

O QUE SE ENTENDE POR “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”? UMA NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO TEÓRICA

Adrualdo de Lima Catão

Doutor em Direito pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Mestrado em Direito da UFAL e graduação em Direito da UFAL, CESMAC e UNIT. Coordenador do grupo de pesquisa “Pragmatismo Jurídico, Teorias da Justiça e Direitos Humanos”. Contato: adrualdocatao@gmail.com.

Mariana Oliveira de Melo Cavalcanti

Mestranda em Direito pela UFAL - Universidade Federal de Alagoas. LLM em Direito Empresarial pela FGV – Fundação Getúlio Vargas. Membro do grupo de pesquisa “Pragmatismo Jurídico, Teorias da Justiça e Direitos Humanos”. Contato: professoramarianamelo@gmail.com.

RESUMO

A despeito de sua popularidade, que acentuam os debates acerca do tema, a Análise Econômica do Direito ainda é uma corrente controversa no Brasil. Já referida na Suprema Corte brasileira, embora ainda cercada por diversos mitos, a AED sofre com a imprecisão semântica e metodológica em seu manejo. O presente artigo busca investigar a percepção desta corrente no Brasil e trazer maior rigor à sua aplicabilidade, concluindo, antes de tudo, pela necessidade de uma maior precisão teórica no emprego da ferramenta, distinguindo-a de um mero método hermenêutico de cunho consequencialista, mormente quando utilizada no contexto da ponderação entre normas.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Direito e Economia. Delimitação Teórica. Metodologia; Ponderação.

WHAT IS UNDERSTOOD BY “ECONOMIC ANALYSIS OF LAW”? A NECESSARY THEORETICAL DELIMITATION

ABSTRACT

Despite its popularity, which emphasizes the debates about the subject, the Economic Analysis of Law is still a controversial field in Brazil. Already mentioned in Brazilian Supreme Court, although it is still surrounded by several myths, the EAL (AED in Portuguese) suffers from the semantic and methodological imprecision in its usage. This paper aims to investigate the perception of this field in Brazil and bring a greater rigor to its applicability, which leads to the necessity of more theoretical precision when applying this tool, differing it from a mere hermeneutic method of consequentialist approach, particularly when used in the context of balancing norms.

Keywords: Economic Analysis of Law. Law and Economics. Theoretical Delimitation. Methodology; Balancing.

1 INTRODUÇÃO

A linha teórica conhecida como Direito e Economia (*Law and Economics*) ou Análise Econômica do Direito (AED) conquistou grande adesão no direito norteamericano, tendo também adquirido espaço em terras brasileiras. A ascensão da corrente, contudo, não foi imune a críticas, tendo sido até mesmo objeto de acalorada discussão no Supremo Tribunal Federal⁴⁰.

Se as críticas são esperadas e, sobretudo, desejáveis, a fim de testar a solidez das propostas formuladas por esta linha de conhecimento, bem como para oportunizar-lhe a correção de eventuais falhas, faz-se necessário, como primeira medida, entender a proposta trazida pela Análise Econômica do Direito.

José Vicente Santos de Mendonça e Thiago Cardoso Araújo, discorrendo sobre a discussão engendrada na Suprema Corte brasileira, entenderem serem três os principais problemas que interferem na percepção da AED no Brasil: (i) a visão da disciplina ainda é muito arraigada àquela propagada pela Escola de Chicago; (ii) existem problemas de tradução dos termos econômicos recepcionados pelo Direito, o que gera uma compreensão equivocada, por parte do jurista, sobre o que seria a Economia e sobre como funcionaria o seu diálogo com o ordenamento jurídico; e (iii) o sentimento messiânico, advindo de uma visão na qual a AED é a solução de todos os males⁴¹.

Buscando uma maior precisão conceitual, *The Future of Law and Economics* (“O Futuro do Direito e Economia”, 2016, ainda sem tradução brasileira), último livro publicado por Guido

⁴⁰ O debate se deu no julgamento da ADI nº 5.766, em que incidentalmente se discutiu a aplicabilidade da análise econômica do Direito para o trato da questão, assim como supostas “inclinações ideológicas” da abordagem. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a AED possuiria “matiz conservadora e de direita”. Para ele, certos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, não poderiam ser interpretados à luz da eficiência e do utilitarismo, como, em sua opinião, defenderia a corrente. Em resposta, o Ministro Luís Roberto Barroso disse que “a aritmética não é nem de esquerda nem de direita”, e que a matemática seria indiferente à ideologia. Segundo Barroso, não se trataria de optar por uma ideologia, mas, sim, de verificar custos individuais e sociais no sistema jurídico e, a partir daí, saber qual comportamento deveria ser incentivado. José Vicente Santos de Mendonça e Thiago Cardoso Araújo escreveram sobre o tema no periódico JOTA, com o artigo “O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 15 set 2018.

⁴¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil. **JOTA**. 01/06/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 15 set 2018.

Calabresi, um dos pioneiros no estudo desta abordagem, propõe a distinção entre os termos “Direito e Economia” (*Law and Economics*) e “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*), geralmente empregados de forma indistinta, inclusive neste trabalho.

“O que chamo de Análise Econômica do Direito” – diz Calabresi – “é o uso da teoria econômica para analisar o mundo jurídico⁴²”. Para ele, a “Análise Econômica do Direito” estaria próxima da visão de Bentham quanto este testou as leis e os comportamentos à luz do utilitarismo, descartando-os se aqueles não se enquadrassem neste, por serem “*nonsense* sobre palafitas”. Literalmente, Calabresi afirma que a “Análise Econômica do Direito”:

Examina esse mundo [o mundo jurídico] do ponto de vista da teoria econômica e, como resultado desse exame, confirma, lança dúvidas e freqüentemente busca a reforma da realidade jurídica. Com efeito, ele age como um lugar de Arquimedes para se colocar e sobre o qual se coloca uma alavanca, uma alavanca que permite que o estudioso, quando apropriado, defenda mudanças na realidade legal. Em seu modo mais agressivo e reformista, tendo olhado o mundo do ponto de vista da teoria econômica, se acha que o mundo jurídico não se encaixa, ele proclama que o mundo é “irracional”⁴³.

Salientando a importância de ambas, Calabresi diz, por outro lado, que o “Direito e Economia” começaria com uma aceitação agnóstica do mundo como ele é, como o jurista descreve ser. Depois, analisaria se a teoria econômica pode explicar esse mundo e, se não puder, em vez de descartar automaticamente esse mundo como irracional, faria duas perguntas: “A primeira é ‘os estudiosos do Direito estão descrevendo a realidade jurídica olhando para o mundo como ele realmente é’? ‘Ou há algo em seu modo de ver o mundo que os levou a descaracterizar essa realidade’?”⁴⁴

⁴² CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 02.

⁴³ Tradução livre de “it examines that world from the standpoint of economic theory and, as a result of that examination, confirms, casts doubt upon, and often seeks reform of legal reality. In effect, it acts as an Archimedean place to stand and upon which to place a lever, a lever that permits the scholar, when appropriate, to argue for change in that legal reality. In its most aggressive and reformist mode, having looked at the world from the standpoint of economic theory, if it finds that the legal world does not fit it, it proclaims that world to be ‘irrational’”. In: CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 03.

⁴⁴ Tradução livre de: “it then looks to whether economic theory can explain that world, that reality. And if it cannot, rather than automatically dismissing that world as irrational, it asks two questions. The first is, are the legal scholars who are describing the legal reality looking at the world as it really is? Or is there something in their way of seeing the world that has led them to mischaracterize that reality? In: CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 03.

2 O PAPEL DO JURISTA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Colocada a distinção nestes termos, se acentua o papel do jurista no *Direito e Economia*, que enfoca o Direito e as instituições legais como ponto central – e “é também porque a parte dos juristas nessa relação bilateral é desempenhada por juristas de todo tipo de persuasão ideológica⁴⁵”.

Ao ressaltar a neutralidade ideológica desta linha de pensamento, Calabresi já respondia uma das críticas do Ministro Ricardo Lewandowski. Se já teríamos dificuldades em conceituar o perfil ideológico da Escola de Chicago (conforme vimos, o suporte econômico da vertente mais difundida da L&E) em “esquerda” ou “direita” – afinal, a eleição de espectros desta natureza nos parece imprópria para rotular uma corrente de pensamento científico -, a inapropriedade desta crítica se afigura de forma ainda mais patente ao constataremos o crescimento da Análise Econômica do Direito com supedâneo em outras vertentes do pensamento econômico, a exemplo da Escola Austríaca⁴⁶.

Demais disso, a separação formulada por Calabresi remete à já tradicional secção entre a Análise Econômica do Direito positiva e normativa, sendo a primeira referente à ao método da escola como forma de mensuração das repercussões da decisão judicial e, portanto, de caráter descritivo (com foco no *ser*), e a segunda ligada à utilização da maximização de riqueza como um fundamento para uma teoria da Justiça, tendo um viés mais prescritivo (com ênfase no *dever-ser*) e, por isto, recebendo maiores críticas.

Sem prejuízo da utilização dos demais métodos hermenêuticos, a Análise Econômica do Direito é uma das lentes pelas quais se olhar para o Direito, enfatizando, no caso, as consequências, implicações e incentivos provocados pela norma jurídica geral ou concreta. O Direito imprescinde da realidade, pois é ela quem informará elementos essenciais à formação do convencimento do julgador. Atento a esta circunstância, Konrad Hesse diz ser essencial a consideração do cenário concreto para a manutenção da própria força normativa da Constituição:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 21.

⁴⁶ Cf. LEESON, Peter. An Austrian Approach to Law and Economics, with special reference to superstition. **The Review of Austrian Economics** (2012) 25: 185. <https://doi.org/10.1007/s11138-012-0179-3>.

concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição⁴⁷.

Se o intérprete constrói uma norma jurídica objetivando regular a realidade, não pode se olvidar que, a um só tempo, a norma também é por ela regulada, ao passo em que a elaboração normativa necessita, não raras vezes, extrair elementos externos à mera legislação para melhor promover o deslinde do caso.

Colocando nestes termos, poder-se-ia apressadamente concluir que o manejo das ferramentas próprias da Análise Econômica do Direito implicaria uma abertura do Direito a elementos extrajurídicos, o que é objeto de desacordo dos críticos mais puristas. Contudo, esta discordância não nos parece relevante por dois principais motivos. O primeiro deles é que a pretensão de completude do sistema jurídico nos parece um desiderato inócuo de blindagem do Direito contra influências externas, o que nem mesmo Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, pretendeu alcançar⁴⁸.

Nesse contexto, o próprio Direito promove sua abertura a elementos notoriamente ausentes de sua estrutura interna, como o clássico permissivo, encartado no art. 4º da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), para que o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito em caso de omissão legislativa.

O segundo ponto é que, atualmente, uma análise de cunho consequencialista – bastante próxima daquela sobre a qual ora nos debruçamos - transbordou a mera proposição doutrinária e jurisprudencial para ser objeto de positivação, sobretudo com o advento das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a já mencionada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

⁴⁷ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-136.

⁴⁸ A superação do equivocado crédito desta ideia a Kelsen pode ser superado desde a leitura das primeiras linhas de sua *Magnum Opus*: “Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-02).

Por meio do referido diploma legislativo, foram alterados quatro artigos da Lei que, dentre outros dispositivos, previu:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A LINDB é a norma geral orientadora da interpretação das demais e é equivocado considerar, de plano, que as recentes mudanças legislativas tenham incorporado ao texto legal a própria Análise Econômica do Direito, ou sequer que a ela correspondam. Em verdade, os novéis dispositivos vêm consignar o que seria dado a qualquer magistrado que tenha superado a Escola da Exegese: a necessidade de considerar as consequências práticas de suas decisões.

Pode-se vislumbrar, ainda, que a demanda legislativa por uma análise mais rigorosa do contexto prático seja uma reação ao abuso das argumentações abstratas, de superfície, com emprego indiscriminado de princípios jurídicos. Segundo Rückert, “demandas por leis claras costumam ser, ainda hoje, a primeira reação do povo e da política em relação a vários problemas”. E conclui: “Não por acaso, encontramos-nos hoje asfixiados por uma onda de reação legislativa que dificilmente se deixa dominar e ordenar por princípios⁴⁹”.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO MÉTODO

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito figura como um método de avaliação das consequências, não se confundindo com o utilitarismo, que se insere dentre as propostas teóricas morais e, para Tim Mulgan, seria hoje composto por consequencialismo (a moralidade promove valor) *mais* uma teoria do bem-estar (o valor é o bem humano agregado)⁵⁰.

Embora não se identifique com o utilitarismo, alguns pressupostos adotados pela Análise Econômica do Direito também são objeto de discussão, do que se depreende que seu âmbito de atuação, embora abrangente, não se demonstra irrestrito. Isto porque se, para o Direito, a abordagem estritamente analítica se revelou insuficiente, posto que desprovida de uma ética

⁴⁹ RÜCKERT, Joachim. **Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional**. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: Revista Direito GV, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018, p. 242.

⁵⁰ Apesar de haver outras vertentes utilitaristas e esta conclusão nem sempre ter sido verdade. (Cf. MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 203.

valorativa⁵¹, Posner, em um momento inicial – mais precisamente, em sua obra “A Economia da Justiça” (1983) -, tenta superar tal carência propondo a maximização de riqueza como um conceito ético.

Sendo assim, conforme expõe Bruno Salama, “as instituições jurídicopolíticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) deveriam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve(ria) promover a maximização da riqueza⁵²”, utilizando os instrumentos oriundos da Economia para realizar uma análise normativa, a qual se encontra imbuída de juízos de valor.

Entretanto, posteriormente, Posner mitiga essa abordagem radical, adotando uma postura mais voltada para o pragmatismo. Para ele:

[...] o pragmatismo jurídico não pode se resumir à abordagem econômica. O caráter libertário dessa abordagem torna inapropriada sua aplicação a esferas nas quais os valores redistributivistas gozem de uma unanimidade política e moral. Além disso, por funcionar bem apenas quando há uma concordância ao menos razoável quanto aos fins almejados, essa abordagem não pode ser usada para responder à questão de se, por exemplo, o aborto pode ser restringido; muito embora possa nos dizer algo, talvez muito, sobre a eficácia e as consequências de eventuais restrições.⁵³

Desta forma, ao identificar uma situação concreta e avaliar as possíveis consequências, através de uma atividade prognóstica amparada no arcabouço teórico fornecido pelo Direito e Economia, o aplicador realiza uma análise positiva, limitada à verificação do que “é”. Exemplo disto seria, por exemplo, a apresentação de dados em um estudo indicando se, por exemplo, a legalização do aborto levaria a uma diminuição na realização de tal procedimento ou à redução no número de óbitos das mulheres a ele submetidas.

Entretanto, se, neste mesmo estudo, o autor emitisse um juízo de valor, posicionando-se pela legalização do aborto e apontando-a como forma idônea a reduzir as consequências deletérias geradas pela realização de interrupções ilegais de gestação no Brasil, estar-se-ia diante de uma

⁵¹ Neste sentido, João Maurício Adeodato sustenta que “na postura descritiva ou efetivamente analítica, porém, há um claro problema ético, que é justamente a intenção de abster-se, na medida do possível, de quaisquer juízos de valor. Essa questão está presente em todas as ciências humanas, mas no direito, que trabalha justamente com prescrições (normas), torna-se crucial. O fato de se concentrar sobre um objeto normativo, porém, não faz o estudo do direito tornar-se necessariamente normativo. A dificultar o problema aparece a íntima relação entre direito, moral e política. O assunto é complexo, e sua discussão mais detalhada não cabe aqui”. *in* ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª Ed São Paulo: Saraiva, 2006, p.70-71.

⁵² SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia**. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf>. Acesso em: 03.ago 2018.

⁵³ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.427.

proposição normativa, encontrando, na consequência, o valor jurídico e moral determinante para a formulação legislativa.

Tal diferenciação remonta à ideia da “Guilhotina de Hume”, para a qual não é possível deduzir um enunciado prescritivo (dever-ser) apenas de uma proposição meramente factual (o que é), havendo uma distinção evidente entre o mundo fático (positivo) e valorativo (normativo).

Segundo Hume:

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes⁵⁴.

Apesar da abordagem estanque destas duas perspectivas seja infrutífera e remeta ao método analítico, a referida diferenciação se faz útil para compreender as possibilidades de aplicação da Análise Econômica do Direito, sendo elucidativa a observação de Ivo Gico Jr. ao afirmar que:

Independentemente da questão clássica acerca da possibilidade de a ciência ser ou não neutra, que não deve ser esquecida, parece-me relativamente simples perceber que, quando comparado com o grau de miscigenação entre fato e valor que ocorre no direito, a aplicação da Guilhotina de Hume, ainda que em termos pragmáticos, se não epistemológicos, representa um grande ganho em clareza de comunicação e estabelecimento de pontos de vista (mesmo se divergentes)⁵⁵.

Além disso, as análises normativa e positiva se encontram ao se considerar, na linha da corrente do Direito, Economia e Organizações, que as instituições e organizações (como, por exemplo, o próprio Poder Judiciário) são importantes à análise econômica, uma vez que podem interferir no próprio mercado e aumentar os custos de transação. Nesse sentido, Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn observam:

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo direito ao comportamento dos agentes econômicos⁵⁶.

⁵⁴ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2009, p. 509.

⁵⁵ TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15-16. Neste artigo, de Ivo Gico Jr., também pode se conferir uma elucidativa explicação a respeito da Guilhotina de Hume e sua aplicação nesta matéria.

⁵⁶ ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 03.

Feita esta breve comparação, e pontuada a existência de uma zona cinzenta, percebe-se que, inicialmente, Posner acatava, sem ressalvas, à dimensão normativa da Análise Econômica do Direito, tendo, nas obras subsequentes, deflacionado seu âmbito de atuação em face das questões políticas e morais, mas sem deixar de reconhecer sua importância para o Direito. Tal postura se deu em decorrência de severas críticas enfrentadas pela corrente, formuladas por teóricos como Ronald M. Dworkin, os quais questionavam a maximização de riqueza como fundamento da Justiça.

De fato, a maximização do “valor” riqueza como fundamento para uma teoria da Justiça e o pressuposto da “racionalidade econômica” do agente autointeressado (*homo oeconomicus*) ensejam questionamentos no âmbito da Ética, sobretudo em se tratando da Análise Econômica do Direito em sua faceta normativa. O primeiro aspecto – maximização da riqueza como fundamento normativo – foi objeto de emblemática crítica de Ronald Dworkin, o qual, em 1980, criticou duramente as proposições da “primeira fase” de Posner no artigo intitulado “*Is Wealth a Value?*” (É a Riqueza um Valor?), considerando “sem sentido” tal critério para embasar uma teoria normativa de Justiça. Argumenta Dworkin:

I did not argue that maximizing social wealth is only one among a number of plausible social goals, or is a mean, unattractive, or unpopular social goal. I argued that it makes no sense as a social goal, even as one among others. It is preposterous to suppose that social wealth is a component of social value, and implausible that social wealth is strongly instrumental towards a social goal because it promotes utility or some other component of social value better than would a weak instrumental theory⁵⁷.

Não obstante a controvertida proposta da maximização da riqueza e do eficientismo econômico presente nos primeiros trabalhos de Richard Posner, o pressuposto da escolha racional, erroneamente identificado como maximização do autointeresse, também é questionado por autores como Amartya Sen, que aponta, na economia moderna, “a aversão às análises normativas profundas e o desacaso pela influência das considerações éticas sobre a caracterização do comportamento humano real⁵⁸”. O economista indiano questiona:

Por que deveria ser *unicamente* racional empenhar-se pelo autointeresse excluindo todo o resto? Evidentemente, pode não ser de todo absurdo afirmar que a maximização do autointeresse não é

⁵⁷ Em tradução livre: “Eu não argumentei que a maximização da riqueza social é apenas um entre uma série de metas sociais plausíveis, ou é um objetivo social mesquinho, pouco atraente ou impopular. Argumentei que não faz sentido como um objetivo social, ainda que entre outros. É absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que o faria uma teoria instrumental fraca. DWORKIN, Ronald. “Is Wealth a Value?” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, **Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**. (Mar, 1980), p. 220.

⁵⁸ SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p.23.

irracional, pelo menos não necessariamente, mas asseverar que tudo o que não for maximização do autointeresse tem de ser irracional parece absolutamente insólito. A visão da racionalidade como autointeresse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação ‘relacionada à ética⁵⁹.

Igualar a noção de racionalidade à maximização do autointeresse é, de fato, uma tradição econômica potencialmente equivocada; entretanto, pode eventualmente servir como um dos parâmetros para se avaliar uma pluralidade de interesses, sobretudo diante da visão da norma como indutora de comportamentos, o que necessariamente demanda preocupação com as consequências.

Quanto a este ponto, Amartya Sen concorda que “a ética pode ganhar com raciocínios do tipo comumente usados em economia⁶⁰”, frisado que, embora considere um “descaso” considerar os direitos “como entidades puramente legais com uso instrumental, sem nenhum valor intrínseco, [...] uma formulação adequada de direitos e liberdade pode fazer bom uso do raciocínio consequencial do tipo tradicionalmente encontrado em economia⁶¹”.

No entanto, o mérito da maximização da riqueza como fundamento para uma teoria da Justiça e a proposição de variáveis para a Análise Econômica sobeja o tema deste trabalho, não sendo sequer, atualmente, ponto de unanimidade entre os próprios defensores da corrente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, consideramos imperiosa a transmissão de uma mensagem clara: ao mesmo tempo em que nem todo consequencialismo é utilitarista, nem toda análise de consequências é Análise Econômica do Direito. Em verdade, um dos grandes desafios da corrente é justamente procurar desmistificar a visão comum de que o argumento baseado em consequências seria, *per se*, aplicação da AED. Por esta razão, salientamos, outrora, que ver as alterações promovidas na LINDB como um reflexo direto para a Análise Econômica do Direito não seria de todo equivocado; todavia, sem dúvidas seria demasiado apressado.

Cabe aos teóricos da AED publicizarem as ferramentas sugeridas pelo uso do método que, a despeito dos inegáveis avanços no Brasil, tradicionalmente sofre rejeição nos países regidos pelo

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 26.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 87.

civil law por dez possíveis fatores elencados por Pargendler e Salama que, com extenso suporte bibliográfico, apontam as razões indicadas para esta aparente incompatibilidade: 1) a alegada singularidade da ideologia americana, 2) atitudes divergentes em relação a ciência e prática jurídicas no mundo civil, 3) a falta de habilidades em matemática e economia dos estudantes dos países de *civil law*, 4) as barreiras linguísticas e a inércia, 5) o poder comparativamente maior dos tribunais estadunidenses, 6) os diferentes incentivos dados aos professores de Direito, 7) o grau de protecionismo dos profissionais do Direito, 8) a má interpretação sobre o método comparativo, 9) diferenças culturais e até mesmo 10) a dominação marxista das faculdades econômicas⁶².

Um dos meios para desmistificar a Análise Econômica do Direito é justamente submetê-la, também, a maior rigor metodológico, a fim de que não se legitimem quaisquer conclusões sobre o prognóstico da aplicação de determinada norma jurídica. A título de exemplo, observe-se a natureza do consequencialismo engendrado por Basile Christopoulos:

Isto é, quando o Supremo Tribunal Federal decide uma questão, as pessoas tendem a conformar suas atitudes de acordo com ela. Se fora decidido que um determinado tributo é inconstitucional, as pessoas tendem a não pagar mais tal tributo, mesmo que a decisão não tenha efeito *erga omnes*. Da mesma forma, quando o Poder Judiciário passa a condenar o próprio poder público a fornecer remédios indistintamente, isso pode gerar problemas nas licitações realizadas pelo poder público, isso porque os distribuidores de remédios preferem vender os remédios ao preço que bem quiserem diante de uma decisão judicial que manda adquirir o medicamento em vinte e quatro horas, do que participar de um pregão onde o preço do medicamento poderia se reduzir consideravelmente⁶³.

Em primeiro lugar, da declaração de inconstitucionalidade de um tributo, mormente sem efeitos *erga omnes*, não decorre o fato de que “as pessoas tendem a não pagar mais tal tributo”. A uma porque é inverossímil acreditar que o cidadão comum acompanhe decisões prolatadas pelo STF em sede de controle concreto; a duas porque os maiores devedores do Fisco são pessoas jurídicas, cientes do risco do inadimplemento e da submissão a pesadas multas; a três porque o próprio Fisco, reiteradamente, desconsidera precedentes judiciais⁶⁴. Da hipótese descrita, a única repercussão viável seria deduzir um aumento da judicialização da matéria – e isto apenas sob uma ótica de incentivos, sem capacidade de mensuração.

⁶² PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. In: **São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP - Research Paper Series – Legal Studies - Paper n. 117.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

⁶³ CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública** – Estrutura, função e controle judicial. Maceió: Edufal, 2011, p. 152.

⁶⁴ A título de exemplo, basta confrontar a Solução de Consulta nº 99.101 da Receita Federal com a jurisprudência do STJ sobre a matéria.

O segundo argumento colocado seria o de que as condenações judiciais para o fornecimento de remédios pelo Poder Público poderiam gerar “problemas nas licitações”, “porque os distribuidores de remédios preferem vender os remédios ao preço que bem quiserem diante de uma decisão judicial que manda adquirir o medicamento em vinte e quatro horas, do que participar de um pregão onde o preço do medicamento poderia se reduzir consideravelmente”. Aqui, parece-nos que retirar, das liminares proferidas pelos juízes, a conclusão de que os fornecedores não mais irão participar de licitações é um salto hermenêutico, no mínimo, ousado.

Ocorre que o mercado de licitações públicas é concorrido e bastante regulado (sobre o tema, por exemplo, cabe ver o Acórdão TCU nº. 1.437/2007 – Plenário) e, mais uma vez, não há evidências empíricas que suportem as “consequências” imaginadas pelo autor. Definitivamente, um consequentialismo calcado meramente no discurso não pode ser confundido com a Análise Econômica do Direito, subsidiada, sempre que possível, pelas ferramentas de avaliação técnica oferecidas pela Economia.

O mesmo se pode dizer da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 407.688-8/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. No mérito da decisão, embora o Tribunal tenha entendido pela penhorabilidade do bem de família do fiador sob o fundamento principal de que não aceitar a penhora do bem de família do fiador romperia o equilíbrio de mercado, desestimulando a realização de contratos de locações e, conseqüentemente, afetando o direito à moradia, tal análise, embora consequentialista e, poderia ser contestada à luz da Análise Econômica do Direito, dado que se baseou em mera presunção, não se amparando em qualquer levantamento empírico. Se a ponderação deve ser objeto ordenação metodológica, a Análise Econômica do Direito, ferramenta capaz de auxiliar na atribuição de “pesos” e na eleição do princípio preponderante, também merece se submeter ao escrutínio do empirismo sempre que possível, rechaçando conclusões operadas por meio de meras deduções, suposições, ideologias ou opiniões.

Conforme se demonstrou, a concretização de princípios é um dos grandes desafios do constitucionalismo contemporâneo e, diante da inexistência de método mais eficaz, a solução para os conflitos normativos perpassa por um necessário sopesamento. A ponderação, de fato, encontra críticas e limitações; contudo, a pretexto de aboli-la, sem saber exatamente o que colocar em seu lugar, corre-se o risco de “jogar o bebê com a água do banho”: renegar os avanços na doutrina

constitucional e na hermenêutica contemporânea pela incapacidade de manejá-las com maior rigor metodológico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2ª Ed São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública** – Estrutura, função e controle judicial. Maceió: Edufal, 2011.

DWORKIN, Ronald. “Is Wealth a Value?” **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives. (Mar, 1980).

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2009.

LEESON, Peter. An Austrian Approach to Law and Economics, with special reference to superstition. **The Review of Austrian Economics** (2012) 25: 185.
<https://doi.org/10.1007/s11138-012-0179-3>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil. **JOTA**. 01/06/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 15 set 2018.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. In: **São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP - Research Paper Series – Legal Studies** - Paper n. 117. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RÜCKERT, Joachim. Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: **Revista Direito GV**, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia**. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf>. Acesso em: 03.ago 2018.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia** – Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.