

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: BREVES NOTAS

Economic Analysis of Law: Brief Notes

Luciano Benetti Timm ¹

RESUMO

A Análise Econômica do Direito constitui um importante campo de investigação no campo jurídico. Buscando contribuir com o tema, este artigo destaca elementos centrais da AED, seus principais conceitos e assinala uma ampla bibliografia nacional e estrangeira suficiente e necessária para fomentar novas pesquisas, notadamente no âmbito acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE

Método de análise do direito, análise econômica do Direito, Posner.

ABSTRACT

The Economic Analysis of the Law constitutes an important field of investigation in the legal field. Aiming to contribute to the theme, this article highlights central elements of the AED, its main concepts and indicates a large national and foreign bibliography sufficient and necessary to foster new research, especially in the academic field.

KEYWORDS

Law analysis method, economic analysis of Law, Posner.

SUMÁRIO: 1. A análise econômica do Direito (AED). 2. Bibliografia sobre o tema.
SUMMARY: 1. *The economic analysis of Law (AED).* 2. *Bibliography on the subject.*

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED) é um método de análise do Direito. Ela se vale de ferramentas da Ciência Econômica – fundamentalmente da Microeconomia, mas mais recentemente da Economia comportamental – para explicar o Direito e resolver problemas jurídicos a partir de “outro olhar da catedral” (para usar a metáfora do Prof. de Yale, Guido Calabresi – isto é, para além da dogmática jurídica, entendida essa como descrição lógico-sistemática do direito positivo.

Como em qualquer paradigma científico – como a Sociologia do Direito –, existem várias escolas, várias vertentes. Não há um único método, nem a forma correta de se trabalhar com as lentes analíticas da Economia aplicada ao Direito.

Assim como não se pode dizer que apenas Marx é Sociologia do Direito, não é

1 Advogado e árbitro. Mestre e Doutor em Direito na UFRGS. Pesquisador de Pós Doutorado no Departamento de Direito, Economia e Negócios, na Universidade de Berkeley, Califórnia. LLM em Direito Econômico Internacional, Warwick University. Certificado pelo IESE em Advanced Management Program. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia. Professor do Programa de Pós Graduação da UNISINOS/RS e da Graduação da FGVSP. ltimm@cmtlaw.com.br

só de Richard Posner que vive a Análise Econômica do Direito (AED). Como quem se propõe a trabalhar com o fato social como fenômeno jurídico e se valer de métodos cientificamente aceitos de observação e descrição da realidade poderá ser enquadrado como sociólogo jurídico, o mesmo vale para a AED.

Nesse sentido, em comum, os pesquisadores que trabalham com a AED partem do individualismo metodológico, embora os mais inclinados à análise neoinstitucionalista ressaltem também *racionalidade limitada* dos indivíduos, e os mais inclinados à psicologia comportamental aceitem a existência de diversos aspectos parcialmente irracionais. De todo modo, se aceita, como ponto de partida pelo menos, que o agente racional faça escolhas e que perceba as normas jurídicas como grandes mecanismos de “preço” (análise de “custo-benefício” no jargão econômico) para suas condutas. Essa racionalidade o fará escalonar preferências, evitando as condutas de maior “custo” (ou seja, fazer análises de “trade off” no jargão de AED). Não necessariamente a eficiência será o único valor do Direito – embora ele seja um princípio com previsão constitucional.

Outra característica da AED é ser um método consequencialista, isto é, em que o raciocínio jurídico, ou seja, a solução do caso, incorpora o efeito, a consequência da decisão na argumentação. Algo que, numa perspectiva estritamente dogmática de orientação kelseniana, por exemplo, poderia não fazer sentido. Nessa ótica, a norma jurídica incide independentemente de suas consequências econômico-sociais, sendo a eficácia da norma um problema externo ao direito.

No entanto, com a incorporação de valores e mesmo princípios no texto legal, passou a ser quase impossível que o juiz deixe de ponderar sobre consequências quando da solução de casos em disputa. Pense-se por exemplo na discussão sobre acesso a medicamentos sem ponderar os efeitos orçamentários, ou mesmo a concessão de tratamentos não contemplados (e portanto não custeados) no âmbito dos planos de saúde privados.

A AED, em grosseira síntese, tem fundamentalmente dois diferentes ângulos de estudo. O positivo – que trabalha com a tentativa de descrição da realidade – e o normativo – que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos. A AED positiva, então, esforça-se em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo custo das transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.

Sabe-se que a AED se iniciou nos Estados Unidos da América (EUA), país de *common law*. Como é sabido, o *common law* foi remotamente um direito costumeiro, mas que há séculos já se transformou em um sistema jurídico jurisprudencial, isto é, em que a regra jurídica é derivada de um precedente judicial. Além disso, os EUA têm sido palco de uma crescente codificação jurídica, e há quem defenda que o país esteja perdendo sua

característica de *common law* para se tornar um híbrido de *common law* e direito codificado.

Mesmo assim, o precedente continua sendo a principal fonte do direito. Por isso, o traço singular da operação jurídica naquele país é o do enquadramento dos fatos em disputa em precedentes judiciais já existentes; ou, então, a tentativa de dar um tratamento distinto do precedente, criando assim um novo precedente. Nesse sistema, a doutrina jurídica tem diminuto papel e imperam variações de realismo e pragmatismo jurídicos.

O esforço inicial da AED nos EUA foi então de demonstrar, para a verificação empírica de suas hipóteses teóricas, como o *common law* evoluíra de modo a promover a eficiência nas relações sociais. Ou seja, como o sistema de precedentes se desenvolveu espontaneamente de modo a reduzir custos sociais nas transações. A AED teria, dessa ótica, uma característica eminentemente descritiva.

No Brasil a AED pode contribuir para interpretar a lei posta, criticar julgados e sobretudo oferecer mecanismos de mensuração de novas leis a serem aprovadas pelo parlamento, como é o caso do Projeto de Código Comercial. Valendo-se da metodologia científica das Ciências Econômicas, podemos fazer testes, estudos empíricos, que permitem sair da ideologia. Ela permite um maior contato do jurista com o mundo real (para além da dogmática e do parnasianismo das normas jurídicas).

2. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Fernando. *Análise Económica do Direito*, Programa e guia de Estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

ARKELOF, George. *The Market for Lemmons: qualitative uncertainty and the market mechanism*. Quarterly Journal of Economics, vol. 84, p. 488 e ss., 1970.

ATTYAH, P. *"The rise and fall of the freedom of the contract"*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

BECKER, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

BECKER, Gary S.; BECKER, Guity Nashat. *The Economics of Life*. MacGraw Hill, 1996.

BUSCAGLIA Edgardo; RATLIFF, William. *Law and Economics in Developing Countries*. Hoover Institution Press, 2000.

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents*. Cambridge Yale University Press, 1972.

CALABRESI, Guido. *Liability rules, property rules: one view from the Cathedral*. Harvard Law Review, Vol.85, p.1089, April 1972

CALABRESI, Guido. *"Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,"* Yale Law Journal n. 70, 1961.

CARVALHO, Cristiano. *A Análise Económica do Direito Tributário*. In: Luís Eduardo Schoeuri. (Org.). *Direito Tributário. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo, Quartier

Latin, 2008.

CARVALHO, Cristiano. *Princípios e Consequências: A Teoria da Escolha Racional como critério de ponderação - introdução ao problema..* In: Eurico Marcos Diniz de Santi. (Org.). *Tributação e Processo*. São Paulo, Noeses, 2007

CARVALHO, Cristiano; MATTOS, E. J. *Entre Princípios e Regras: uma proposta de análise econômica no Direito Tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 157, 2008.

CASTELAR PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo, Campus, 2005.

CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil*. Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Organização: Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. São Paulo, Campus, 2005.

CALAMARI, John & PERILLO, Joseph. *"The Law of Contracts"*. 3ª. ed. St. Paul, West Publishing Co., 1987, p. 1.

CHEFFINS, Brian. *Company Law - theory, structure and operation*, New York, Oxford University Press, 2000.

COASE, R.H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

COOTER, Robert D. UELEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley, 2007, 5a ed.

COOTER, R., SCHAEFER, B. *Direito e Desenvolvimento: qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento*. Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG) . , v.10, 72, 2007.

CRASWELL, Richard. Freedom of Contract. *Chicago Lectures in Law and Economics*. Edited by Eric Posner. Chicago, Foundation Press, 2000.

DE SOTO, Hernando. *The Mystery of Capital*. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else. Basic Books, 2000.

EASTERBROOK, Frank. Fischel, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

EPSTEIN, Richard. *Transaction Costs and Property Rights: Or do Good Fences make Good Neighbours?* Chicago Lectures in Law and Economics. Edited by Eric Posner. Foundation Press, 2000.

FARNSWORTH, Ward. *The Legal Analyst*. Chicago, The University of Chicago Press, 2007.

FARREL, Martín Diego. *Utilitarismo, liberalismo y democracia*. Buenos Aires, Fontamara, 1997.

FRIED. Charles. *"Contract as promise"*. Cambridge, Harvard University Press, 1981.

FRIEDMAN, David. D. Law's Order. *What Economics has to do with Law and Why it matters*. Princeton, Princeton University Press, 2000.

GALDINO, Flávio. *Introdução ao Custo dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GILMORE, Grant. *"The death of contract"*. Columbus, Ohio State University Press, 1995.

- HANSMANN, Henri. *The ownership of enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- HANSMANN, Henri. KRAAKMAN, Reiner et alli. *The anatomy of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- HARRISON, Jeffrey L. *Law and Economics in a Nutshell*. West Publishing co, 1995.
- HAUSER, Marc D. Moral Minds. *The Nature of Right and Wrong*. Harper, 2006.
- HAYEK, Friedrich A. *Individualism and Economic Order*. Chicago, The University of Chicago Press, 1980.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*. Journal of Legal Studies 32. The University of Chicago, 2003.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*. Journal of Legal Studies, vol. XXIX. The University of Chicago, 2000.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Rational Judicial Behavior: A Statistical Study*. John M. Olin Law & Economics working paper n. 404 (2d series). The University of Chicago, 2008. SSRN-id1126403[1]
- MACNEIL, Ian. "Reflections on Relational Contract theory after neo-classical seminar". In "Implicit dimensions of contract". Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 207-218; seguido por SPEIDEL, Richard. "The characteristics and challenges of relational contracts". In Northwestern Law Review, 2000, p. 823.
- MACKAY, Ejan; Rousseau, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. Paris, Dalloz, 2008.
- MALLOY, Robin Paul. *Law and Market Economy*. Reinterpreting the Values of Law and Economics. Cambridge University Press, 2000.
- MATTOS, Paulo (coord.) *Regulação Econômica e Democracia*. O debate norte-americano. Editora 34, 2004.
- MILHAUPT, Curtis J. PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism*. Chicago, The University of Chicago Press, 2008.
- NORTH, Douglass C. *Custos de Transação, instituições e Desempenho Econômico*. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 2002.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*. From Posner to Post-Modernist and Beyond. Princeton, Princeton University Press, 2006.
- PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford, 2005.
- PICKER, Randall C. *An Introduction to Game Theory and the Law*. Chicago Lectures in Law and Economics. Edited by Eric Posner. Foundation Press, 2000.
- PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Prentice Hall, 2005, 7a ed.

- POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Aspen, 2003, 3a ed.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Law, 2005, 8a ed.
- POSNER, Richard A. *Economics of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1983.
- POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge, Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.
- RODRIGUEZ, Vasco. *Análise Económica do Direito*. Uma introdução. Coimbra, Almedina, 2007.
- ROPPO. "O contrato". Coimbra, Almedina, 1988.
- SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Foundation Press, 2004.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- SHAVELL, Steven; KAPLOW, Louis. *Decision Analysis, Game Theory and Information*. Foundation Press, 2004.
- SHAVELL, Steven; KAPLOW, Louis. *Microeconomics*. Foundation Press, 2004.
- SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Tradução de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.
- SPECTOR, Horacio (compilador). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires, Rubinzal Cunjzoni, s/d.
- SUNSTEIN, Cass R. (Editor) *Behavioral Law & Economics*. Cambridge, 2000.
- SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Revista de Direito Mercantil, vol. 144. Malheiros, out. dez. de 2006.
- SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil*. Revista de Direito Privado, 22. RT, 2005.
- SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Organização: Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Campus, 2005.
- TIMM, Luciano. "Direito e Economia no Brasil". São Paulo: Atlas, 2014.
- TREBILCOCK, Michael J. "The limits of Freedom of Contract". Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1994.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics Institutions of Capitalism*. Free Press, 1985.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics of Transaction Costs*. Elgar, 1999.
- YAZBEK, Otavio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. 2. ed., São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2008.