

## REFLEXÕES ACERCA DA EFICIÊNCIA NA VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ASPECTOS CONCEITUAIS E SUA CRITICIDADE

*Kelery Dinarte Páscoa Freitas<sup>1</sup>*

### RESUMO

A pesquisa faz uma análise acerca das principais características que marcam a Análise Econômica do Direito, traçando uma linha que prima pelo estudo de seus principais conceitos e métodos. Aborda-se, especificamente, como o estudo do Direito e Economia trabalho com um dos baluartes de seu método: a eficiência econômica. O conceito de eficiência e as diversas correntes que tratam do tema, são apontados no estudo, em especial a tese de Vilfredo Pareto, Kaldor-Hicks, Richard Posner e a Teoria dos Jogos de John Nash. Como contraponto da adoção dos critérios econômicos no estudo do Direito, se trouxe uma abordagem crítica sob a aplicação desses institutos, em especial com as idéias lançadas pela Teoria Crítica e de Ronald Dworkin. O método utilizado é o analítico, com referências bibliográficas no campo histórico, filosófico, econômico e sociológico dos institutos em estudo.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito; eficiência; maximização de riquezas; Crítica

### 1. INTRODUÇÃO

A chamada Análise Econômica do Direito deita suas raízes de modo primordial na busca de inserir elementos próprios da ciência econômica no estudo das ciências jurídicas, trazendo aspectos da teoria econômica ao estudo do Direi-

---

<sup>1</sup> Defensor Público Federal

to e utilizando-se de instrumentos teóricos da teoria micro-econômica em geral e um de seus ramos, a Economia do Bem-Estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas. Tem como foco principal um estudo interdisciplinar do Direito.

Neste diapasão, toma importância ao tema e ao método em estudo, a utilização de critérios e medidas que abordem preferencialmente uma linha de eficiência e razoabilidade econômica na avaliação das decisões judiciais e aplicabilidade de normas jurídicas, traduzindo-se na busca de um conceito econômico de eficiência na efetivação em espécie das relações jurídico-sociais.

A economia tida como uma ciência de observação passa a intervir diretamente nas relações sociais mensurando o alcance das regras adotáveis no direito sob um prisma pragmático de eficiência, seja na formulação dos julgados ou na elaboração de normas.

A pesquisa busca trazer reflexões sobre a possível aplicabilidade dessas regras econômicas no estudo do Direito, principalmente no que tange ao critério de eficiência adotado pela Economia. Questiona-se: Como é feita a abordagem da Análise Econômica do Direito? Qual o sentido de eficiência na Análise Econômica do Direito? O conceito dado pelas ciências econômicas de eficiência pode ser aplicado em sua integralidade no estudo das ciências jurídicas?

Os objetivos do estudo consistem em analisar o método da Análise Econômica do Direito, conceituando eficiência econômica a par das correntes que abordam o tema, bem como fazer uma leitura de algumas teorias que criticam a aplicação deste método no estudo das ciências jurídicas.

O primeiro capítulo traz algumas considerações sobre as idéias centrais sobre a Análise Econômica do Direito, discorrendo sobre o perfil histórico da Escola de Chicago, precursora do método em estudo e as principais correntes que defendem sua adoção.

O segundo tópico do texto abordará uma contextualização da idéia de

eficiência econômica, traçando neste estudo as principais teses e correntes na Economia que explicam e desenvolvem uma leitura sobre o tema. Como ponto importante do estudo, traremos na pesquisa a corrente de Vilfredo Pareto, de Kaldor-Hicks, de Posner e a Teoria dos Jogos de John Nash.

No terceiro e último capítulo, o ponto central da discussão consistirá na abordagem crítica que é feita sobre a aplicabilidade da Economia e de seus conceitos no estudo do Direito, em específico da idéia de eficiência econômica que lhe é dada. Aspectos relacionados a paradigmas utilizados, valores abordados e métodos empregados será objeto deste capítulo.

## **2. O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO? INÍCIO DO MOVIMENTO E ABORDAGENS SOBRE O MÉTODO**

Cumpra antes de adentrar efetivamente no histórico preambular do movimento, tecermos alguns comentários acerca do conceito que se é dado à Análise Econômica do Direito. Consistiria a Análise Econômica do Direito na utilização de conceitos dados as ciências econômicas na utilização decorrente das relações sociais que permeiam as ciências jurídicas. Caracteriza-se pela aplicação das teorias econômicas nas explicações das decisões e normas do Direito.<sup>2</sup>

Como menciona Pacheco (1994, p. 27):

*Lo común, y definitório, del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho. Más em concreto, es la aplicación de las categorías e instrumentos teóricos de la teoría microeconómica neoclásica em general y de una de sus ramas desarrolladas em este siglo, La Economía del Bienestar, en particular, en La explicación y evaluación de*

<sup>2</sup> Nesse sentido ver Alexandro Bugallo Alvarez (2006, p.52).

*las intituciones y realidades jurídicas.*<sup>3</sup>

A Análise Econômica do Direito adotaria como metodologia de estudo uma aplicação interdisciplinar das ciências jurídicas com a ciência econômica. O Direito estabelece como objeto de estudo o ponto de vista econômico, derivando desta visão que a interpretação e evolução das normas possam atender e realizar os pressupostos da teoria econômica, bem como, que se dote as decisões e normas jurídicas de um conjunto de racionalidades próprias do modelo econômico.<sup>4</sup>

Na obra “Encyclopedia of Law and Economics: The History and Methodology of Law and Economics”, em artigo publicado por Ejan Mackaay, intitulado “History of Law and Economics” (1999, p. 65), define-se a Análise Econômica do Direito: “The economic analysis of law, or law and economics, may be defined as ‘the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions’”<sup>5</sup>

Cuida ademais, de uma análise comportamental das partes nas relações jurídicas e os efeitos que as leis terão sobre aqueles comportamentos numa visão da economia. A Economia influenciaria sensivelmente o comportamento humano, assumindo o homem um modelo próprio do *homo economicus*.<sup>6</sup> A atividade

3 Tradução Livre: “Originariamente e de modo concreto, busca a aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria micro-econômica em geral e um de seus ramos, a Economia do Bem-Estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas.”

4 Pacheco (1994, p. 34)

5 Tradução livre: “ A Análise Econômica do Direito, ou Direito e Economia, pode ser definida com a aplicação da teoria econômica e do método econométrico de exame da formação, estrutura, processo e impacto da lei e das instituições legais.”

6 Tradução livre: “ O que há que concretizar seguidamente é, em primeiro lugar, qual é a teoria da ação que serve de base a AED, e em segundo lugar, que conseqüências tem sua adoção na transformação da concepção e função do direito. A essas questões a AED dá completa resposta mediante a adoção da teoria da ação racional econômica baseada no modelo do *Homo economicus*, que reduz a função do direito a prover os estímulos necessários para que o objetivo eficiente se obtenha sem obstáculos; o direito se converte em um sistema de incentivos e empecilhos, em instrumento ou meio para a consecução da eficiência econômica como norma básica do sistema. Passemos a concretizar estas respostas. A AED toma como unidade básica da análise o indivíduo. Todos os fenômenos sociais, incluindo o direito, podem e devem retroceder aos fundamentos do comportamento individual; todo fenômeno, social pode ser reduzido a escolhas operadas pelo

e o comportamento humano estariam umbilicalmente ligados a tentativa do homem de alcançar e maximizar individualmente e racionalmente seu bem-estar, numa atividade própria do homem econômico (homo economicus) tendo como norma de conduta seu interesse privado.<sup>7</sup>

Para Pacheco (1994, p. 40)

*Lo que hay de concretar seguidamente es, em primer lugar, cuál ES La teoría de la acción que sirve de base al AED, y em segundo lugar, qué consecuencias tiene su adopción em la transformación de la concepción y función del derecho. Á essas cuestiones el AED da cumplida respuesta mediante La adopción de La teoría de La acción racional económica basado en El modelo del homo oeconomicus, que reduce La función del derecho a proveer de los estímulos necesarios para que Le objetivo eficiente se logre sin obstáculos; El derecho se convierte em un sistema de incentivos y rémoras, em instrumento o medio para La consecucion de La eficiencia económica como norma básica del sistema. Pasemos a concretar estas respuestas. El AED toma como unidad básica del análisis al individuo. Todos los fenómenos sociales, incluyendo El derecho, pueden y deben retrotraerse a los fundamentos del comportamiento individual; todo fenómeno social puede ser reducido a elecciones operadas por El individuo.*

Cooter e Ulen abordam o tema sobre o mesmo ponto de vista (2000, p. 3)

---

indivíduo. Assumindo esta perspectiva individualista (individualismo metodológico), o objeto de estudo, neste caso a realidade jurídica, se reduz à lógica interna da ação individual para prever suas decisões e eleições ante situações determinadas.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Pacheco (1994, p. 40).

*Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good, so presumably people respond to heavier legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analyzing the effects of prices on behavior.*<sup>8</sup>

Sobre essa nova visão, a ótica da economia sobre o Direito ganha força, utilizando-se de preceitos que eram próprios de uma ciência de observação, como é o caso da Economia, na utilização prática de uma ciência de transformação social, como se afigura o Direito. Busca-se com o incremento dessa nova visão responder alguns questionamentos que envolviam as relações jurídicas e que se encontravam apresentados de forma apartada do próprio estudo do Direito e sua relação com a economia.

Tal movimento teve como mola inicial a publicação em Outubro de 1960, do artigo intitulado “*The problem of Social Cost*”, publicado no 3º. volume do “*Journal of Law and Economics*” cujo autor, Ronald H. Coase, faz um estudo

---

<sup>8</sup> Tradução livre: “A Economia apresentou uma teoria científica de prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, sanções apresentam-se nos preços e, presumivelmente, as pessoas reagem a essas sanções tanto como eles reagem aos preços. As pessoas respondem a preços mais elevados, consumindo menos da coisa mais cara e boa, então, presumivelmente, as pessoas respondem a pesadas sanções legais, fazendo menos da atividade sancionada. A economia tem matematicamente precisas teorias (teoria dos preços ea teoria dos jogos) e métodos confiáveis empiricamente (estatística e econometria) para analisar os efeitos dos preços sobre o comportamento.”

sobre o problema do custo social produzido pela atividade econômica, assumindo abertamente críticas a Economia de Bem Estar e o intervencionismo praticado pelo Estado nas relações privadas, para ao final, encontrar as premissas fundamentais de aproximação da Economia com o Direito na aferição da análise do custo-benefício sobre as decisões judiciais.<sup>9</sup>

É bem verdade que toda essa gama de menções econômicas, ainda que indiferentes prefacialmente a uma aplicação no ramo das ciências jurídicas e distante da definição em concreto da Análise Econômica do Direito teve origem nas lições de Adam Smith em sua investigação sobre a Riqueza das Nações e algumas diretrizes filosóficas de David Hume, podendo ser encarado como a pedra de torque dos estudos que se seguiriam.

Na mesma época o autor italiano Guido Calabresi ao publicar em 1961 o artigo “Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts” adota os perfis definidores da Economia no exame do alcance que podem ter os distintos significados implícitos na noção de distribuição do risco e os critérios de imputação de responsabilidade que pauta o estudo do “direito dos danos”. O artigo de Calabresi ressalta a aplicação da teoria econômica na busca de definir os fins que seriam desejados pelo direito da responsabilidade.<sup>10</sup>

Esses autores deram o pontapé inicial no estudo que seria desenvolvido anos mais tarde, especificamente em 1973, com a publicação de Richard Posner do ensaio “*Economic Analysis of Law*” trazendo a idéia primordialmente lançada por Ronald Coase e Calabresi e encontrando grande aceitação na comunidade

---

<sup>9</sup> Ronald H. Coase (1960, p.01): “ The economic analysis of such a situation has usually proceeded in terms of a divergence between the private and a social of the factory, in which economists have largely followed the treatment of Pigou in *The Economics of Welfare*.” Tradução livre: “A Análise Econômica de uma determinada situação geralmente tem sido procedido em termos de uma divergência entre o privado e social da fábrica, em que os economistas têm seguido em sua maior parte ao tratamento de Pigou na Economia do Bem-Estar”.

<sup>10</sup> Pacheco (1994, p. 28/ 29)

jurídica americana.

No estudo de Posner inova-se com a idéia antes concebida e ocorre um estudo sistemático dos diversos ramos das ciências jurídicas tendo como base a idéia adotada pela Economia, consolidando, a partir daí, o movimento e trazendo como principais linhas de aplicação a possibilidade de adoção do método econômico em todas as correntes e sub-ramos do Direito.

Mackaay (1999, p. 66) faz uma abordagem dos aspectos iniciais do movimento:

*The current incarnation of law and economics originated in the United States in the late 1950s and found acceptance amongst the legal community from the 1970s onwards, as a result, in particular, of the writings of Richard A. Posner. It has been presented at times as an altogether novel introduction of concepts and methods of a neighbouring science into law, in that it addresses questions across the entire range of legal subject matter, including much non-market behaviour.*<sup>11</sup>

A partir deste momento, várias correntes passam a estudar o método científico da economia no Direito. Posner mostra-se neste instante como introdutor de uma linha considerada teoria positiva e que teria como local principal dos estudos à cidade de Chicago. Essa corrente concebe a Análise Econômica do Direito sob um enfoque descritivo e normativo no estudo. Aborda como a sociedade pode aplicar a análise econômica para alcançar níveis ótimos adotando normas

<sup>11</sup> Tradução livre: “A atual forma de Direito e Economia originado nos Estados Unidos Estados em 1950 e que encontrou a aceitação entre a comunidade jurídica a partir dos anos 1970, tem como resultado, em especial, os escritos de Richard A. Posner. Foi apresentado, às vezes como uma introdução totalmente inovadora de conceitos e métodos de uma ciência vizinhos próxima à lei, na medida em que aborda perguntas de toda a gama de assuntos jurídicos, incluindo comportamentos não-mercantis”.

institucionais baseadas em critérios econômicos. A teoria de Posner se desdobraria assim em duas: a teoria econômica do impacto legal, onde se analisam os efeitos da norma sob o ponto de vista econômico (análise de custos de determinada norma ou econometria) e como medida inovadora a análise econômica não centra suas atenções apenas no sentido da econometria (custo da norma), mas avança no sentido da eficiência de determinada norma e, portanto no princípio da maximização.<sup>12</sup>

O que se viu desenvolver a partir deste momento foi uma proliferação de autores a abordarem o estudo da Análise Econômica do Direito, seja com o objetivo de defender suas principais diretrizes, seja para lançarem críticas sobre o método e forma de pensar as ciências jurídicas. E um dos principais pontos que mereceriam a devida atenção reflete-se no estudo da eficiência econômica, tópico do próximo capítulo.

### **3. O QUE É EFICIÊNCIA PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO? CONCEITO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E APLICAÇÃO NO DIREITO**

Como derivado dos conceitos econômicos peculiares a própria Economia, a Análise Econômica do Direito sustenta a maior parte de seus estudos numa busca constante de garantir ao Direito um resultado eficiente em suas decisões. Pauta-se daí uma dita eficiência econômica, seja na elaboração de uma norma, seja na tomada de uma medida judicial em concreto. Restaria saber, especificamente: Que eficiência econômica seria essa? Como alcançaríamos essa eficiência econômica?

Tendo por diretriz uma teoria racional, os comportamentos humanos decorrerão com a finalidade de perseguir em sua ação uma dita eficiência econômica, com a função de incentivar os estímulos para que tal finalidade racional possa ser alcançada.

---

<sup>12</sup> Alvarez (2006, p. 58)

Caberia como função principal do Direito a alteração desses estímulos na vã tentativa de alcançar o equilíbrio pretendido, à procura de se maximizar as utilidades e assim se concluir pelo alcance de uma finalidade social que lhe seria peculiar.

Para a resposta dos questionamentos acima apontados e tendo por diretriz essa teoria racional, iniciaremos com a abordagem ou critério mais usual para se definir a eficiente circulação de riqueza a se alcançar um equilíbrio econômico, a proposta de Vilfredo Pareto, conhecida como eficiência de Pareto ou ótimo de Pareto. Para o autor, o equilíbrio econômico resultaria da oposição que existe entre os gostos dos homens e os obstáculos para satisfazê-los, analisando a eficiência pretendida sob uma visão de alocação de riquezas.

Para Pareto (1996, p. 127)

Se todas as quantidades de bens, dos quais dispõe um indivíduo, aumentam (ou diminuem), veremos em breve que, à exceção de um caso do qual falaremos mais adiante, a nova posição será mais vantajosa (ou menos vantajosa) do que a antiga para o indivíduo considerado; de tal maneira que, nesse caso, não existe nenhum problema a resolver. Mas, se pelo contrário, certas quantidades aumentam enquanto outras diminuem, é o caso de pesquisar se a nova combinação é, ou não, vantajosa ao indivíduo. É essa categoria que pertencem os problemas econômicos.

Na concepção de Pareto, considerar-se-ia que uma mudança seria eficiente numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente estava com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior.<sup>13</sup>

Importante frisar que na visão traçada por Pareto o comportamento huma-

13

Sztajn (2005, p. 76)

no permanecerá presente em todas as decisões que forem tomadas. A concepção econômica de utilidade e de comportamento econômico gerou a chamada Teoria da Decisão componente nuclear da Microeconomia contemporânea e que se desenvolveu seguindo os principais fundamentos cavados por Pareto. Na atualidade os textos de Economia se baseiam na análise de comportamento econômico (consumo, trocas, produção bem-estar social etc.) no conceito de ordenação de preferências desenvolvido originariamente por Pareto. Passou-se a analisar o comportamento econômico sob um viés de escolhas e restrições, buscando-se alcançar sob um certo ponto o equilíbrio econômico, e tal equilíbrio tenderia a buscar uma pretensa felicidade ou bem-estar coletivo.<sup>14</sup>

Um grave problema da aplicação das idéias de Pareto seria a dependência de alocação inicial da riqueza.<sup>15</sup> Em sua pesquisa, Pareto não menciona qual seria a origem inicial da alocação de recursos, entrando diretamente num tema que abordaria os gastos e aplicação eficiente, sem descer a detalhes da concepção de tais recursos. Há de se considerar ainda a extrema dificuldade no cumprimento

<sup>14</sup> Pareto (1996, p. 68) “Ocupemo-nos do primeiro desses problemas. O raciocínio, habitualmente, tende a levar o homem a fazer certa coisa a que não lhe é agradável ou que não o é suficientemente para que o homem seja levado a fazê-la. Além disso, em geral, A compreende não só a ação mas também a abstenção. Entre os numerosos raciocínios que se fazem sobre o primeiro problema, é preciso considerar aqueles que se dividem nas seguintes classes: (I) Demonstra-se que A é, em última análise, vantajoso ao homem: (I□) porque um ser sobrenatural, ou mesmo simplesmente uma lei natural ou sobrenatural (budismo), recompensa aqueles que fazem A, pune aqueles que não fazem A, seja (I□1) nesta vida, seja (I□2) na outra; ou então (I□) porque, por si mesmo, A acaba por ser vantajoso: (I□1) ao indivíduo, ou (I□2) à espécie. (II) Demonstra-se que A é a consequência de certo princípio, comumente metafísico, de certo preceito admitido *a priori*, de qualquer outro sentimento moral. Por exemplo: (II□) A coincide com o que a *natureza* deseja, ou ainda, para certos autores modernos, com a evolução, com a teoria da “solidariedade” etc.; (II□) A é a consequência do preceito que *devemos* trabalhar para aproximarmos da perfeição; que devemos “perseguir a felicidade do gênero humano, ou melhor, de todos os seres sensíveis”; ou, ainda, que devemos fazer tudo que possa melhorar e glorificar a *humanidade*; ou que “devemos agir de tal maneira que a regra do nosso querer possa tomar a forma de um princípio de legislação universal” (Kant) etc.”

<sup>15</sup> Stajn (2005, p. 76)

prático do “ótimo paretiano”, pela impossibilidade de se coordenar as ações e decisões humanas, ou a implementação de transações “custo zero” ou externalidades nulas.<sup>16</sup>

Aprofundando o estudo produzido por Pareto acerca do equilíbrio ou eficiência econômica, apresenta-se a pesquisa produzida por Kaldor e Hicks, conhecida por “Princípio da Compensação de Kaldor e Hicks”, onde, em linhas gerais, aborda-se a idéia de que se os beneficiados por novas situações compensarem os prejuízos advindos da mudança se justificariam socialmente o interesse na mudança. Sugere-se que as normas devam ser desenhadas para gerar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.

Com base no estudo desenvolvido inicialmente acerca da Teoria da Utilidade Marginal, que teve como precursores Jevons, Menger e Walras e que consistiria num problema de maximização da função-utilidade sujeita à restrição orçamentária da família, onde a partir daí, se escolherá o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios, dando mais a quem tem maior utilidade marginal e comungando idéias de equilíbrio desenvolvido por Pareto, Kaldor e Hicks tratam da questão da compensação nas alterações que as variáveis podem gerar. Para Stjan (2005, p. 76), “A racionalidade dos agentes leva a procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, seguem uma linha de solidariedade e bem-estar coletivo.”

Cooter e Ulen (2000, p.11)

*Choosing the best alternative that the constraints allow can be described mathematically as maximizing. To see why, consider that the real numbers can be ranked from small to large, just as*

<sup>16</sup> Rosa e Linhares (2009, p.70): “A questão, antecipe-se, é que o “ótimo paretiano” é uma metáfora ideal de impossível cumprimento prático já que não se pode coordenar todas as ações, obter-se todas as informações, implementar-se transações de “custo zero” ou com “externalidades nulas” como regra, bem assim, controlar as decisões dos empresários.”

*the rational consumer ranks alternatives according to the extent that they give her what she wants. Consequently, better alternatives can be associated with larger numbers. Economists call this association a “utility function”<sup>17</sup>*

A utilização desses critérios de eficiência doravante relatados diverge em alguns pontos cruciais, não apenas no que toca à alocação inicial das riquezas, mas além, no sentido que se tem no estudo da economia sobre as Teorias da Utilidade e do Equilíbrio Geral, pautando-se o segundo (Equilíbrio Geral) num aspecto que se aproxima do conceito de decisão do agente e não apenas na análise de preço e bem-estar geral. Aparenta que enquanto para Pareto a idéia seria alcançar uma eficiência, para Kaldor e Hicks se buscaria uma certa “equidade” de situações.<sup>18</sup>

Com bastante proximidade a idéia defendida por Kaldor e Hicks, Richard Posner trata a regra de eficiência sob uma concepção puramente de maximização de riquezas, onde se busca explorar os recursos econômicos de tal maneira que os mesmo possam ser maximizados. Diferente da teoria utilitarista, ele tenta justificar tais escolhas num conceito de teoria moral, sendo o progresso econômico o único valor social almejado. Neste ponto em especial, toda a discussão inerente a justiça das decisões, que pautava finalisticamente o Direito, perde importância, sendo relevante apenas uma regra que contemple uma maximização dos recursos a serem empregados.<sup>19</sup>

A grande crítica a ser feita a tese abordada por Posner e a dita corrente con-

17 Tradução livre: Escolhendo a melhor alternativa que as restrições permitem, pode-se descrever matematicamente como maximizar. Para ver porque, considere-se que os números reais podem ser classificados de pequenos a grandes, assim como o consumo racional em fileiras alternativas de acordo com a medida que lhe dão e o que ela quer. Por conseguinte, melhores alternativas podem ser associados com números maiores. Os economistas chamam essa associação de uma “função utilidade”.

18 Rosa e Linhares (2009, p. 70)

19 Pacheco (1995, p.55)

servadora, empregada principalmente nas vozes de Calabresi, Cooter e Coleman é que na Análise Econômica do Direito outros valores podem integrar o conceito de justiça, que não exclusivamente a concepção econômica, adotando outros critérios que sejam estabelecidos como premissas de estudo na análise econômica do Direito no estabelecimento de elementos para aferir uma eficiência social.

Por fim, cumpre ressaltar a adoção do critério de aferição da regra de eficiência que se convencionou chamar de Teoria dos Jogos (Game Theory). Como base nessa teoria, caberia a pessoa escolher a melhor estratégia ou plano de ação para alcançar os melhores resultados com os menores dispêndios de recursos econômicos.

No Direito encontramos com bastante frequência situações em que as decisões deverão se pautar nas melhores escolhas ou estratégias para se alcançar objetivos ótimos. Neste teorema, teríamos três elementos essenciais: os jogadores, a estratégia de cada jogador e o resultado final esperado. Cumpriria na determinação das melhores medidas, se analisar qual estratégia seria adequado ao melhor resultado pretendido com o menor custo.<sup>20</sup>

#### 4. CRÍTICAS À EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como fora abordado no item anterior, a introdução da visão economicista no Direito trouxe não apenas curiosos e estudiosos que utilizaram de suas principais noções na aplicação das regras jurídicas, mas além, trouxe a crítica de diversos juristas que passaram, de forma justificada, a questionar os métodos da

<sup>20</sup> Importante frisar neste ponto a crítica produzida por Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares na obra “Diálogos com a Law and Economics” (2009, p. 101): “Este estofo subjetivo proporcionado pela psicanálise rompe com as pretensões ultra-rationais dos comportamentos acolhidos pelo discurso da Law and Economics, motivo pelo qual o movimento promove um encurtamento subjetivo aderindo a uma compreensão da “psicologia comportamental”. Isso possui um preço, aliás, já ocorrido no caso de Habermas, pois há uma redução da subjetividade. Circunscreve a ação num sentido “behaviorista”, de impossível aceitação. Assim, é que se pode, com êxito, duvidar desta “simplificação” da “escolha racional” apontada, justamente pela impossibilidade de qualificar o critério das opções estratégicas singulares movidas por condicionantes que escapam do sujeito “comportamentalista” diante da convocação do inconsciente.”

AED, em específico dos conceitos dados pela eficiência econômica.

Para Ronald Dworkin, na obra “Uma questão de princípios”, lança-se dúvidas acerca dos critérios que pretendem ser utilizados na abordagem da eficiência e que existiriam falhas descritivas na abordagem do tema, vez que se emprega uma regra de maximização de riqueza distinta da eficiência pretendida por Pareto. O autor menciona em diversos pontos que a abordagem pretendida pelo economista para analisar uma situação como eficiente é bem distinta da pretendida pelo jurista. A adoção da praticidade empreendida pela regra de maximização de riqueza é dissociada do conceito de equilíbrio adotado pelo economista, mesmo que num aspecto utilitarista (tradicional ou marginal).

Para Dworkin (2001, p. 355/356),

A análise econômica do Direito que torna central o conceito de maximização de riqueza, deve, portanto, ser distinguida da Análise do Direito dos economistas, isto é, da aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, que é a eficiência de Pareto. Quando o economista pergunta se uma norma de direito é eficiente, geralmente quer saber se a norma de Direito é eficiente segundo Pareto, não se ela promove a maximização de riqueza.

Na visão de Dworkin, existiria grave conflito conceitual na utilização da palavra eficiência.

As críticas de Dworkin não se restringiriam apenas a divergências conceituais. Iriam mas além. Aprofundaria o cerne do problema da maximização de riqueza em seu sentido dado por Richard Posner. O autor questiona profundamente a idéia lançada pela Escola de Chicago de que a maximização de riqueza seria um objetivo digno. Levanta robustos argumentos de que na abordagem trabalhada pelos

autores da AED, não se justifica as razões de se ponderar porque alguém com mais recursos estaria em melhor situação de alguém que tivesse menos recursos?

Refuta ademais, que a maximização de riqueza pretendida não seria um elemento valorizativo (valor). Desta forma não compreende aquele autor que este elemento haveria de ser o único almejado pelos tribunais. Para justificar suas razões, levanta organicamente a tese que não bastaria para uma sociedade enquadrar-se num contexto melhor, que essa possua mais recursos econômicos ou maximize suas riquezas, sendo estas um conceito valorativo, deveria sob um prisma de filosofia moral ter um aumento dos valores mensuráveis, daí porque, se não ocorrerem tais aumentos não poderia ser considerado, a maximização de riquezas, um valor a ser perseguido.<sup>21</sup> Menciona que, para se submeter integralmente aos preceitos da Análise Econômica do Direito no que tange a pretendida eficiência, haveria de existir uma troca de justiça por riqueza.

Adotando o mesmo critério já utilizado por Dworkin, os autores Rosa e Linhares, textuam (2009, p. 118):

As regras do jogo democrático, àquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, não podem ter como único critério a maximização de riqueza, como aponta a AED, sob pena de submeter o campo do direito a uma racionalidade que desconhece os “Direitos Fundamentais”.

Outro ponto de grande crítica, seja a própria AED, seja aos critérios de maximização de riqueza, se encontram dentro da corrente conhecida como “Cri-

---

<sup>21</sup> Dworkin (2000): É importante observar que a história de Derek e Amartya demonstra o insucesso não apenas da versão imodesta, mas também da versão modesta da teoria de que a riqueza social é um componente de valor. Pois a história demonstra não apenas que um ganho de riqueza pode ser contrabalançado por perdas de utilidade, de justiça ou de alguma outra coisa. Demonstra que um ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras conseqüências, boas ou más, não é absolutamente um ganho.”

tical Legal Studies”, ou Teoria Crítica do Direito. Horkheimer (2003, pág. 45):

*Uma teoria que quisiera afirmar que La ciência moderna solo puede llevar en este sentido a previsions y no a predictions- y así se podría entender facilmente El artículo citado- cometeria de hecho um error. A lo que em última instância aspiran lãs ciências de La natureza, como toda ciência em general, ES justamente a lograr predictions. Los tipos abstractos, em El sentido de la prevision, son leyes y como tales tienen siempre, de acuerdo com su sentido, uma forma condicional. Dicen que siempre que se den em la realidad determinadas condiciones, deben sobrevenir determinados eventos.<sup>22</sup>*

Sobre essa linha, a Teoria aborda uma idéia de que o alcance principal do Direito encontra-se na transformação social e não exclusivamente na obtenção de riquezas. Para a efetivação dessas transformações o homem pode buscar a alteração de seu status quo. Assim, o sentido, ou atendimento da lei deverá ter por base e fundamento um sentido social, esse sim, verdadeiro valor a ser alcançado.

Noutro ponto, a crítica se permeia no que tange a impossibilidade de decisões racionais diante do complexo sistema social que vivemos. A grande teia de implicações originadas das decisões humanas e a inter-relação permanente dificultam que possamos atender como regra absoluta um conceito exclusivamente econômico ou de maximização de riquezas.

<sup>22</sup> Tradução livre: “Uma teoria que dizia que a ciência moderna só pode levar as previsões em dessa maneira e não as predicações, e, portanto, poderia facilmente entender o artigo citado- cometeria um erro de fato. O que almeja as Ciências da Natureza, como todas as ciências em geral, é precisamente tentar atingir as previsões. Tipos abstratos, no sentido da visão, são as leis e, como tal, são fornecidos, de acordo com seu significado condicionalmente. Dizem que sempre que ocorrer na realidade determinadas condições, deverem ocorrer determinados eventos.”

Importante frisar essa passagem de Claus-Wilhelm Canaris ( 1989, p. 21):

O primeiro óbice que se opõe ao formalismo reside na natureza histórico-cultural do direito. Numa conquista de escala histórica contra o jusracionalismo precedente, sabe-se que o direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao actual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade casual que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se apresenta; uma sua apreensão apriorística resulta impossível.

O segundo obstáculo reside na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos. Na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstracção e, como tal, marcada pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes, elas não comportam os elementos que lhe facultam acompanhar a diversidade de ocorrências, e daí, de soluções diferenciadas.

Ainda sobre o tema Luhman (1983, pág. 225):

A diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para resolução de problemas sociais específicos. As colocações de problemas relevantes modificam-se e são apuradas ao longo do desenvolvimento social, possibilitando diferencia-

ções crescentemente abstratas, condicionante e arriscadas em termos estruturais, como por exemplo sistemas não só de obtenção, mas também de distribuição de recursos econômicos não apenas para objetivos obrigatórios como criar filhos e defesa, mas também para objetivos optados como a pesquisa e até a pesquisa da pesquisa; não só para a educação mas também para a pedagogia, não só para o estabelecimento de decisões vinculativas, mas também para sua preparação política, não só para a justiça, mas também para a legislatura.

Importante registrar por oportuno, a crítica passível de colocação, acerca da tentativa da AED de utilizar como único método possível, o método econômico. Ao tentar adotar tal linha de modo exclusivo, peca o estudo, pois traz consigo o desmembramento de uma outra imensa gama de paradigmas que poderiam perfeitamente ser utilizados no âmbito das ciências jurídicas. Limita o estudioso da AED, a uma única forma de ver o Direito, o modo econômico. Como mencionaria Rosa e Linhares (2009, p. 88), transformar-se-ia o Direito em grandes “Shoppings Humanos”.

Sob esse ponto, torna-se importante frisar o pensamento de Kuhn acerca dos paradigmas (1962, p. 80):

*La determinación de los paradigmas compartidos no es, sin embargo, la determinación de reglas compartidas. Esto exige una segunda etapa, de un tipo algo diferente. Al emprenderla, El historiador deberá comparar los paradigmas de la comunidad unos con otros y con sus informes corrientes de investigación. Al hacerlo así, su objetivo es descubrir qué elementos aislables, explícitos o implícitos, pueden haber abstraído los*

*miembros de esa comunidad de sus paradigmas más globales, y empleado como reglas en sus investigaciones.*<sup>23</sup>

Cumpre trazer ainda os comentários do ganhador do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen, onde na obra “Desenvolvimento com Liberdade” desenvolve uma profícua e esclarecedora discussão acerca da possibilidade ou não da adoção das idéias utilitaristas nos fundamentos de justiça adotados em abordagens sobre a análise econômica do direito.

Importante ressaltar que a eficiência pretendida por Kaldor-Hicks se pauta numa visão de que as normas devem gerar o máximo de bem-estar coletivo para o máximo de pessoas, adotando-se ainda um critério de escolha que atenda a uma utilidade marginal. Na crítica a abordagem utilitarista, Amartya Sen informa que este cálculo tende a não levar em consideração desigualdades na distribuição da felicidade e que a abordagem utilitarista não atribui importância intrínseca a reivindicação de direitos e liberdades. Para Sen (2000, p.81): “É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassallos delirantes.”

Para o autor, fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade.

Complementa a abordagem, mencionando que mesmo numa comparação de utilidades baseadas num comportamento de escolha, seriam insuscetíveis de se fazer quando temos por base funções de demandas diversas, inviabilizando

---

<sup>23</sup> Tradução Livre: “A determinação dos paradigmas compartilhados não é, ao contrário, a determinação das regras compartilhadas. Isto exige uma segunda etapa, se um tipo diferente. Ao empreendê-la, o historiador deverá comparar os paradigmas da comunidade uns com os outros e com seus informes constantes de investigação. Ao fazê-lo assim, seu objetivo é descobrir que elementos aceitáveis, explícitos ou implícitos, podem ter abstraído dos membros dessa comunidade de seus paradigmas mais globais e empregado como regras em suas investigações.”

a visão de equilíbrio adotado por Pareto.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fruto do aprofundamento e de uma nova idéia de visão das ciências jurídicas, a Análise Econômica do Direito prega a aplicação em todas as suas vertentes do contexto econômico nas decisões, métodos e normas do Direito, pautando tal contexto numa pretensa racionalidade econômica e tendo como pano de fundo a tentativa de se adotar no contexto das relações jurídico-sociais uma pretensa eficiência ou maximização de riquezas.

A abordagem das diversas correntes que tratam sobre o tema, seja sob o viés utilitarista ou condão próprio do equilíbrio, pauta o método empregado na idéia de que o homem deverá agir como um ser essencialmente econômico “*homo economicus*” e suas decisões serão pautadas numa racionalidade que tenderá a levar a obtenção de uma eficiência social e econômica, chamado de maximização de riquezas. A maximização de riquezas seria o valor único do aplicador do Direito e suas decisões teriam como norteamento a tentativa de alcançar tais premissas.

Todavia, o Direito encontra-se envolto de uma teia imensa de situações e complexidades que em grande parte das situações tenderá a desconsiderar o sentido de eficiência meramente econômica, para pautar sua adoção em sentido desvirtuado de tal contexto ou se utilizando de outros valores que estariam postos a nossa disposição ou se encontrariam presentes naturalmente como “Direitos Fundamentais”, escapando da idéia de preservação exclusivamente econômica.

A crítica que se faz a adoção dos critérios de eficiência econômica postos pela Análise Econômica do Direito encontraria sua linha principal nessa impossibilidade de se adotar na sua integralidade a racionalidade econômica pretendida pela AED, seja pelo reconhecimento de valores outros que não os exclusivamente econômicos, seja pelo reconhecimento de que o Direito pode não apenas

se utilizar das regras econômicas, mas também de outros critérios que poderão perfeitamente se fazer presente nas abordagens das ciências jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ALVARÉZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, 2006.

BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. The history and methodology of law and economics. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 1.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, 1960.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. Berkeley: Addison Wesley Longman Inc., 2000.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica**. Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2003.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 2. ed. São Paulo: Editora Vunesp, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad**. Versão eletrônica, 2003.

MACKAAY, Ejan, **Economics of information and law**. Dordrecht: Kluwer, 1982.

MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo: uma análise econômica**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1999.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho**: uma reconstrucción teórica. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2000.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e sua causa. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

SPECTOR, Horacio. **Elementos de análisis econômico del derecho**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.