verdades objetivas’ em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e — nos limites da prudência prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado. Veja-se, portanto, que estou falando de uma atitude, e não de um dogma (...)” (Ibidem, p. 40).

²⁷ Ibidem, p. 479/480. O debate acerca da eficiência nos sistemas de *common law* e de *civil law* é riquíssimo. Ele está intimamente relacionado com questões de política legislativa e com o exame da racionalidade dos respectivos modelos processuais. A discussão, todavia, foge aos objetivos deste trabalho. Para um aprofundamento: GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. *Tradições do Direito*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; ANDONOVA, Veneta; ARRUÑADA, Benito. *Instituições de mercado e competência do Judiciário*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

jurídicos. As conseqüências das leis e das decisões judiciais assumem, nesta visão, uma relevância até então negligenciada na tradicional teoria do Direito. Concomitantemente, consagra-se a rejeição da ilusão de que a técnica jurídica, empregada de modo isolado, é suficiente para a solução dos conflitos sociais, reconhecendo-se a relevância de aportes teóricos de outras áreas do saber para o desenvolvimento de respostas mais completas e vinculadas à realidade social. Este aspecto, impende ressaltar, vai ao encontro da visão de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS acerca do paradigma emergente. Para o autor português, uma de suas mais marcantes características consiste na adoção da idéia de que os temas objeto da investigação científica não são, na pós-modernidade, examinados de maneira estanque por cada disciplina, mas a partir da multiplicidade de contribuições, oriundas dos variados campos do conhecimento, que sejam pertinentes para a elucidação da questão pesquisada²⁸.

A consolidação da abordagem da Análise Econômica do Direito viabilizou o aprofundamento de algumas de suas premissas e exame de elementos não abrangidos nas obras pioneiras, com o surgimento de correntes no seio do movimento. Dentre elas, as mais importantes são a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Escola da *Public Choice* e a Nova Economia Institucional²⁹. Não há, no presente trabalho, a pretensão de estudo específico de cada uma das mencionadas correntes, mas, apenas, das premissas teóricas e dos fundamentos metodológicos do *Law and Economics*. Importa ressaltar somente que, em larga medida, as distinções entre os “ramos” decorrem dos enfoques priorizados pelos correspondentes autores.

²⁸ “A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro uns dos outros. Ao contrário do que sucede no paradigma actual, o conhecimento avança à medida que o seu objecto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 76).

²⁹ A Escola de Chicago é apontada como mais vinculada à análise positiva, diversamente da Escola de Yale, mais tendente à análise normativa. A Escola da Escolha Pública, a seu turno, é direcionada à Ciência Política (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77), dedicando-se ao “estudo da forma como a escolha racional por parte dos indivíduos que exercem os poderes públicos explica o comportamento do Estado” (RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 23). Consoante já adiantado, parte da doutrina denomina de “Análise Econômica do Direito” uma específica corrente do movimento de *Law and Economics*, em contraposição à Nova Economia Institucional. Conquanto ambas possuam alguns objetivos idênticos (“analisar como a definição dos direitos em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes econômicos”), sua diferenciação decorreria dos distintos objetos e enfoques: enquanto na “Análise Econômica do Direito” o “objeto de estudo são leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente”, a Nova Economia Institucional “leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas” (MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 93).

Para finalizar esta seção introdutória, registre-se que é possível desenvolver a investigação em Análise Econômica do Direito em duas dimensões: positiva (âmbito do ser) e normativa (âmbito do dever-ser)³⁰. Na primeira, o estudioso examina o conjunto de normas jurídicas existentes em dado sistema, suas conseqüências e sua eficiência. BRUNO MEYERHOF SALAMA, acompanhando o pensamento de ROBERT COOTER, acentua que é possível destacar três versões desta primeira dimensão: a reducionista (segundo a qual seria possível reduzir o Direito à Economia), a explicativa (a qual sustenta a possibilidade de compreensão do sistema jurídico como resultado “das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez”) e a preditiva (que busca antecipar as conseqüências das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes)³¹.

Por sua vez, a dimensão normativa da Análise Econômica do Direito propõe políticas públicas e alterações legislativas, a partir do estudo de suas conseqüências econômicas, objetivando a eficiência³².

Ressalte-se, por oportuno, que, tanto no campo da Análise Econômica do Direito positiva quanto no da normativa, é freqüente a condução de pesquisas com a utilização de dados empíricos. Na primeira, tais informações podem ser utilizadas, por exemplo, para prever condutas, a partir de determinado quadro, ou para analisar se certa norma ou política pública está alcançando os resultados pretendidos. No caso da normativa, os dados obtidos podem, por exemplo, fundamentar a propositura ou alteração de leis ou políticas públicas.

Estas considerações são particularmente importantes para reafirmar a seriedade científica das investigações desenvolvidas com base na Análise Econômica do Direito. O manejo de dados empíricos em muitos desses estudos evidencia, ao lado de outros elementos, sua falseabilidade. Com efeito, a possibilidade de refutação dos resultados obtidos e de crítica ao processo de pesquisa materializam a objetividade metodológica característica da contemporânea compreensão de ciência³³.

³⁰ Sinteticamente, IVO GICO JR. esclarece que “a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 20).

³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 52/53.

³² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

³³ “A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica — a contradição lógica — é objetivo” (POPPER, Karl. Lógica das Ciências Sociais. 3 ed. Tradução de

Traçado o delineamento básico acerca da abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito, cumpre afastar algumas compreensões incorretas a seu respeito, normalmente decorrentes de conhecimento parcial ou superficial do movimento de *Law and Economics*. É o que se realizará no tópico seguinte.

4. MITOS, EQUÍVOCOS E CONFUSÕES EM TORNO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito apenas recentemente tem conquistado espaço relevante nos debates acadêmicos no Brasil. Precisamente em razão disso, ainda é frequente a constatação de noções equivocadas acerca de sua abordagem. Lamentavelmente, nestes casos, muitas vezes ocorre a prévia rejeição de suas contribuições para o incremento do estudo do sistema jurídico, configurando-se tais pré-noções incorretas como obstáculos ao avanço das discussões jurídicas.

A orientação de afastamento dos preconceitos como postulado da Metodologia da Pesquisa remonta a dois dos principais filósofos ocidentais modernos: RENÉ DESCARTES³⁴ e FRANCIS BACON³⁵. Lastreada nesta recomendação, esta seção objetiva desvelar e esclarecer alguns equívocos.

O primeiro deles é a idéia de que a Análise Econômica do Direito constitui-se em uma única teoria. Consoante asseverado no tópico anterior, a partir dos trabalhos pioneiros na área, desenvolveram-se diversos ramos de pesquisa, com enfoques e, mesmo, objetos variados, sendo infundada a noção de unidade.

Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16).

³⁴ DESCARTES consagrou a dúvida como ponto de partida da pesquisa científica e critério essencial durante toda a investigação. Dentre os preceitos que reconheceu como fundamentais, o “primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida” (DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23).

³⁵ Seguramente uma das mais relevantes contribuições filosóficas de BACON consistiu no ataque aos *ídolos*: “Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam” (BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, p. 39). FRANCIS BACON indicava a existência de ídolos *da tribo* (decorrentes das limitações presentes na própria natureza humana), *da caverna* (oriundos das limitações do próprio sujeito), *do foro* (decorrentes da reiterada interação entre os indivíduos no âmbito social) e *do teatro* (consistentes em construções doutrinárias e filosóficas) (Ibidem, p. 40/41).

RICARDO LORENZETTI, em sua “Teoria da Decisão Judicial”, denuncia outras anomalias. Conquanto escritas no contexto argentino, suas observações são perfeitamente aplicáveis ao atual quadro brasileiro. Aduz o autor que várias interpretações deformadas do *Law and Economics* passaram a ser divulgadas: a liberal, a absurda, a interessada, a propagandística e a “messiânica”³⁶. A primeira delas, considerando as circunstâncias político-econômicas do ambiente onde surgiu a Análise Econômica do Direito, vincula-a à interpretação liberal da Economia, conferindo ao Direito mero papel de facilitador para o mercado e, por isto, sustentando a necessidade de desregulação. Malgrado seja compreensível a confusão, esta tese simplesmente não corresponde à realidade de existência de variadas correntes e leituras ideológicas que se valem da Análise Econômica do Direito.

A denominada interpretação absurda, a seu turno, identifica a corrente de *Law and Economics* à simples redução de custos, negligenciando a complexidade de suas construções teóricas.

A terceira deformação apontada por LORENZETTI corresponde à pretensa utilização de argumentos originários da Análise Econômica do Direito como subterfúgio para a redução de investimentos em dado setor. A interpretação propagandística, por sua vez, é apresentada por aqueles que, desejando o reconhecimento como primeiros divulgadores, oferecem frágeis simplificações teóricas.

A interpretação “messiânica”, última listada pelo jurista argentino, afirma a necessidade de promoção de justiça, enquanto se combate o mercado, sem, entretanto, descrever como tal conciliação seria possível no mundo real.

É, igualmente, infundada a idéia de que a Análise Econômica do Direito é capaz de oferecer soluções definitivas para questões normativas. CALABRESI, inclusive, já afirmou ser “ridícula” esta hipótese³⁷.

Se incorrem em grave erro aqueles que visualizam a Análise Econômica do Direito como a teoria para respostas exatas ao sistema jurídico, também se equivocam aqueles que a rejeitam por considerá-la incompatível com a moral. Com efeito, são freqüentes as resistências à aplicação de aportes teóricos do raciocínio econômico para questões ordinariamente encaradas como “não econômicas”, a exemplo de temas em Direito de Família ou em Direito Penal³⁸. Nesta linha, seria inadmissível substituir os deveres jurídicos, dotados de caráter

³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187/189.

³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 50.

³⁸ RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 37.

ético, por cálculos econômicos de agentes racionais³⁹. Concepções deste tipo fundam-se numa incompreensão das próprias premissas do pensamento econômico. Em Economia, examina-se o comportamento humano diante de dada estrutura de incentivos⁴⁰, ou, exposto de outro modo, analisam-se escolhas e suas conseqüências. Nos tópicos seguintes, pretender-se-á demonstrar que é amplamente possível — e certamente enriquecedor — aplicar-se o raciocínio econômico na construção de soluções judiciais, embora se reconheça que há limitações para seu emprego.

Outro ponto a ser esclarecido é a noção de que a Análise Econômica do Direito estaria restrita a examinar a eficiência no âmbito das normas jurídicas⁴¹ ou eminentemente voltada a esta, em detrimento da equidade⁴². O estudo específico acerca da eficiência será realizado adiante. Cumpre apenas, por enquanto, antecipar que o primeiro argumento é falho por desconsiderar a existência de outras vertentes de pesquisa no campo do *Law and Economics*, enquanto o segundo negligencia que, muitas vezes, soluções não eqüitativas revelam-se, no longo prazo, ineficientes⁴³.

Por fim, há que se mencionar o frequente equívoco segundo o qual, para a Economia, todos são egoístas. A confusão decorre do fato de o modelo econômico partir da premissa de que as escolhas humanas são realizadas visando à maximização da utilidade⁴⁴, lastreando-se no individualismo metodológico. Diante de sua importância e especificidade, esta temática será detidamente abordada no tópico seguinte.

5. PREMISSAS TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

³⁹ GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano *vs* o doutrinalismo alemão. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 330.

⁴⁰ “... [A] atenção que a Economia dá aos preços resulta apenas destes serem o incentivo que determina as escolhas que os participantes num mercado fazem. O que verdadeiramente interessa à Economia é perceber quais os incentivos a que as pessoas reagem e como é que lhes reagem: o facto de esses incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante. Por outro, o facto dos economistas converterem em valores monetários a utilidade que as pessoas tiram das diversas situações não quer dizer que apenas lhes interesse o dinheiro” (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 37).

⁴¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 50.

⁴² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

⁴³ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁴ “É perfeitamente compatível com todas as considerações anteriores que a utilidade, a satisfação, que um agente econômico retira de uma determinada situação seja, parcialmente, ou até na totalidade, determinada pela satisfação que julga proporcionar aos outros: o altruísmo não é incompatível com a escolha racional. Como não o é, igualmente, a maldade (um indivíduo pode obter utilidade com o sofrimento dos outros) ou qualquer outra característica psicológica que afecte aquilo que proporciona utilidade ao agente econômico” (RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p.16/17).

A presente seção destina-se a examinar os principais pressupostos e modelos teóricos a partir dos quais se desenvolve a pesquisa no campo da Análise Econômica do Direito. Consoante antecipado no item pretérito, este estudo será iniciado com o tema do individualismo metodológico, analisando-se, ainda, a noção de conduta racional maximizadora. A seguir, proceder-se-á ao exame da compreensão econômica da expressão “mercado”, discutindo-se aspectos basilares da dinâmica que lhe é inerente. Encerra-se o tópico com a abordagem acerca da eficiência, uma das mais importantes idéias em Economia.

Traçado o planejamento de incursão nos temas fundamentais da Análise Econômica do Direito, cumpre, agora, efetivamente avançar em seu exame.

5.1 INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO E CONDUTA RACIONAL MAXIMIZADORA

Em sua abordagem, a Análise Econômica do Direito assume como pressuposto o individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros dessa coletividade. As escolhas individuais são, portanto, a “unidade de análise fundamental” em *Law and Economics*⁴⁵.

Com isto não se pretende afirmar que o individualismo metodológico parte de certo grupo de valores — referentes ao individualismo político — para a análise de problemas⁴⁶, mas, simplesmente, que seus modelos de comportamento coletivo assumem por base a escolha individual, a qual é voltada racionalmente à maximização do bem-estar⁴⁷.

A ação correspondente à escolha realizada por cada sujeito é uma imposição de uma realidade fática em que os bens não são suficientes para atender, ao mesmo tempo, integralmente as necessidades de todos os membros da sociedade. A *escassez* de recursos é, pois, um dado com

⁴⁵ RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 16.

⁴⁶ “(...) não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão do individualismo metodológico com o individualismo político (i.e. o liberalismo no sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e juseconomistas quanto entre os críticos do método” (GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 24).

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 194. Vale, aqui, transcrever a meditação de KARL POPPER a respeito do método empregado pela Economia: “A investigação lógica da Economia culmina com um resultado que pode ser aplicado a todas as ciências sociais. Este resultado mostra que existe um *método puramente objetivo* nas ciências sociais, que bem pode ser chamado de método de compreensão *objetiva*, ou de lógica situacional” (grifos no original) (*Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 21).

que o indivíduo tem de conviver e a partir do qual deve planejar seu comportamento e orquestrar suas relações sociais⁴⁸.

Ao escolher entre condutas possíveis, diante de um quadro de escassez, o agente racional “elege a conduta tendente a maximizar seus benefícios e minimizar eventuais custos”⁴⁹.

Esclareça-se que a noção de homem racional ou *homo economicus*, acima delineada, é diversa da figura que, em Direito, denomina-se de homem razoável. O parâmetro de conduta deste é analisado, *ex post*, considerando-se a “razoabilidade conforme os *standards* e princípios jurídicos”⁵⁰. O agente racional, a seu turno, determina suas ações de acordo com o objetivo de maximização da utilidade⁵¹, em face da escassez de recursos, analisando, assim, *ex ante*, como as conseqüências da conduta eleita concorrerão para este desiderato.

Este modelo de homem racional concebido como ente capaz calcular como os resultados de seus atos promoverão — e em que medida — a maximização de seu bem-estar, cotejando os efeitos das alternativas, foi alvo de severas críticas no âmbito da própria doutrina econômica. Alegava-se a inadmissibilidade da presunção de que os seres humanos passariam todos os momentos a construir projeções matemáticas de suas ações⁵².

⁴⁸ “Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo que quisessem e na quantidade que quisessem” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 54). IVO GICO JR. rememora, ainda, que a escassez de recursos desempenha um papel fundamental também para o Direito, uma vez que, se fossem infinitos os bens, não existiria conflito (Op. cit., p. 21).

⁴⁹ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 184. Aduz VASCO RODRIGUES que a “necessidade de escolher decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta. A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico, dadas estas restrições” (Op. cit., p. 14). Registre-se, por oportuno, que tal limitação no processo de decisão pode “em geral, ser expressa matematicamente como uma ‘restrição de viabilidade’” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37).

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

⁵¹ Entende-se utilidade como a “satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação, não tendo uma conotação exclusivamente material: é possível obter utilidade através do consumo de um alimento mas também é possível obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem permanece intacta” (RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13).

⁵² Um exemplo é a crítica caricatural engendrada por KENNETH BOULDING: “É um milagre realmente que as instituições econômicas consigam afinal sobreviver, sendo tão universalmente impopular o homem econômico. Ninguém em juízo perfeito aceitaria a idéia de sua filha casar-se com um homem econômico, alguém que contasse todos os custos e esperasse receber todas as recompensas, que jamais sofresse de uma louca generosidade ou um amor não-interesseiro, que nunca agisse sem um agudo sentido de identidade interior, e de fato não tivesse identidade interior, mesmo quando ocasionalmente levado por considerações cuidadosamente calculadas de benevolência ou malevolência” (*apud* VELJANOVSKI, Cento. A economia do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 46/47).

Precisamente diante do reconhecimento das fragilidades do modelo tradicional, progressivamente passou-se a mitigar as características até então conferidas à figura do agente racional, assumindo-se a concepção de racionalidade limitada. Esta corresponde à noção de que, conquanto seja possível assumir, como premissa genérica, que, ao agir, as pessoas objetivam maximizar seu bem-estar, existem elementos que inviabilizam um processo absoluto de eleição da melhor alternativa, a exemplo de restrições cognitivas⁵³ e assimetrias informacionais⁵⁴. Vale mencionar que os dois estudiosos que dividiram o Prêmio Nobel de Economia no ano de 2002, DANIEL KAHNEMAN e VERNON SMITH, debruçaram-se sobre a análise do processo decisório, diante de limitações cognitivas e quadros de risco, em trabalhos que integram aquilo que atualmente se denomina de Neuro-economia⁵⁵.

Importa, assim, neste momento, assentar que a figura do agente racional utilizada nas investigações em Análise Econômica do Direito, com as necessárias ponderações acerca da existência de limitações cognitivas e de assimetrias informacionais, deve ser visualizada como um modelo de previsibilidade de comportamento humano médio, uma “média ponderada do

⁵³ ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI definem racionalidade limitada como “uma forma de racionalidade imperfeita que assume que as pessoas buscam maximizar a sua utilidade, mas estão sujeitas a restrições cognitivas que podem transformar a capacidade de processamento mental no fator mais importante a ser economizado” (Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65).

⁵⁴ “A simples consideração de que uma parte pode deter informações que sua contraparte não possui (informação assimétrica) foi suficiente para que o desenho do contrato passasse a ser um determinante do desempenho econômico. Em síntese, a informação assimétrica pode resultar na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). (...) Paralelamente, as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário não é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas” (AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 114). COOTER e ULEN chama a atenção para o fato de que as assimetrias informacionais graves “podem desorganizar os mercados a tal ponto que um ótimo social não pode ser alcançado pela troca voluntária. Quando isso acontece, a intervenção do governo no mercado pode, em termos ideais, corrigir as assimetrias informacionais e induzir uma troca mais próxima da ótima” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 64). Como exemplo, pode-se citar, como o faz RACHEL SZTAJN, a legislação consumerista no ordenamento brasileiro (*Law and Economics*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 79).

⁵⁵ “The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002 was divided equally between Daniel Kahneman ‘for having integrated insights from psychological research into economic science, especially concerning human judgment and decision-making under uncertainty’ and Vernon L. Smith ‘for having established laboratory experiments as a tool in empirical economic analysis, especially in the study of alternative market mechanisms’ (grifos no original) (“O Prêmio do Banco Nacional Sueco em Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel do ano de 2002 foi dividido igualmente entre Daniel Kahneman ‘por ter visões integradas de pesquisa psicológica na ciência econômica, especialmente quanto ao julgamento humano e à tomada de decisão sob incerteza’ e Vernon L. Smith ‘por ter estabelecido experimentos de laboratório como uma ferramenta na análise econômica empírica, especialmente no estudo dos mecanismos de mercado alternativos’”) (Tradução livre do autor) (“The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002”. Nobelprize.org. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/. Acesso em: 15 nov. 2011).

grupo de indivíduos em exame”, permitindo a “existência de diferenças marcantes nas reações individuais”⁵⁶.

Outro ponto de destaque é que, para determinar essas condutas, o agente racional reagirá à *estrutura de incentivos* do ambiente em que estiver inserido, compreendendo-se estes como “preços implícitos”⁵⁷. Seguramente, um dos mais relevantes componentes da estrutura de incentivos de um indivíduo reside no ordenamento jurídico, consistindo as sanções legais em preços diante dos quais os sujeitos reagirão⁵⁸. É assim que, por exemplo, multas administrativas por infrações ambientais em valores elevados tendem a coibir as correspondentes práticas ilícitas, podendo-se aplicar raciocínio muito semelhante à gravidade das sanções em Direito Penal⁵⁹.

Impende ressaltar que não apenas as normas jurídicas atuam como incentivos à conduta humana, mas também os símbolos e as normas sociais⁶⁰, uma vez que geram expectativas

⁵⁶ VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 47. Neste sentido, esclarece VASCO RODRIGUES que o “que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: a tentativa de ter uma vida tão satisfatória quanto possível, dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional” (RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p.25).

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

⁵⁸ “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25). Em razão disto, afirma VELJANOSKI que a “principal diferença entre advogados e economistas está no fato de que estes vêem as leis como uma ‘gigante máquina de preços’ — as leis atuam como preços e impostos que geram incentivos” (VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 23).

⁵⁹ A noção de homem econômico, levada ao extremo, é empregada por JACK BALKIN para definir a figura do “homem mau”: “*He is a version of the ideal-type of homo economicus interested only in maximizing his own individual preferences, indifferent to others except insofar as they serve as material obstacles to fulfilling egoistic desires. The ‘bad man’ appears to have no notion of moral obligation; he seems to be asocial in the most profound sense*” (“Ele é uma versão do tipo ideal de *homo economicus*, interessado apenas em maximizar suas próprias preferências individuais, indiferente aos outros, exceto na medida em que servem como obstáculos materiais para realizar seus desejos egoístas. O ‘homem mau’ parece não ter noção de obrigação moral, ele parece ser associal, no sentido mais profundo”) (Tradução livre do autor) (*The “Bad Man”, the Good, and the Self-Reliant*, 78 *B.U. L. Rev.* 885 (1998), p. 03. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/balkbibl.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011). Obtempera BALKIN que tanto o “homem mau” quanto o “homem bom” podem violar a lei: o primeiro, quando ela se demonstra contrária a seus interesses, o segundo, quando verifica que ela se contrapõe ao seu senso de justiça (Op. cit., p. 06). Vale esclarecer que a figura do “homem mau”, a partir da qual BALKIN constrói seus argumentos, foi proposta por OLIVER WENDELL HOLMES, precursor do Realismo Jurídico: “Se você deseja conhecer a lei e nada mais, deve então vê-la como um homem mau a vê, alguém que apenas se interessa pelas conseqüências materiais que aquele conhecimento possa dar às suas previsões, e não como a boa pessoa que tem nas sanções da sua consciência a referência para sua conduta, independentemente do que esteja na lei” (*apud* VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 47).

⁶⁰ “Símbolos importam porque a atitude manifesta de uma pessoa em relação aos símbolos diz aos outros algo sobre seu caráter. As pessoas confiam muito nessa informação para decidir realizar ou não comportamentos cooperativos em todos os domínios de suas vidas” (POSNER, Eric. *Símbolos, sinais e normas sociais na política*

quanto à confiabilidade na realização dada ação, bem como, muitas vezes, acabam implicando sanções informais, nas hipóteses de sua violação. Note-se que o próprio Direito se apercebe da importância dessa regulação informal como parâmetro de comportamento dos sujeitos⁶¹.

De acordo com a reação à estrutura de incentivos, pode-se verificar, nas relações sociais, a ocorrência do que se denomina *oportunismo*, consistente na disposição para emprego de expedientes de qualquer natureza, independentemente de sua licitude, para satisfação do próprio interesse⁶².

Partindo das premissas declinadas, deve-se, agora, explicitar que, no processo de escolha racional da conduta maximizadora de seu bem-estar, o agente econômico atende a um conjunto de *preferências*, de ordem subjetiva, reputadas completas, transitivas e estáveis. A completude consiste na presunção segundo a qual, diante de opções, o agente sempre será capaz de indicar aquela que prefere⁶³. A transitividade, a seu turno, significa que, ao ordenar suas preferências, o indivíduo manter-se-á coerente, preterindo opções que se encontrem em um nível mais baixo da escala por ele formulada em favor daquelas localizadas em um ponto mais alto⁶⁴. Exemplificativamente, “se o agente econômico prefere a alternativa A à alternativa B e a alternativa B à alternativa C, então, prefere igualmente a alternativa A à alternativa C”⁶⁵. Pressupõe-se, ademais, que as preferências dos sujeitos são estáveis, como um requisito da própria lógica da análise do comportamento humano diante da necessidade de decidir⁶⁶. Impende, ainda, reafirmar aqui o caráter subjetivo dessas preferências, correspondente à compreensão de que as pessoas classificam de modos diversos suas

e no direito. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239).

⁶¹ Um dos exemplos mais evidentes é o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *in verbis*: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶² ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI definem oportunismo como “uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar. Em especial, o oportunismo pode levar as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros em benefício próprio. Um agente econômico oportunista só respeita as regras do jogo se isso lhe convier” (Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65). No âmbito específico dos contratos, saliente-se a possibilidade de existência de “disfunção oportunista”, correspondente ao “facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte” (ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 115).

⁶³ RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

⁶⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 42.

⁶⁵ RODRIGUES, Vasco. *Idem*, p. 13.

⁶⁶ “A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada” (GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 25).

preferências, não se propondo a Economia a explicar tais ordenações, apenas assumindo as diferentes escalas de preferências individuais como um dado da realidade.

Observe-se que assumir a existência de uma ordenação de preferências significa afirmar que, ao realizar um comportamento, o indivíduo possui consciência das alternativas desprezadas. Denomina-se de *custo de oportunidade* esse custo, para o agente, relativo à opção que foi rejeitada⁶⁷. Escolher entre condutas possíveis implica necessariamente renunciar à utilidade decorrente das demais opções, não adotadas.

Se é assim, consectário lógico da noção de conduta racional maximizadora é que, ao eleger um comportamento, o sujeito racional realiza uma *análise marginal*, consistente na ponderação de custos e benefícios oriundos da escolha, de modo que, exemplificativamente, ele somente persistirá ou intensificará determinada atividade se os benefícios marginais revelarem-se superiores aos custos marginais⁶⁸.

Assentadas estas premissas, importa avançar no exame, ainda que básico, acerca do mercado e de seus elementos dinâmicos basilares. É o que se empreenderá a seguir.

5.2 O MERCADO: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Nas seções pretéritas, restou evidenciado que o objeto central dos estudos da Economia consiste no comportamento humano. Neste ponto, impende salientar que as interações sociais travadas em decorrência da adoção de condutas pelos agentes podem se verificar num contexto de *autoridade* ou de *mercado*.

No âmbito das relações de hierarquia ou autoridade, os comportamentos dos agentes são orientados por regras de comando, resultando numa manifesta restrição à liberdade de escolha⁶⁹. Como exemplos de tais interações sociais, é possível mencionar as relações entre autoridade militares e seus subordinados.

Diversamente, o mercado consiste em um complexo de mecanismos que viabilizam o livre intercâmbio de recursos entre compradores e vendedores⁷⁰. Antes de prosseguir na análise dos

⁶⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53.

⁶⁸ SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

⁶⁹ GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 22.

⁷⁰ Neste sentido, VASCO RODRIGUES assevera que “mercado” é a “designação econômica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm (*oferta: potenciais vendedores*) e os que estão interessados em utilizá-lo (*procura: potenciais compradores*)” (grifos no original) (*Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19).

aspectos fundamentais em torno das interações sociais no contexto de mercado, importa realizar duas observações.

A primeira é que a menção ao termo “mercado” não significa necessariamente que os recursos e as utilidades envolvidos em dada relação possuam caráter pecuniário⁷¹. O ambiente de mercado deve ser raciocinado como aquele em que é possível a aproximação de interesses e a obtenção de utilidades através da liberdade de decisão dos sujeitos, sendo as operações de cunho financeiro apenas uma de suas possíveis modalidades, conquanto, reconheça-se, seja a de mais fácil visualização e de exemplificação mais freqüente.

A segunda observação é a constatação de que, diferentemente do que se verifica em outras estruturas sócio-econômicas, o resultado das alocações, no contexto de mercado, somente pode ser conhecido *ex post*⁷², eis que decorrente das sucessivas interações entre sujeitos dotados de liberdade de negociação, não sendo possível, pois, indicar antecipadamente a configuração distributiva final.

Esclarecidas estas questões, assinala-se que a conduta a ser adotada pelo indivíduo racional relativamente à negociação será orientada pelo *preço* do recurso de que dispõe — e que oferece ao intercâmbio — ou que deseja obter. Preço é, assim, o incentivo ao comportamento do agente num contexto de mercado⁷³.

Vale mencionar, aqui, que, em dadas situações de impacto em coletividades, eventualmente verifica-se a existência de sujeitos que, conquanto desejem um resultado reputado valioso por eles próprios, evadem-se de pagar o correspondente preço, aproveitando-se da disponibilidade do grupo para, sem sofrer custos, gozar, também, da utilidade paga pelos demais membros da

⁷¹ Obtempera IVO GICO JR. que “dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários. Nesse sentido podemos pensar em mercados de idéias, de políticos ou mesmo de sexo” (op. cit., p. 22).

⁷² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

⁷³ RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20. A aplicação da noção de preço a bens jurídicos como a vida ou a liberdade pode provocar certo estranhamento inicial. Todavia, consoante asseverado, não se deve pensar como abrangíveis pela idéia de mercado somente relações de natureza pecuniária, sendo plenamente possível utilizar o raciocínio fundado no preço para analisar questões relativas aos bens mencionados. Debruçando-se precisamente sobre esta freqüente resistência, CENZO VELJANOVSKI pondera que “se a vida é vista como sem preço pelas pessoas e a sociedade, nunca veríamos alguém fazendo algo que envolvesse risco pessoal. Algo que possua um valor infinito deveria ser preservado a qualquer custo! Mas estamos assumindo riscos todos os dias, alguns deles muito grandes. O fato é que as ações individuais indicam que as pessoas não consideram suas vidas sem preço, e estão dispostas a transacionar o *risco* de morte por benefícios materiais ou psíquicos” (grifo no original) e arremata: “nossas instituições sociais de fato dão ‘preço’ à vida. Nos casos de delitos de responsabilidade civil extracontratual, a lei não manda que se mate a pessoa que negligentemente matou alguém; exige que o agressor pague uma indenização” (A economia do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 57).

coletividade. Tais indivíduos são doutrinariamente denominados de *free riders*⁷⁴. Um excelente exemplo é apresentado por COOTER e ULEN, ao discorrer acerca das vicissitudes da idéia de oferecimento do serviço de defesa nacional por empresas privadas: neste quadro hipotético, seguramente muitos dos potenciais compradores, sabendo da impossibilidade prática de garantir a segurança da propriedade e a integridade de alguns vizinhos pagantes sem acabar protegendo também algum não-pagante, optariam por simplesmente obter o benefício sem suportar o custo respectivo⁷⁵.

Os impactos negativos da postura do *free rider* sobre os demais membros da coletividade em que está inserido são evidentes. Para além da materialização de uma espécie de falha de mercado que redundará na elevação do custo a ser suportado pelos outros sujeitos, esta figura viola o senso geral de justiça, fragilizando a busca de pacificação social que inspira os ordenamentos jurídicos, bem como a noção de solidariedade. É, pois, uma espécie de comportamento que requer a reprimenda do sistema jurídico.

Abstraindo-se desta situação de anomalia, verifica-se, como regra geral, que o preço é fator determinante da conduta adotada por agentes racionais em suas interações sociais, em um ambiente de mercado.

Logicamente, então, o nível em que se encontre o preço de determinado recurso influenciará a escolha dos indivíduos, no sentido de adquiri-lo ou de disponibilizar a intercâmbio. A partir desta constatação, é possível enunciar as *leis da procura e da oferta*. Segundo a primeira, “quanto menor o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais compradores estarão dispostos a comprar”⁷⁶. A lei da oferta, a seu turno, afirma que “quanto maior o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais vendedores estarão dispostos a vender (quantidade oferecida)”⁷⁷.

Partindo desta compreensão e considerando que, ao agir, os indivíduos objetivam a maximização de utilidade, tem-se que o resultado do livre intercâmbio *tende* a alcançar um *equilíbrio*, entendido como “padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas”⁷⁸. É dizer, não havendo fatores extrínsecos que impliquem alterações no preço ou em outros elementos envolvidos nas relações, a consequência lógica das premissas até aqui explicitadas é a tendência à ausência de modificação do comportamento dos sujeitos.

⁷⁴ POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 475.

⁷⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 63.

⁷⁶ RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 20.

⁷⁷ Ibidem, p. 21.

⁷⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 37.

Sabe-se que, no plano fático, serão inúmeras as hipóteses nas quais um mercado — não reduzido, repise-se, estritamente a relações de caráter pecuniário — não alcançará um equilíbrio ou simplesmente se afastará dele. Isto, todavia, não esvazia o interesse em conhecer ou projetar modelos de equilíbrio, os quais podem servir como instrumento para comparação de conseqüências e vantagens decorrentes de diferentes ações, orientando, assim, o processo decisório, seja de particulares, seja do Poder Público, norteados, *v.g.*, a formulação de políticas públicas.

O critério a ser aplicado para este exame da relevância social de dado equilíbrio será a eficiência, temática a ser estudada a seguir.

5.3 EFICIÊNCIA

Uma das mais relevantes contribuições da aplicação de aportes teóricos da Economia ao Direito consiste na demonstração das conseqüências de condutas e decisões, viabilizando o cotejo com os resultados das alternativas existentes, conforme declinado no item supra. A definição, todavia, de qual das opções comparadas é mais vantajosa pode tornar-se algo extremamente problemático, por envolver um juízo sobre o que é “melhor”. Em razão disto, tem-se, no âmbito econômico, buscado um critério idôneo a, na maior medida possível, afastar a subjetividade nesta análise e a permitir a indicação de soluções que redundem no maior benefício social. Este papel tem sido reconhecido à noção de *eficiência*.

Pode-se abordar a eficiência sob três diferentes perspectivas. Na primeira, ela corresponde à “maximização de ganhos e minimização de custos”⁷⁹. Sob esta ótica, uma situação será eficiente se a única maneira de elevação dos benefícios for, também, o aumento dos custos.

A segunda perspectiva lastreia-se na idéia de *melhoria de Pareto*⁸⁰, segundo a qual a modificação de um quadro será superior ao anterior estado de coisas se dela resultar benefício para ao menos um sujeito, sem gerar prejuízo para outros⁸¹. A nova situação é dita, nesta hipótese, mais eficiente que a prévia. Observe-se que, após sucessivas melhorias, atingir-se-á um ponto em que será impossível elevar a utilidade de certo indivíduo sem, com isto, prejudicar outros agentes. Alcança-se, neste quadro, aquilo que se denomina de *ótimo de*

⁷⁹ SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

⁸⁰ O proponente da noção de eficiência ora analisada foi VILFREDO PARETO, cientista político, advogado e economista italiano.

⁸¹ RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 26.

*Pareto*⁸², podendo-se, também, simplesmente afirmar que esta situação é *Pareto-eficiente*. Sinteticamente, pode-se asseverar que dado equilíbrio é Pareto-eficiente quando não for possível o aumento do benefício de um sujeito sem causar prejuízos a outros⁸³.

Vale salientar que o fato de uma situação ser Pareto-eficiente não significa necessariamente que ela será justa ou correta, de um ponto de vista normativo, mas, apenas, que a melhoria da utilidade de um sujeito somente seria viável com a piora do estado do outro.

Observe-se que a eficiência de Pareto revela-se um critério bastante rigoroso para a tomada de decisões, uma vez que, segundo sua ótica, não seria recomendável qualquer alteração que levasse a uma situação pior de certo indivíduo, ainda que, concomitantemente, redundasse numa ampliação de benefícios para outras pessoas. Considerando-se que, do ponto de vista prático, é bastante improvável que dada modificação no *status quo* não gere, de algum modo, prejuízos a alguns sujeitos, a estrita vinculação à noção de eficiência de Pareto possui evidentes limitações em sua aplicação. Para contorná-las, é frequente, no pensamento econômico, a introdução da noção de compensação, o que conduz à terceira perspectiva sob a qual se pode visualizar a eficiência.

A terceira ótica corresponde à denominada *eficiência de Kaldor-Hicks*. Segundo esta formulação, há situações nas quais os prejuízos impostos por dada alteração podem ser objeto de uma compensação. Nestes casos, deve-se considerar uma melhoria mesmo aquelas modificações que redundem em benefícios para alguns e piora para outros, desde que haja a possibilidade de os primeiros realizarem a compensação necessária para a satisfação dos prejudicados⁸⁴. O que se analisa, percebe-se, é o efeito líquido global da alteração, de modo que se o excedente gerado em favor dos beneficiados permite, além da melhoria da utilidade destes, a compensação dos prejudicados, ela será considerada mais eficiente que a situação pretérita⁸⁵.

⁸² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120/121.

⁸³ “Diz-se que uma determinada situação é *Pareto eficiente* ou *alocativamente eficiente* se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)” (grifos no original) (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38).

⁸⁴ “De acordo com este critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes económicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados” (RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 39).

⁸⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 121.

Importa ressaltar que, segundo esta perspectiva, embora se requeira que o benefício dos ganhadores seja superior ao prejuízo dos perdedores, não se exige que a compensação seja efetivamente realizada, mas apenas que seja possível⁸⁶.

Verificar que dada situação é a mais eficiente, mesmo sob o critério de Kaldor-Hicks, não significa afirmar que necessariamente ela será justa. A discussão acerca dos valores eficiência e justiça é seguramente uma das mais relevantes no campo da Análise Econômica do Direito. Já se mencionou que, em trabalhos do passado, RICHARD POSNER sustentava ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico, vindo, posteriormente, a relativizar severamente esta posição, admitindo que há hipóteses nas quais elementos morais devem afastar a resposta que, do ponto de vista econômico, seria a mais eficiente. A riqueza do debate entre eficiência e justiça talvez resida precisamente na constatação de que existem casos nos quais as contribuições da Economia para o Direito sofrerão enormes limitações. Por isto, há quem entenda — com razão — que a maximização de riqueza consiste somente em um dos elementos que devem ser considerados para a ampliação do bem-estar⁸⁷.

Não se deve, contudo, abraçar a idéia temerária de que eficiência e justiça seriam valores antitéticos. Seguramente, em muitas hipóteses a solução mais eficiente se identificará com a mais justa, mas, mesmo nos casos nos quais isto não se verifique, o instrumental econômico possuirá, em alguma dimensão, utilidade para subsidiar decisões que, fundadas na justiça, afastam a solução reputada mais eficiente. Neste sentido, IVO GICO JR. aponta duas contribuições da Análise Econômica do Direito: a constatação do que é injusto, a partir da verificação do que é ineficiente, e a previsão das conseqüências de dada decisão, bem como de seu custo de oportunidade⁸⁸.

Delineadas as noções fundamentais do instrumental utilizado pela Análise Econômica do Direito, cumpre, agora, refletir acerca das fragilidades de sua abordagem, considerando-se que qualquer investigação científica que se pretenda séria deve pressupor uma postura de sinceridade intelectual e de incentivo à crítica de suas construções. Será este o objeto do tópico seguinte.

⁸⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 64.

⁸⁷ “A maximização da riqueza, a qual é cega em relação à distribuição, é atualmente apenas vista como um meio para se aproximar ao máximo da maximização da utilidade” (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 367).

⁸⁸ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 27.

6. LIMITAÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Até este momento, foram examinados os aspectos teóricos e metodológicos fundamentais da Análise Econômica do Direito. Cumpre, após o domínio deste instrumental, refletir acerca dos limites da construção do raciocínio jurídico a partir desta abordagem.

Há que se ter em mente, de início, a advertência segundo a qual não existe método absoluto, idôneo a oferecer respostas a todo tipo de investigação nas variadas áreas do conhecimento. Neste sentido, MARIO BUNGE obtempera que cada *“clase de problemas requiere un conjunto de métodos o técnicas especiales. Los problemas del conocimiento, a diferencia de los del lenguaje o los de la acción, requieren la invención o la aplicación de procedimientos especiales adecuados para los varios estadios del tratamiento de los problemas, desde el mero enunciado de éstos hasta el control de las soluciones propuestas”*⁸⁹.

Não existe, portanto, para a Análise Econômica do Direito, a ilusão de possibilidade de solução de qualquer natureza de problema. Compreender isto, em verdade, é um excelente passo para evitar-se criar novos problemas, decorrentes da aplicação irresponsável dos aportes teóricos da economia a qualquer espécie de dilema jurídico.

Já se antecipou, ademais, que a Análise Econômica do Direito não possui a pretensão de indicar quais valores devem nortear uma sociedade. A conhecida tentativa de RICHARD POSNER de alçar a maximização da riqueza à condição de critério ético fundamental, vale reafirmar, não prosperou, havendo o próprio jurista reconhecido as fragilidades da idéia e a necessidade de observância de outros valores que a sociedade reputa como essenciais.

Esclareça-se que, não obstante as pesquisas de caráter normativo possam, por exemplo, propor políticas públicas, elas o fazem considerando o sistema moral e jurídico vigente em dada comunidade. As pesquisas de índole positiva, a seu turno, podem complementar aquelas, examinando se os resultados pretendidos estão realmente sendo alcançados.

Outra limitação da Análise Econômica do Direito consiste na impossibilidade de abrangência de toda a complexidade do mundo real. Esta é, seguramente, uma limitação, mas o é de qualquer formulação teórica que pretenda alguma generalidade. A utilização de modelos é necessária para viabilizar a abordagem das questões fáticas e, para tanto, inevitavelmente há nuances ou perspectivas que devem ser deixadas à margem. Impõe-se, então, verificar quais

⁸⁹ BUNGE, Mario. *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*. 3 ed. México: Siglo XXI Editores, 2004, p. 07.

variáveis são relevantes para a solução do problema, de modo a não esvaziar a investigação ou afastá-la dos dados da realidade a ponto de torná-la inútil⁹⁰.

Para além da necessidade de eleição das variáveis relevantes, é imprescindível assumir uma postura de sinceridade intelectual, diante do fato inexorável de que o ser humano não dispõe de todo o conhecimento idôneo a permitir uma adequada abordagem para qualquer problema. A ignorância, em verdade, é elemento importantíssimo para o progresso científico, em razão de colocar diante do homem questões que somente podem ser solucionadas através de novas investigações científicas — ou da revisão de anteriores⁹¹. Os ajustes na delimitação das variáveis, bem como na elaboração de modelos são, então, fundamentais para a construção de respostas sólidas e coerentes para os problemas postos perante aquele que se vale da Análise Econômica do Direito.

Outras duas questões merecem ser examinadas, ambas relacionadas com as contingências da necessidade de utilização de modelos e reduções.

A primeira diz respeito à idéia de racionalidade dos indivíduos. Já se mencionou que, na atualidade, a noção tradicional de conduta racional maximizadora tem sido revisada, para admitir a existência de elementos que impedem que, em todas as ocasiões, os sujeitos adotem o comportamento que amplie ao máximo sua utilidade. Assimetrias na informação e restrições cognitivas são alguns dos melhores exemplos destes fenômenos. O conhecimento desses fatores é importantíssimo para a elaboração e a condução da pesquisa, devendo-se observar, por exemplo, se o caso a ser analisado envolve uma relação de consumo ou interações entre empresas que integram um oligopólio.

⁹⁰ Neste sentido, GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 24. Obtempera, ainda, o autor que “um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação da compreensão” (op. cit., p. 24). Vale salientar que a definição clara das variáveis integra uma das “regras” do método científico, consoante afixa MARIO BUNGE: “R2 Proponer conjeturas bien definidas y fundadas de algún modo, y no proposiciones que no comprometan en concreto, ni tampoco ocurrencias sin fundamento visible: hay que arriesgar hipótesis que afirmen la existencia de relaciones bien definidas y entre variables netamente determinadas, sin que esas hipótesis estén en conflicto con lo principal de nuestra herencia científica” (op. cit., p. 09).

⁹¹ Adverte, por isto, POPPER que o reconhecimento do caráter ilimitado da ignorância humana “dá uma nova virada na idéia socrática de ignorância. A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua”. E arremata: “Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. Portanto, poderíamos dizer que, não há nenhum problema sem conhecimento; mas, também, não há nenhum problema sem ignorância” (POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 13/14).

A segunda questão é que, mesmo nas hipóteses nas quais seja possível aplicar a idéia de conduta racional maximizadora sem maiores restrições, em alguns casos esta premissa metodológica não será suficiente para explicar uma decisão adotada por certo indivíduo. Um exemplo é a hipótese de ocorrência de ótimos múltiplos, situação em que o “agente fica indiferente ante uma ou mais possibilidades”, sendo necessário “suplementar a escolha com outros enfoques para poder prever qual das possibilidades será escolhida”⁹².

O reconhecimento da existência de limitações em determinada abordagem é imprescindível para a condução de uma pesquisa séria e coerente. Deve-se, então, modular o procedimento de investigação, afastando-se a aplicação da Análise Econômica do Direito ao se enfrentar problemas relativamente aos quais ela se revele impertinente, e atentando para eventuais contingências nos casos para os quais ela possa contribuir.

Assentados os aspectos fundamentais da Análise Econômica do Direito e ponderadas as suas restrições, cumpre, enfim, avançar para o exame de exemplos de sua utilização. É o que se realizará a seguir.

7. ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A PESQUISA JURÍDICA

Uma introdução à abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito seria gravemente omissa sem a enunciação de exemplos de emprego de seu instrumental metodológico. Esta seção destina-se precisamente a apresentar, sem pretensão de aprofundamento, algumas contribuições das ferramentas de *Law and Economics* a variados campos do Direito.

No campo do Direito Contratual, pode-se aplicar a Análise Econômica do Direito para fixação de sanções por descumprimento idôneas a realmente dissuadir as partes de adotar uma postura não-cooperativa.

A seu turno, no âmbito da Responsabilidade Civil extracontratual, os aportes teóricos do *Law and Economics* viabilizam uma maior consistência na fixação de indenizações, considerando-se, por exemplo, a regra de HAND⁹³, a satisfação de custos de precaução⁹⁴ no desenvolvimento de dada atividade e a lei da pendente negativa da curva da demanda⁹⁵.

⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

⁹³ Segundo a proposta formulada pelo Juiz LEARNED HAND, para a fixação da responsabilidade do sujeito que ocasiona um dano, é necessário avaliar se o benefício obtido com a conduta supera ou não os investimentos em

No Direito Concorrencial, é possível aplicar a Análise Econômica do Direito para verificar a eficiência de dado arranjo competitivo, bem como regular o comportamento de agentes econômicos, repelindo eventuais condutas indesejadas.

No campo do Direito Penal, o reconhecimento do sistema jurídico como componente da estrutura de incentivos dos agentes pode ser um elemento útil para auxiliar na graduação legislativa e na dosimetria jurisprudencial das penas.

No âmbito do Direito Ambiental, por sua vez, pode-se afirmar que o denominado princípio do poluidor-pagador não é nada além do emprego da noção econômica de internalização de custos sociais⁹⁶.

Estes são apenas alguns exemplos de utilização da Análise Econômica do Direito, a qual, repise-se, não se pretende idônea a oferecer respostas definitivas a quaisquer questões jurídicas. Não há dúvidas, entretanto, que consiste seu campo de aplicação é amplíssimo, constituindo-se numa ferramenta enriquecedora para a elaboração de políticas públicas e de decisões judiciais.

8. CONCLUSÕES

Diante das considerações declinadas, é possível enunciar as seguintes conclusões:

- O surgimento do movimento denominado de *Law and Economics* foi viabilizado, em grande medida, pelos questionamentos realizados pelo Realismo Jurídico Americano à tradicional teoria do Direito. Os precursores do movimento foram AARON DIRECTOR, RONALD COASE, GARY BECKER e GUIDO CALABRESI.
- A Análise Econômica do Direito consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano e 2) o esclarecimento das conseqüências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes.

precaução, isto é, “o autor do dano é culpado se o custo marginal de sua precaução é menor do que o benefício marginal resultante” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 346).

⁹⁴ Custos de precaução são os “investimentos que as partes realizam para tentar evitar a ocorrência de eventos danosos” (COULON, Fabiano Koff. *Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito*. *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 186).

⁹⁵ Conforme este postulado, o “aumento das indenizações previne os danos” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 199).

⁹⁶ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

- Existem, na atualidade, diversas correntes na abordagem da Análise Econômica do Direito, distinguindo-se em razão dos enfoques empregados e, mesmo, de objetos específicos.
- A Análise Econômica do Direito assume como pressuposto o individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros dessa coletividade. Considerando-se que os indivíduos buscam racionalmente a maximização de seu bem-estar, eles elegerão, diante de um quadro de escassez de recursos, o comportamento que lhes agregue maior utilidade.
- Num ambiente de mercado, entendido como aquele em que é possível a aproximação de interesses e a obtenção de utilidades através da liberdade de decisão dos sujeitos, o preço de dado recurso influenciará a postura em suas relações sociais. Uma das mais importantes contribuições da Análise Econômica do Direito é auxiliar na busca da eficiência nestas interações e, para além delas, nos mais variados comportamentos humanos.
- A Análise Econômica do Direito oferece elementos consistentes para a construção de políticas públicas, leis e decisões judiciais, nos mais variados ramos do Direito, coerentes com a compreensão de que os indivíduos reagem a incentivos e que as conseqüências dos comportamentos — estatais e particulares — não devem ser negligenciadas, sob pena de descompasso do ordenamento jurídico com a realidade fática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANDONOVA, Veneta; ARRUÑADA, Benito. Instituições de mercado e competência do Judiciário. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

BALKIN, Jack. *The "Bad Man", the Good, and the Self-Reliant*, 78 B.U. L. Rev. 885 (1998). Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/balkbibl.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUNGE, Mario. *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*. 3 ed. México: Siglo XXI Editores, 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COULON, Fabiano Koff. *Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito*. *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

GICO JR., Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. *Tradições do Direito*. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. *William & Mary Law Review*, Vol. 46, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=761007>. Acesso em 08 nov. 2011.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5 ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEITER, Brian, *American Legal Realism*. *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=339562> or doi:10.2139/ssrn.339562. Acesso em 08 nov. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NOBELPRIZE.ORG. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/. Acesso em: 15 nov. 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPPER, Karl. Lógica das Ciências Sociais. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. A Economia da Justiça. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VELJANOVSKI, Cento. A economia do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.