

BRUNO MEYERHOF SALAMA

ESTUDOS EM
DIREITO &
ECONOMIA

MICRO, MACRO E DESENVOLVIMENTO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Salama, Bruno Meyerhof

Estudos em direito & economia [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. -- 1. ed. -- Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

2,7 MB ; PDF

ISBN: 978-85-92988-02-9

1. Direito e economia 2. Direito administrativo - Brasil 3. Direito econômico – Brasil 4. Macroeconomia I. Título.

17-06416

CDU-34:33 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito e economia 34:33 (81)

O presente livro é distribuído gratuita e exclusivamente *on-line*, sendo que o autor mantém todos seus direitos autorais morais quanto ao conteúdo da obra.

É permitida a reprodução do material para fins pessoais e didáticos, desde que citada a fonte original, sendo expressamente vedada a reprodução que tenha intuito comercial.

Julho de 2017.

BRUNO MEYERHOF SALAMA

**ESTUDOS EM DIREITO & ECONOMIA: MICRO, MACRO E
DESENVOLVIMENTO**

1ª edição

Curitiba

Editora Virtual Gratuita – EVG

2017

Sobre o autor

Bruno Meyerhof Salama é professor da FGV Direito SP, onde dirige o Núcleo de Direito, Economia e Governança, e professor visitante na Universidade da Califórnia em Berkeley. É mestre (LLM) e doutor (JSD) em direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley, mestre em economia pela FGV/EESP e bacharel pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Câmara de Arbitragem da Bovespa (CAM). Integrou o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro nacional (CRSFN). Foi professor visitante na Faculdade de Direito Universidade de Columbia em Nova Iorque e pesquisador visitante na Faculdade de Economia da Universidade de Hamburgo na Alemanha. É autor de diversas obras publicadas no Brasil e no exterior, inclusive "Líderes improváveis: A batalha dos países em desenvolvimento pelo acesso a medicamentos patenteados" (Ed. FGV, 2017) e "O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil" (Ed. Malheiros, 2014).

Prefácio

Em 2007, recém-chegado ao Brasil, recebi de Ary Oswaldo Mattos Filho a incumbência de criar um curso de Direito e Economia como disciplina obrigatória na graduação em direito. A tarefa parecia difícil: não apenas por conta da minha pouca experiência no magistério (embora eu tivesse, durante o doutorado nos Estados Unidos, lecionado como *teacher assistant* no curso de Law & Economics de Daniel Ingberman), mas principalmente porque eu temia encontrar muita resistência, tanto entre os alunos quanto entre colegas docentes, de dentro e de fora da FGV.

Passados dez anos, já é possível fazer um pequeno balanço. Ninguém faz nada na vida sem dar uns tantos murros em ponta de faca; eu obviamente não sou nenhuma exceção. Mas a resistência que encontrei parece ter sido, no fim das contas, baixa. Os motivos são diversos. A interação entre o direito e a economia é, no mínimo, interessante, e seu estudo é prazeroso (ainda que árduo). As conclusões disponíveis na literatura internacional sobre o tema são instigantes. O número de estudiosos brasileiros dedicados à matéria é crescente. A cultura brasileira é bastante aberta e pouco afeita a dogmatismos. A interdisciplinaridade está na moda.

E há mais: os tribunais brasileiros estão hoje sedentos por análises sobre os impactos de decisões. É fácil entender o porquê. Quer se goste ou não, o Poder Judiciário brasileiro hoje saiu da periferia e passou ao centro do arranjo político. Sintomaticamente, a carga política das decisões judiciais aumentou. E, assim sendo, aumentou também a preocupação dos magistrados com as consequências e os incentivos gerados pelos precedentes.

É nesse ponto – no âmbito das preocupações pragmáticas – que no cenário brasileiro se descortina a conveniência dos estudos que conjugam saberes do direito e da economia. Refletindo sobre essas ideias – quando já em 2014 publiquei um livro mais longo (*O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia*, São Paulo, Ed. Malheiros) – eu dizia que minha missão seria a de produzir trabalhos pragmáticos. E então, à ocasião, pus-me a refletir:



“o que é ser pragmático *no Brasil*? Aqui, ser pragmático é também ser sincretista. Não somos um país de fundamentalismos, e está no DNA da nossa cultura aceitar seletivamente o que vem de fora, digerindo e adaptando. Se formos dar realmente certo enquanto país, será assim: hemos de preservar a tradição jurídica (da qual somos tributários) segundo a qual o Estado de Direito requer que todas as ações possam ser justificadas com base em um texto de lei; mas os mecanismos institucionais e os métodos interpretativos e retóricos que permitirão adaptar esse monumental legado histórico à busca pela justiça, pela efetividade concreta do Direito e pela eficiência econômica terão que ser gestados com o emblema da nossa identidade nacional” (p. 45).

Lecionar e escrever sobre Direito e Economia no Brasil me forçou, assim, a pensar em como seria possível aproveitar uma matriz de pensamento gestada nos Estados Unidos, adaptando-a ao Brasil, e tornando-a útil no âmbito dos nossos debates. O conjunto de artigos trazidos aqui, selecionados por Eduardo Mattos, reflete uma parte importante daquilo que modestamente pude fazer.

O primeiro texto, *O que é pesquisa em Direito & Economia?*, foi escrito para ser o texto de leitura inicial do curso de Direito e Economia na graduação. Seu propósito foi o de desmistificar um tanto das confusões que cercam a composição desses dois saberes, e mostrar qual seria, em princípio, o caminho para seu estudo conjugado. Alegro-me saber que esse texto acabou sendo posteriormente incorporado como leitura introdutória em diversos dos cursos de Direito e Economia que foram rapidamente surgindo no Brasil.

O segundo texto, *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*, decorreu do meu interesse pela altamente polêmica tese de Posner de que *o direito deveria ser eficiente*. O objetivo foi desmontar, tijolo a tijolo, cada um dos elementos dessa curiosa e provocadora teoria.

Adiante, em *Sete enigmas do desenvolvimento Douglass North*, busquei compreender, a partir da leitura e síntese da obra de North, as possibilidades e os limites do uso do pensar jurídico como ferramenta de desenvolvimento. Ali deparei-me, então, com um problema duríssimo: o que é, afinal, o desenvolvimento? A tese de



North merece no mínimo ser compreendida; seu poder descritivo e explicativo da realidade de um país como o nosso é enorme.

A Arte do Direito e Macroeconomia, o quarto texto aqui incluído, é uma tradução feita pelo próprio Eduardo Mattos para inclusão na presente coletânea. Essa versão em português é, portanto, inédita. O original em inglês (*The Art of Law and Economics*, University of Pittsburgh Law Review, v. 74, 2012) foi escrito para prognosticar uma tendência no campo dos debates em direito e economia, e, também, para formular um problema. São preocupações que estão na minha agenda de trabalho atual. Por isso, dedico-lhes um pouco mais de espaço neste prefácio.

Meu argumento inicial em *A Arte do Direito e Macroeconomia* foi o de que crise de 2008 mudaria em parte os rumos da *law and economics*. Essa crise poria os estudiosos da *law and economics* inevitavelmente diante da necessidade de discutir questões que até então estavam escondidas embaixo do tapete: o funcionamento do sistema financeiro; os problemas ligados à moeda; e as próprias fundações macroeconômicas das análises relativamente esquemáticas que haviam caracterizado a *law and economics* durante as décadas anteriores.

Entenda-se: tradicionalmente, o pensar em Direito e Economia pouco esteve interessado em temas como moeda e mercados. Seu foco, ao contrário, sempre esteve na escolha racional. Se alguém aumentar as penas, isso induzirá queda no nível de criminalidade? Como induzir as empresas (e as pessoas) a investirem otimamente em precaução de acidentes? Como as partes reagirão no processo judicial a uma mudança de regra? O reino dos céus prometido pela *law and economics* estava na discussão de incentivos.

E onde estava a grande controvérsia? Principalmente na discussão dos limites do pensar econômico no debate jurídico. O problema sempre foi o de que a análise econômica do direito se preocupava com os efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento, em vez de tomar como ponto de partida a justiça dessas regras. Isso sempre incomodou os juristas, e é compreensível que assim tenha sido.

De qualquer forma, até a crise de 2008 pouco se questionou (pelo menos nos círculos de debate da *law economics*) o raciocínio econômico em si. O problema



estava sempre na interação da economia com o direito. A economia era apresentada como um pensar pouco problemático (e, justamente por isso, útil). A previsão de *A Arte do Direito e Macroeconomia* foi a de que isso iria mudar à medida que novas questões ligadas ao funcionamento dos mercados financeiros iam sendo incorporadas ao debate.

Nesses casos, um novo problema iria surgir: a que pensamento econômico recorrer? A utilidade do pensar econômico no debate jurídico estava justamente no fato de que ideias como incentivos, escolhas e escassez são relativamente robustas e também bastante intuitivas. Mas quando se passa a problemas macro – especialmente estabilidade financeira, o novo “favorito” da literatura – os consensos são poucos.

Minha resposta articulada naquele mesmo *paper* foi a de que a discussão em *direito e macroeconomia* seria menos proveitosa se ligada a noções de “ciência econômica”, e mais frutífera se ligada a problemas aplicados – isto é, retomando uma velha expressão, se ligada à chamada “arte da economia”.

Tive a oportunidade de desenvolver essa ideia em dois trabalhos posteriores. São eles: *Spread Bancário e Enforcement Contratual: Hipótese de Causalidade Reversa e Evidência Empírica* (a ser publicado na Revista Brasileira de Economia, Vol. 71, 2017), e *Contingent judicial deference: theory and application to usury laws, 2017* (co-autorado com o Bernardo Guimarães, atualmente como working paper). Esses trabalhos (especialmente o segundo) têm uma densidade matemática maior, e ainda estão, a rigor, inéditos (embora estejam disponíveis na internet). Por isso, optou-se por deixá-los de fora desta coletânea.

O último texto aqui incluído é *Direito e Consequência: em busca de um discurso sobre o método*. Dos textos desta coletânea, é único redigido em coautoria (com Mariana Pargendler). As preocupações que nos puseram em marcha para aquele projeto foram: por que as pessoas se interessam no Brasil de hoje por análise econômica do direito? E para que serve afinal o pensamento econômico no discurso jurídico?



Não resisto a contar ao leitor, desde logo, nossas respostas. O interesse pela análise econômica surge no Brasil de hoje porque quando o estado se põe a regular, intervir e (pretensamente, pelo menos) melhorar o mundo, a lei passa ser vista como um instrumento de indução de comportamento; não mais, apenas, como uma cristalização normativa de intuições de justiça e humanidade. E para pensar instrumentalmente, não há escapatória: estamos condenados a ponderar sobre repercussões e consequências. Daí a utilidade e a demanda pelo pensar econômico também na atividade judicial.

E então, nesse contexto do estado regulatório, para que serve a economia no discurso jurídico? Para melhor aplicar o direito. No estado regulatório – esse mesmo que, para o bem e para o mal, está formalizado na Constituição de 1988 – aplicar o direito exige não apenas averiguar fatos pretéritos para determinar a incidência de regras, mas também realizar juízos probabilísticos sobre eventos futuros a fim de concretizar os fins jurídicos consubstanciados em princípios de direito. Nem sempre dá certo. As consequências são mesmo esse diabo.

* * *

Eu não me engano. Ter um livro gentilmente organizado por um jovem estudioso contendo alguns dos meus textos é bastante honroso. Mas as coisas que faço carregam o traço da modéstia, da gratidão e do senso de proporção. Estamos todos sentados em ombros de gigantes, não é mesmo? Por isso, eu bem que queria dedicar essa obra aos meus mestres. Queria mesmo... Mas em vez disso,

com amor, dedico à minha filha, Noa Isabel.

17 de maio de 2017

Bruno Meyerhof Salama



SUMÁRIO

O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?	11
A HISTÓRIA DO DECLÍNIO E QUEDA DO EFICIENTISMO NA OBRA DE RICHARD POSNER	60
SETE ENIGMAS DO DESENVOLVIMENTO EM DOUGLASS NORTH.....	100
A ARTE DO DIREITO E MACROECONOMIA.....	145
DIREITO E CONSEQUÊNCIA: EM BUSCA DE UM DISCURSO SOBRE O MÉTODO	202

O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?

Originalmente publicado como artigo em *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 4-58, 2008.

Índice:

Apresentação

I. Introdução

II. Direito e Economia Positivo

- (A) Reducionismo, explicação e predição
- (B) Escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência
- (C) Análise positiva, meios e fins

III. Direito e Economia Normativo

- (A) Versão fundacional
- (B) Versão pragmática
- (C) Versão regulatória

IV. Conclusão



O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?

Apresentação

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade.¹ Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo.² Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.³ Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.⁴

Em meio à turbulência, nas últimas décadas este diálogo tornou-se fértil. A partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições. No Brasil esta disciplina

¹ Na obra clássica de John Rawls: "Um certo consenso nas concepções da justiça não é, todavia, o único pré-requisito para uma comunidade humana viável. Há outros problemas sociais fundamentais, em particular os de coordenação, eficiência e estabilidade". RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

² Sobre o assunto vide COOTER, Robert. "The Confluence of Justice and Efficiency in Economic Analysis of Law" in PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles (eds.) *The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers*, Edward Elgar Publishing, Inc., 2005, pp. 222-240.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo, Ed. Método, 2006, p. 271.

⁴ Hayek notou que "embora o problema de se buscar uma ordem social apropriada seja estudado sob os ângulos da economia, do direito, da ciência política, da sociologia e da ética, tal problema somente pode ser tratado adequadamente como um todo. [...] Em nenhum campo a divisão entre especialidades é mais destrutiva do que entre as duas mais antigas destas disciplinas, a economia e o direito." HAYEK, Friedrich A. Von. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973, vol. I, p.4.



tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”. Neste texto, utilizarei a primeira expressão.

O objetivo deste trabalho é o de descrever a epistemologia da disciplina de Direito e Economia para que se possa pautar o debate e esboçar uma agenda de pesquisa. Eu gostaria de começar desmistificado uma visão equivocada do que seja essa epistemologia. Uma parcela considerável dos estudantes, profissionais e pesquisadores do Direito que tenham qualquer nível de familiaridade com o Direito e Economia acredita que a disciplina se proponha a dar respostas definitivas para dilemas normativos. Estas pessoas acreditam, erradamente, que a disciplina contenha um conjunto de predicados do tipo “receitas de bolo” que conduzam necessariamente a modelos do tipo “juízes e legisladores devem adotar a regra X na situação Y porque esta é a solução eficiente e correta para o problema Z”. Guido Calabresi já há muito observou, corretamente, que a hipótese de que o Direito e Economia possa dar as respostas definitivas para os dilemas normativos é “ridícula”.⁵

Há um segundo mito que precisa ser rejeitado desde logo. Trata-se da ideia de que a disciplina de Direito e Economia se limita à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas. Essa ideia também não é verdadeira. Anthony Ogus já notou que a obsessão com essa questão desvia a atenção do estudioso da existência de um outro nível de análise na que é meramente descritivo/explicativo da realidade jurídica e que, portanto, não se relaciona diretamente com essa discussão do papel da eficiência na formulação do dever-ser jurídico.⁶

Ao longo deste texto vou ressaltar o fato de que a disciplina serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas. Aqui me afasto tanto da visão do Direito e Economia como um conjunto de receitas de bolo (que é ridícula) quanto da visão de que a

⁵ CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics” *Journal of Legal Education* v. 33, 1983, p. 363.

⁶ OGUS, Anthony. “What Legal Scholars can Learn from Law and Economics”. *Chicago Kent Law Review*, v. 79, n.2, 2004, p. 383.



discussão sobre eficiência seja irrelevante para o Direito (que é míope porque a construção normativa não pode estar isolada de suas consequências práticas).⁷

Este trabalho está dividido em quatro seções. A seção I trará notas introdutórias sobre a epistemologia da disciplina, e tem por objetivo situar o Direito e Economia no contexto das disciplinas jurídicas. A seção II enfocará a epistemologia da dimensão descritiva da disciplina, o chamado “Direito e Economia Positivo”. Iniciarei com a discussão do argumento de que a microeconomia é útil para a análise do Direito para mostrarei que este argumento possui três versões distintas: (a) uma versão “reducionista” (pouco proveitosa, porque reduz o Direito à Economia), (b) uma versão “explicativa” (baseada na hipótese de que a Economia possa explicar o Direito, ou, num enquadramento mais moderado, que a Economia possa explicar parte do Direito) e (c) uma a versão “preditiva” (que enfatiza a utilidade da Economia para o estudo das consequências das instituições jurídico-políticas e da interpretação dos textos legais). Segue-se então uma explanação sobre cinco conceitos centrais para a análise em Direito e Economia Positivo, a saber, (a) escassez, (b) maximização racional, (c) equilíbrio, (d) incentivos e (e) eficiência. A seção II é concluída com notas sobre a utilidade do Direito e Economia Positivo para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos.

A seção III examina a comunicação entre os conceitos de eficiência e justiça. Partirei da ideia de que haja pontos de contato entre os dois conceitos porque muitas das nossas intuições sobre noções de justiça poderiam ser igualmente explicadas sob a ótica da busca pela eficiência. Os exemplos vão desde “não roubarás” até “a punição deve ser proporcional ao crime”, que são, em geral, regras eficientes e justas também. Isso quer dizer que é comum que a solução eficiente seja também justa, se bem que nem sempre ocorra desta forma. Dessa ideia decorre outra: a análise dos incentivos postos pela legislação é onde começa a discussão do justo; não onde ela acaba. A questão não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão da

⁷ A própria Constituição reconhece em diversos artigos a importância de se atentar para a eficiência no trato das questões públicas, e reconhece também a importância de se promover o bem-estar e o desenvolvimento econômico e social (que são temas intimamente ligados aos problemas de eficiência).



eficiência na discussão do justo. Para organizar as ideias, discuto três versões do argumento de que a eficiência e justiça se comunicam às quais dou o nome de (a) versão “fundacional” (identificada com os primeiros trabalhos de Richard Posner), (b) versão “pragmática” (identificada com a fase madura de Posner) e, finalmente, (c) versão “regulatória” (identificada com a obra de Guido Calabresi).

A seção IV contém notas sobre a introdução da disciplina de Direito e Economia no currículo das faculdades de Direito brasileiras e sugere uma agenda de pesquisa em Direito e Economia para o país.

I. Introdução

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas.⁸ Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.⁹ Para Nicholas Mercurio e Steven Medema, trata-se da “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”.¹⁰

⁸ Aqui tomo o termo “instituição” no sentido empregado por Douglass North segundo o qual as instituições “são as regras do jogo em uma sociedade, ou, mais precisamente, são as restrições que moldam as interações humanas... [sendo] perfeitamente análogas às regras do jogo em uma competição esportiva” (NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, pp. 3-4). Isso quer dizer que as instituições compreendem tanto as regras formais (Constituição, leis ordinárias, etc.) quanto as regras informais (normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, etc.) que pautam a atuação dos diversos indivíduos e entes sociais (inclusive empresas, consumidores, sindicatos, órgãos de imprensa, ONGs, igrejas, escolas, congressistas, juízes, partidos políticos, funcionários públicos, etc.).

⁹ POSNER, Richard A. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

¹⁰ MERCURIO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3.



É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.

Por ser a ciência “instrumental por excelência”,¹¹ a Economia é uma poderosa ferramenta para analisar um vasto conjunto de temas. Mas até algumas décadas atrás, sua interface com o Direito estava confinada a um pequeno grupo de questões, especialmente antitruste, regulação de mercados e cálculo de danos monetários. A originalidade da disciplina de Direito e Economia esteve em estender o ferramental analítico da Economia às mais diversas áreas do conhecimento jurídico, inclusive direitos de propriedade, contratos, responsabilização civil, responsabilização penal, direito societário, dentre muitas outras.

A ideia de concatenar os estudos de Direito e de Economia é, naturalmente, bem mais antiga do que a disciplina de Direito e Economia.¹² É que aqui tomo a expressão “Direito e Economia” como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da *Law and Economics*.¹³ A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “*Law and Economics*”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha,

¹¹ POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, p. 15.

¹² Desde Adam Smith, Thomas Malthus, e Karl Marx, a economia política já se vem ocupando da análise dos institutos jurídicos sob a ótica econômica. Para um apanhado histórico sucinto, vide por exemplo MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics* in Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0200 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com>).

¹³ Como observa Cristiane de Oliveira Coelho, “identificar qual a teoria econômica que melhor reflete o núcleo central do Law & Economics não é tarefa fácil. A maioria dos pesquisadores que se debruçam atualmente sobre o tema prefere não entrar nesse debate, contentando-se em apresentação a Análise Econômica do Direito como uma escola eclética, que comportaria diversas tradições”, in “A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico” (maio de 2007), Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Paper 050107-10.

e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*.¹⁴ Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise Económica do Direito*.¹⁵ Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*).¹⁶

A disciplina de Direito e Economia origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico.¹⁷ A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que posteriormente se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito principalmente através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – no fundo, apenas uma pequena parte – do temário da disciplina de Direito e Economia.¹⁸ Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite.

A segunda tradição central à disciplina de Direito e Economia, o realismo jurídico, surge nas faculdades de direito norte-americanas¹⁹ e escandinavas²⁰ na

¹⁴ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 6ª Ed., 2003.

¹⁵ Em Portugal, a Análise Econômica do Direito está ainda pouco desenvolvida, particularmente quando se faz uma comparação com o estágio de desenvolvimento da disciplina na Espanha. Cf. Online Encyclopedia of Law & Economics (<http://users.ugent.be/~gdegeest/tablebib.htm>) items 0365 (Portugal) e 0385 (Espanha).

¹⁶ KIRAT, Thierry. *Economie du droit*, Paris : La Découverte, Collection Repères, 1999.

¹⁷ KITCH, Edmund W. “The Intellectual Foundations of ‘Law and Economics’”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 184.

¹⁸ É interessante notar que o primeiro programa de Direito e Economia de que se tem notícia (criado no fim dos anos 1950 na Universidade de Chicago nos Estados Unidos por Aaron Director) derivou justamente do projeto de pesquisa em antitruste que ocorria naquela escola. MERCURO, *supra* n. 10, p. 53.

¹⁹ Vide por exemplos os clássicos LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962; FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York:



primeira metade do século XX. O projeto acadêmico dos realistas jurídicos era o de estudar as leis como elas de fato funcionavam, ao invés das leis conforme previstas nos códigos e livros. Do realismo jurídico advém a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, de modo a procurar entender as motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a formulação e aplicação do Direito.²¹

De disciplinas com temário e metodologias tão variadas como a economia política e o realismo jurídico, não poderia surgir disciplina outra, que não uma com metodologia e temário também bastante variados. A Enciclopédia Virtual de Direito e Economia (*Online Encyclopedia of Law & Economics*, de acesso aberto no website <http://encyclo.findlaw.com>) distingue detidamente diversas vertentes do movimento de Direito e Economia: a Escola de Chicago, a Escola de New Haven, a Escola Austríaca, a Escola Institucionalista e a Escola Neo-Institucionalista. Há ainda outras vertentes que não constituem necessariamente outras “escolas” mas que complementam algumas das já mencionadas, tais como campo do Direito, Economia e Desenvolvimento; a Teoria dos Jogos aplicada ao Direito; o Direito e Economia Comparado; o Direito e Economia Experimental; o campo do Direito, Economia e Antropologia; e o Direito e Economia Comportamental. Com algum esforço e pesquisa, acredito que seria possível encontrar ainda outras vertentes.²² Assim sendo, neste trabalho enfocarei linhas predominantes e relativamente influentes dentre esses movimentos e deixarei de fora a pormenorização dos pontos de contenção.

Tudor, 1935; e COHEN, Felix S. *The Legal Conscience: Selected Papers*. New Haven: Yale University Press, 1960.

²⁰ Vide ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003.

²¹ Os realistas estavam particularmente interessados na antropologia e sociologia. Um exemplo clássico é *The Cheyenne Way*, publicada em 1941 conjuntamente pelo jurista Llewellyn e pelo antropólogo Hoebel (LLEWELLYN, Karl e HOEBEL, E. Adamson, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press, 1941). A obra descreve a regulação “jurídica” da vida dos índios Cheyenne a partir de um extenso trabalho de campo nas aldeias Cheyenne conduzido em 1936, mostrando como se operava a regulação daquelas sociedades que não possuíam governo formalmente organizado.

²² Por exemplo, há quem enxergue nos ordoliberais de Freiburg, na Alemanha dos anos 1930, um grupo de estudo em Direito e Economia. Os ordoliberais enfatizaram a necessidade de que o Estado regulasse o mercado de modo a garantir que os mercados livres viessem de fato a produzir resultados próximos de suas potencialidades teóricas. Um dos pontos centrais para os ordoliberais seria a discussão do chamado “paradoxo liberal”, isto é, a noção de que a liberdade poderia levar tanto à ditadura (na política) quanto aos monopólios (na economia).



Mas afinal: seria o Direito e Economia uma disciplina jurídica ou uma disciplina econômica? As opiniões divergem. Wolfgang Fikentscher afirma categoricamente que “Direito e Economia é basicamente uma área do direito. [A disciplina] diz aos profissionais do direito se o seu trabalho tem valor econômico, e por quê”.²³ Na mesma linha, Érica Gorga sugere que o Direito e Economia “pode ser encarado como uma metodologia de estudo jurídico de natureza zetética, que é fundamental para a investigação dos diferentes ramos do Direito”.²⁴ Em sentido oposto, Gerrit De Geest afirma que “o Direito e Economia é provavelmente uma das mais controversas disciplinas da ciência econômica”.²⁵ Henry Hansmann adota posição conciliadora e propõe a seguinte reflexão: “quando é que a pesquisa acadêmica em Economia se torna pesquisa acadêmica em Direito e Economia? Talvez a melhor resposta seja: quando a pesquisa é conduzida *por*, ou *para*, estudiosos do direito.”²⁶ Já Posner observa que “o propósito de se criar um campo próprio e denominá-lo Direito e Economia [...] é o de identificar a área da pesquisa em economia em que o conhecimento dos aspectos doutrinários e institucionais do direito são relevantes”.²⁷

Como se vê, a questão é controversa e o debate tem contornos similares àqueles de outras áreas interdisciplinares (por exemplo, seria a História do Direito uma disciplina do Direito ou da História? E a Sociologia Jurídica? E a Antropologia Jurídica? Etc.).²⁸ Há bastante bibliografia discutindo a posição do Direito e Economia

²³ FIKENTSCHER, Wolfgang. *Culture, Law and Economics*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 43.

²⁴ GORGA, Érica Cristina Rocha. *Direito Societário Brasileiro e Desenvolvimento do Mercado de Capitais: Uma Perspectiva de "Direito e Economia"*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 12.

²⁵ DE GEEST, Gerrit. *The debate on the scientific status of law & economics*, European Economic Review, Volume 40, Issues 3-5, 1996, p. 999.

²⁶ HANSMANN, Henry. “The Current State of Law-and-Economics Scholarship”. *Journal of Legal Education*, v.33, 1983, p. 218.

²⁷ POSNER, Richard A. “The Law and Economics Movement”, *The American Economic Review*, v. 77. Issue 2, maio de 1987, pp. 3-4 (notando a seguir que “a economia do direito é o grupo de estudos econômicos edificados sobre o conhecimento detalhado de alguma área jurídica; se o estudo é conduzido por alguém com formação jurídica, econômica, ou com ambas as qualificações, é um ponto de pouca importância”).

²⁸ O pano de fundo desta discussão é a filosofia essencialista, isto é, a visão de que as coisas têm pelo menos algumas propriedades essenciais sem as quais perdem sua identidade própria (por exemplo, intuitivamente, Sócrates não poderia deixar de ter a propriedade de ser um ser humano; mas poderia



no quadro das ciências sociais²⁹ mas a relevância prática desse debate é discutível. Assim, aqui me ocupo de ressaltar a interdisciplinaridade da disciplina de Direito e Economia, a relevância da disciplina nas faculdades de Direito (particularmente nos campos da pesquisa empírica e da teoria crítica) e o fato de que tanto juristas quanto economistas têm dado contribuições relevantes para o desenvolvimento da disciplina.³⁰

Este último ponto é particularmente interessante e pode ser ilustrado pelo perfil de alguns expoentes do movimento. No encontro inaugural da Associação Americana de Direito e Economia, reconheceu-se a existência de quatro “pais” (*founding fathers*) da disciplina: Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Henry Manne.³¹ Repare que, dentre estes quatro notáveis, um deles, Posner, não possui formação como economista (estudou Letras e depois Direito); um deles, Coase, não tem formação jurídica (só econômica); somente os dois últimos (Calabresi e Manne) possuem treinamento formal tanto em Economia quanto em Direito.³²

O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado.³³ Tendo surgido

não ter sido ateniense se tivesse nascido noutra cidade). Cf. AUDI, Robert (ed.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: University Press, 2001, p. 281-3 (*Essentialism*).

²⁹ Para citar algumas referências: COOTER, Robert. “Comment: Place of Economics in Legal Education”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 237; KLEVORICK, Alvin K. “Reflections on the Current State of Law-and-Economics Scholarship”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 239; GELLHORN, Ernest e ROBINSON, Glen O. “The Role of Economic Analysis in Legal Education”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 247; STIGLER, George J. “What Does an Economist Know”. *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 311; CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics”. *J. Legal Educ.*, v. 33, 1983, p. 359.

³⁰ PARISI, Francesco. “Coase Theorem” in BLUME, L. e DURLAUFE, S. (eds.) *New Palgrave Dictionary of Economics*. Macmillan Ltd., 2007.

³¹ O notável Gary Becker poderia também ter sido incluído nesta lista por ter sido o primeiro economista a utilizar o ferramental da Economia moderna para analisar os chamados “mercados implícitos” (como o “mercado do crime”, por exemplo). Na lista dos “pais” da disciplina é comum incluir também Harold Demsetz, Robert Cooter, William Landes, Richard Epstein e George Priest, dentre outros. Há quem inclua também James Buchanan e Gordon Tullock (“pais” da teoria da Escolha Racional) e de Oliver Williamson e Douglass North (“pais” da Teoria Neo-Institucionalista).

³² Também é interessante notar que Posner e Calabresi tornaram-se juízes federais, além de serem professores de Direito.

³³ Nas palavras de Ron Harris, trata-se do “mais influente movimento de pensamento jurídico no período pós-Segunda Guerra Mundial” (HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” in *Theoretical Inquiries in Law*, 4 Theoretical Inq. L. 659, 2003). Para Bruce Ackerman, estaríamos diante do



nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos,³⁴ depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil.³⁵ Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado,³⁶ e há também considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.³⁷

"mais importante desenvolvimento na academia jurídica no século XX" (ACKERMAN, Bruce A. *Law, Economics, and the Problem of Legal Culture*. *Duke Law Journal*, v. 1986, n. 6, 1986, pp. 929-34).

³⁴ Nos Estados Unidos, a disciplina já vem sendo lecionada em todas as boas faculdades de Direito desde os anos 1970/80. Para se ter uma ideia de sua influência naquele país, basta mencionar que, já em meados da década de 1980, pelo menos três notórios membros da Suprema Corte Americana declaravam-se "adeptos" da disciplina de Direito e Economia (a saber, Antonin Scalia, Robert Bork e Douglas Ginsburg). Conforme DONOHUE III, John J. "Law and Economics: The Road Not Taken", *Law & Society Review*, v. 22, N. 5, 1988, p. 904).

³⁵ Dentre as boas obras brasileiras pode-se citar PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005; ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (eds.) *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel - Teoria Unificada da Colusão*. Há também diversos artigos sendo publicados em revistas jurídicas pelo país, e há também artigos interessantes disponíveis nos websites da X e da XI Conferência de Direito e Economia da Associação Latino Americana e do Caribe de Direito e Economia – ALACDE (www.alacdebrasil.org). Há, ainda, diversos artigos importantes sendo traduzidos no contexto das atividades do ILACDE-FGV (o Instituto Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia), alguns dos quais estão publicados e disponíveis online no Jornal Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia (<http://services.bepress.com/lacjls>).

³⁶ Notadamente, o *Institut für Recht und Ökonomik* (Hamburgo, Alemanha), o *Institut für Genossenschaftswesen* (Münster, Alemanha), o *Forschungsstelle für die oekonomische Analyse des Rechts* (Saarbruecken, Alemanha), o *Max-Planck Institute for Research into Economic Systems* (Jena, Alemanha), o *Institut für Recht und Oekonomik* (Kassel, Alemanha), o *Instituto de Derecho y Economía da Universidad Carlos III* (Madrid, Espanha), o Centre of Advanced Studies in Law & Economics, Universiteit van Gent (Gent, Bélgica), o *Rotterdam Institute of Law and Economics* (Roterdã, Holanda) e a *Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli* (Roma, Itália). Desde 1990, o renomado programa de mestrado em Direito e Economia (*Erasmus Program in Law & Economics*) ocorre simultaneamente nas universidades de Bolonha, Hamburgo, Roterdã, Ghent, Hamburgo, Aix-en-Provence, Haifa, Estocolmo, Madrid, Manchester e Viena (Fonte: *Online Encyclopedia of Law & Economics*).

³⁷ Referências europeias incluem DEFFAINS, Bruno e KIRAT, Thierry (eds.) *Law and economics in civil law countries*. Amsterdã e Nova Iorque: JAI, 2001; e SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2004. Sobre a evolução da disciplina na academia europeia, vide VAN DEN BERGH, Roger. "The growth of law and economics in Europe". *European Economic Review*, V. 40, n. 3, 1996, pp. 969-977.

II. Direito e Economia Positivo

(A) Reduccionismo, explicação e predição

O argumento central do Direito e Economia Positivo é o de que os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do Direito. Robert Cooter observa que esse argumento possui diversas versões, três das quais merecem destaque: (a) a versão reducionista, (b) a versão explicativa, e (c) a versão preditiva.³⁸

Reduccionismo

A versão reducionista – radical, minoritária, e pouco proveitosa – sugere que o Direito possa ser reduzido à Economia, e que categorias jurídicas tradicionais (como direitos subjetivos, deveres jurídicos, culpa, negligência, etc.) possam ser substituídas por categorias econômicas. Cooter nota que o argumento a favor da redução do Direito à Economia “é similar ao argumento de que, em psicologia, a mente possa ser reduzida ao comportamento”, para concluir, com ironia, que tal argumento “é tão ridículo que somente um acadêmico poderia contemplá-lo”. Um debate importante, como sugere Ejan Mackaay, é a discussão de quais simplificações da realidade possam ser admissíveis dentro de um modelo oposto ao reduccionismo, que é “inaceitável”.³⁹ Com esta visão reducionista, portanto, não perderemos tempo.

Explicação

A segunda versão do argumento em questão é mais proveitosa, e diz respeito à capacidade explicativa da teoria econômica. A Economia seria capaz de

³⁸ COOTER, Robert. “Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books”. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982, p. 1260.

³⁹ MACKAAY, Ejan. *Schools: General* in Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0500 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com/>).



prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas. A ideia é a de que os sistemas jurídicos poderiam ser compreendidos como sendo a resultante das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez. Cada arranjo institucional seria, portanto, um resultado em equilíbrio. Por exemplo, a regra geral da responsabilização subjetiva (baseada na existência de “culpa”) seria explicada como resultante da tentativa de dar incentivos para que tanto os potenciais causadores de danos, quanto as potenciais vítimas, tomem atitudes para mitigarem as chances de ocorrência e extensão de danos; já a posterior adoção da regra de responsabilização objetiva resultaria dos altos custos de prova da culpabilidade em alguns casos.

O problema é que a explicação de institutos jurídicos como resultante da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais deixa de lado uma série de fatores culturais e históricos. Daí a necessidade de uma articulação mais branda dessa versão explicativa, no sentido de que a teoria econômica possa elucidar a estrutura lógica do Direito, ainda que esta elucidação seja apenas parcial. Isso significaria, para usar as palavras de Cooter, que “a economia explica o direito, mas não chega a uma explicação completa” pois “não capta toda a realidade subjacente”.⁴⁰ Ou seja, a Economia ilumina problemas e sugere hipóteses, mas se torna mais rica quando conjugada com outros ramos do conhecimento, notadamente a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia e a Filosofia.

Predição

A terceira versão do argumento é a de que a Economia pode ser aproveitada para prever as consequências das diversas regras jurídicas. Trata-se aqui de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso.⁴¹ A disciplina de Direito e Economia retira as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate. Busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao

⁴⁰ COOTER *supra* n. 38.

⁴¹ Não é à toa que a Econometria – o uso da Estatística na Economia quantificar os objetos de estudo econômico – esteja paulatinamente se tornando o principal instrumento de análise em quase todas as áreas da pesquisa econômica.



profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais.

Tomemos a discussão sobre a extensão dos direitos de propriedade intelectual. Da perspectiva tradicional, a análise parte dos textos e princípios jurídicos. O que quer dizer tal artigo da Lei da Propriedade Industrial? Como se reflete o princípio da liberdade de expressão sobre determinada questão? Será que tal conduta se subsume a este ou àquele artigo da lei? Da perspectiva do Direito e Economia, a análise parte da funcionalidade dos institutos jurídicos. Afinal, para que serve uma patente? Quais os *tradeoffs* (custos e benefícios) envolvidos na ampliação (ou redução) da patente? Aliás, o caso específico da propriedade intelectual é interessante para mostrar, como sugerimos logo nos primeiros parágrafos deste trabalho, que a análise econômica não fornece respostas definitivas. Afinal, de um lado, quanto mais ampla e duradoura for a patente, tanto maiores serão os incentivos à inovação, e tanto menores serão os incentivos à circulação. Mas por outro lado, a própria restrição à circulação dificulta a inovação porque a tecnologia patenteada também pode servir de insumo para outras inovações. Este debate convida à pesquisa empírica e a uma análise mais complexa que torne mais transparentes – e portanto mais justas – as escolhas normativas que se venha a fazer.⁴²

Se, como vimos acima, o poder explicativo da teoria econômica é mais forte em alguns campos do que em outros, então o poder preditivo também há de ter suas limitações.⁴³ Isso quer dizer também que a “lógica econômica” é provavelmente

⁴² Interessante notar que, no caso da propriedade intelectual, essas lições sobre a função dos institutos jurídicos viraram princípios. Por exemplo, a Carta de Adelphi, elaborada pela Real Sociedade Britânica para o encorajamento das artes, manufaturas e comércio, sugere que os países devem levar em consideração uma série de princípios no curso das discussões sobre a propriedade intelectual. Por exemplo: “1. As leis que regulam a propriedade intelectual devem servir como meios para atingir fins criativos, sociais, e econômicos, e não como fins em si mesmas; [...] 9. As leis de propriedade intelectual devem levar em conta as circunstâncias sociais e econômicas dos países em desenvolvimento.” Fonte: Website do Ministério da Cultura (<http://www.cultura.gov.br/>).

⁴³ Há uma diferença fundamental entre a análise econômica dos mercados e a análise econômica do Direito que está na proporção de fenômenos que podem ser quantificados objetivamente. Essa proporção é alta nos mercados, e bem mais baixa no Direito. Os bens negociados em mercados têm valores de troca que, no mais das vezes, podem ser facilmente encontrados (por exemplo, para se saber o valor de um determinado automóvel basta procurar na seção de veículos do jornal). No caso do Direito, contudo, frequentemente é necessário pensar no valor de um olho perdido ou mesmo no valor de um bem jurídico como a liberdade ou a igualdade. Como essas coisas não se negociam em mercados, encontrar a estrutura institucional adequada não é tarefa trivial.

mais útil para analisar o comportamento dos agentes em algumas áreas do Direito do que em outras. Mesmo assim, já em 1982 Cooter observara que “não há dúvida de que a economia explicou o Direito com mais sucesso do que os juristas achavam provável vinte anos antes, quando o movimento [de Direito e Economia] começou”.⁴⁴

(B) Escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência

Um dos possíveis panos de fundo para o Direito e Economia – a meu juízo, o mais proveitoso – está na Teoria Neo-Institucionalista.⁴⁵ Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três ideias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “*path dependence*”);⁴⁶ (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional⁴⁷ e da Teoria dos Jogos⁴⁸ para estudar complexidade dos

⁴⁴ COOTER *supra* n. 38.

⁴⁵ A Teoria Neo-Institucionalista desenvolveu-se principalmente a partir das obras de Oliver Williamson e Douglass North, e emprega a ciência econômica para analisar as normas e regras sociais que sustentam a atividade econômica. Ela é chamada de “neo” (ou seja, nova) para destacar a oposição às teorias institucionalistas antigas, especialmente as de John R. Commons e Thorstein Veblen. Na Teoria Neo-Institucionalista o conceito central são os “custos de transação” (ao invés dos “custos de produção” da Teoria Institucionalista original). Vide WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985, pp. 85-163.

⁴⁶ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: University Press, 1990.

⁴⁷ A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidade), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos. Uma escolha é portanto suscitada por uma vontade, e satisfazer esta vontade é a finalidade da escolha. Por isso, pressupõe-se que os indivíduos estão “maximizando suas utilidades”, sejam as utilidades quais forem (bens materiais, obrigações morais, saúde, etc.). A Teoria da Escolha Racional constitui uma das fundações da ciência econômica moderna, e ao longo das últimas décadas vem se tornando cada vez mais influente nas demais ciências sociais. Há também uma série de objeções à Teoria da Escolha Racional, sendo que a principal delas seria uma certa circularidade da



processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado).⁴⁹

Seja como for, o Direito e Economia Positivo emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia. Ainda que haja aqui e ali abertura cognitiva para outras ciências, utiliza-se principalmente os modelos microeconômicos marginalistas, aproveitando-se também da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos. Para que se possa entender concretamente de que estamos falando, convém ponderar sobre a relevância de cinco conceitos centrais: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.

Escassez

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”.⁵⁰ A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *tradeoffs*. Os *tradeoffs* são, na verdade, são “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o

Teoria: o comportamento do agente deve ser explicado em termos das suas preferências, porém, a única forma de compreendermos as preferências do agente é examinando suas escolhas reais, isto é, examinando o seu comportamento.

⁴⁸ A Teoria dos Jogos considera interações dinâmicas entre indivíduos que procuram maximizar seus resultados considerando as expectativas de decisões dos outros indivíduos com os quais interage. A Teoria dos Jogos conduz a descobertas que contrariam a intuição, como por exemplo a descoberta de que em determinados casos as pessoas podem ficar em pior situação agindo racionalmente na busca de seu próprio interesse (conforme ilustrado pelo famoso jogo do “Dilema do Prisioneiro”).

⁴⁹ Sobre esse ponto, vide ULEN, Thomas S. “A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law”. *University of Illinois Law Review*, v. 2002, 2002.

⁵⁰ ROBBINS, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, em “The Concise Encyclopedia of Economics”, disponível em <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/bios/Robbins.html>.



tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais.

A noção de escassez traz uma série de implicações para o estudioso, o profissional, e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, ou os direitos são custosos, ou não têm sentido prático. Para ficarmos com os exemplos mais evidentes: o direito à saúde só tem sentido prático na medida em que a sociedade, através dos entes privados ou do Estado, possam dispor dos recursos necessários para prover hospitais, alimentação, higiene, etc.; o direito à propriedade privada só tem sentido prático se o Estado for capaz de garanti-la; e assim por diante.

Maximização racional

A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note que a ideia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar,⁵¹ e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades. Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei.⁵² Claro que no cálculo de maximização entram os custos e

⁵¹ Com exceção das crianças e daqueles com retardamento mental, como sugere POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983. Note que isso ilustra a existência de pontos de contato entre a teoria econômica e a teoria jurídica porque o conceito de racionalidade dos economistas anda em paralelo com a definição jurídica da capacidade jurídica descrita no Código Civil (porque o indivíduo capaz é supostamente racional).

⁵² Assim é que a noção de maximização de auto-interesse tem repercussões importantes também para a própria conformação da lei. Uma delas diz respeito ao fato de que congressistas são, como todos os demais indivíduos, maximizadores de auto-interesse. Nada do que os legisladores fazem é motivado pelo interesse público em si, e as legislações são resultado de barganhas políticas, isto é, de



benefícios monetários e também aqueles não monetários (tais como poder, prestígio, sensação do dever moral cumprido, etc.).

Portanto, a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis. Por exemplo: consumidores maximizam seu bem-estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem-estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por diante.

A suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade forem maiores ou iguais a seus custos. Ou seja: o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados *ex ante*) forem maiores ou iguais aos custos marginais (estimados *ex ante*).

Para ilustrar, suponha que uma empresa saiba que seus produtos às vezes causarão danos a seus consumidores. Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que sempre existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto a empresa investirá para tornar seus voos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizarem seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: (a) dos custos para tornar os produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os custos para treinamento de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias, etc.), (b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregadas; (c) dos danos à reputação da empresa no caso de acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); (d) dos custos relacionados à responsabilização

negociações entre os grupos cujos interesses de fato se fazem representar no processo político. Sobre o ponto vide POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 473-474.



civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); (e) da probabilidade de que, no caso de acidentes, haja responsabilização civil ou penal da empresa ou de seus diretores (o que dependerá, dentre outras coisas, dos requisitos legais que fixarão os parâmetros para determinação da culpabilidade); e (f) dos custos para mitigar as perdas decorrentes dos acidentes caso eles ocorram. Para estimar todas essas variáveis, a empresa necessitará de informações da sua área técnica e comercial, e de seus advogados também. De posse dessas estimativas, a empresa irá investir para tornar seus produtos e serviços mais seguros *até o ponto em que tais investimentos se paguem*. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que os investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança.

Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana.⁵³ A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*,⁵⁴ nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”. Reconhecendo que os indivíduos nem

⁵³ Assim, uma hipótese será mais “científica” na medida em que for “falsificável”, no sentido popperiano do termo, e também conforme discutido por FRIEDMAN, Milton, “The Methodology of Positive Economics”, em *Essays in Positive Economics* 3, Chicago University Press, 1953. Mas como bem observou Posner, “ainda que muitos economistas positivos sejam seguidores de Karl Popper e, portanto, acreditem que a falsificabilidade seja a característica definidora de uma teoria científica, na prática os economistas empíricos enfatizam muitos mais a confirmação do que a falsificação”. POSNER, *supra* n. 52, p. 487.

⁵⁴ A expressão faz parte da gramática weberiana. Vide WEBER, Max. *A ética protestante e o 'espírito' do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 158.



sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima (ou simplesmente não terão acesso a todas as informações pertinentes), os mesmos passam a ser vistos como “intencionalmente racionais” ainda que limitados por aptidões cognitivas.⁵⁵

A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório (ou seja, é randômico). David Friedman ilustra o ponto com o seguinte exemplo: “imagine uma pessoa que esteja ponderando a respeito de duas decisões que deve tomar: que carro comprar, e em qual político votar. Nos dois casos, a pessoa pode melhorar sua decisão (ou seja, tornar mais provável que a decisão atinja seus interesses) investindo seu tempo e esforço no estudo das alternativas disponíveis. No caso do carro, a sua decisão determina com certeza que carro comprar. Já no caso do voto em político, a decisão sobre em qual candidato votar altera em apenas 1/10.000.000 a probabilidade de que o candidato a receber seu voto ganhe [(ou seja, a probabilidade de que seu voto seja decisivo na eleição de determinado político é baixíssima)]. Se o candidato for eleito mesmo sem receber o voto dessa pessoa, essa pessoa estaria perdendo seu tempo; se o candidato não for eleito mesmo com o voto dessa pessoa, essa pessoa também estaria perdendo seu tempo. Assim, essa pessoa irá racionalmente investir muito mais tempo na escolha de que carro comprar [do que na decisão de em quem votar], porque esse é um investimento muito mais proveitoso do seu tempo. Por isso, é comum que os votos sejam caracterizados por uma *ignorância racional*; é racional manter-se ignorante quando a obtenção de informação custa mais do que seu benefício.”⁵⁶

O papel das premissas é provavelmente o aspecto metodológico do Direito e Economia que traz maiores dificuldades aos profissionais do Direito. Os economistas tentam captar grande parcela da dinâmica comportamental das pessoas com a menor quantidade possível de premissas. A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (ela é obviamente imperfeita), mas sim se essa

⁵⁵ SIMON, Herbert. *Administrative behavior*. New York: Macmillan, 2a. ed., 1961, p. xxiv. (definindo racionalidade limitada (*bounded rationality*) como o comportamento que é “intencionalmente racional, mas também limitadamente racional” (*intendedly rational, but only limitedly so*)).

⁵⁶ FRIEDMAN, David D. *Price Theory: An Intermediate Text*. South-Western (1986, 1990), capítulo 1 (disponível em <http://www.daviddfriedman.com>).



premissa consegue captar o suficiente para tornar inteligível e previsível uma realidade complexa.⁵⁷ Isso significa que a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado. A força da aplicação da Teoria dos Preços às questões jurídicas decorre justamente da quantidade de hipóteses que podem ser formuladas a partir de premissas comportamentais tão simples. Quando se aceita que, de um modo geral, a demanda (isto é, a procura) diminui quando o preço aumenta, há muitas ideias que podem fazer sentido: se a fiscalização é eficiente, o “custo” de se falar ao celular ao dirigir aumenta (e a “procura” pela atividade de se falar ao celular ao dirigir cai); se a palavra dada em contrato vai ser rapidamente executada em juízo, o custo de agir oportunisticamente aumenta (e sua “procura” cai); e assim por diante.

Por isso, é preciso ressaltar – na verdade reiterar – que a premissa racionalidade é instrumental. A ideia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões.⁵⁸ Por exemplo, ao invés de se testar se os mutuários individualmente tomados se comportam racionalmente, deve-se testar se uma mudança da legislação que torne a execução de garantias mais rápida e eficaz causará diminuição das quebras de contratos (ou se causará queda nas taxas de juros). Um mercado pode comportar-se racionalmente (e portanto as “leis” de oferta e

⁵⁷ BAIRD, Douglas G. “The Future of Law and Economics: Looking Forward”. *University of Chicago Law Review*, v. 64, 1997, pp. 1129-1165.

⁵⁸ “Com Milton Friedman [...] a metodologia econômica encontra enfim uma saída para enquadrar-se ao conceito de ciência. O requisito de veracidade e realismo empírico das premissas teóricas deixa de ser um ponto central para a Economia sendo que o único teste relevante para mostrar o grau de cientificidade de uma hipótese passa a ser apenas a comparação de suas previsões com a experiência fática. Ou seja, uma teoria econômica deverá agora ser julgada somente quanto ao seu poder de previsão face aos fenômenos que pretende explicar. A veracidade das premissas é abandonada em favor da acuidade das previsões.” COELHO, Cristiane de Oliveira, “A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico” (maio de 2007), Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Paper 050107-10.



procura são úteis para prever consequências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada.⁵⁹

Equilíbrio

O terceiro conceito é o de equilíbrio, que é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Suponha, no exemplo que utilizamos alguns parágrafos acima, que haja não uma, mas duas empresas de transporte aéreo. Acidentes nos voos da empresa A causam um aumento da percepção de risco por consumidores, o que reduz a procura de passagens aéreas tanto nos voos da empresa A quanto naqueles da empresa B. Até que ponto a empresa A investirá em lobby para que o governo faça melhorias nos aeroportos? Isso dependerá, dentre outras coisas, das expectativas da empresa A sobre quanto a empresa B investirá em lobby. Os investimentos em lobby das empresas A e B resultarão da maximização racional das duas empresas, e este resultado é portanto um equilíbrio. A disciplina de Direito e Economia ajuda a entender os equilíbrios que surgem nos mercados, nas eleições, nos jogos competitivos, nos esforços de produção em equipe, etc.

A seguir, considere também que os acidentes estejam arranhando a imagem dos políticos. Como isso poderá afetar a disposição do governo de investir na melhoria dos aeroportos? Como afetará a legislação sobre a responsabilização penal e administrativa das empresas de transporte aéreo e de seus funcionários? Os investimentos públicos efetivamente realizados, e a formatação da legislação que regula o setor aéreo, serão os equilíbrios que surgem quando as empresas estão tentando maximizar seus lucros, os consumidores estão tentando maximizar seu bem-estar e os políticos estão tentando maximizar seus votos.⁶⁰

⁵⁹ Para uma análise de alguns desdobramentos deste ponto vide PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno M. *A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor*, no prelo, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/.

⁶⁰ Note que o ponto não passou despercebido pelos juristas. Miguel Reale nota que "[...] toda regra de direito representa um momento de equilíbrio, atingido como composição das tensões que, em dada



Ao longo do tempo, os processos sociais levam a rearranjos nos equilíbrios existentes. Ejan Mackaay ilustra este ponto com as chamadas “guerras urbanas” que se travaram na Holanda, em Amsterdã. Em fins dos anos 1970, aproximadamente 3000 invasores de residências desocupadas (e seus simpatizantes dentre o público em geral) entraram em choques com a polícia. Para Mackaay, explicações como “o clima dos novos tempos” e as altas taxas de desemprego até poderiam ter “alguma plausibilidade”, mas não tocariam no “coração do problema” porque “não esclarecem como indivíduos possam ter agido racionalmente, como de fato fizeram, e ainda assim chegarem a um desastre coletivo.”

A fonte desses choques, segundo Mackaay, estava na legislação sobre locações então vigente na Holanda. Tal legislação congelara os preços dos aluguéis e tornara os despejos de locatários inadimplentes extremamente lentos e complicados. Assim, aqueles locadores que finalmente retomavam seus imóveis tinham incentivos para deixá-los desocupados (além é claro de reduzirem novos investimentos na manutenção dos imóveis já existentes e na construção de novos imóveis para locação). Por conseguinte, naquela ocasião havia diversos imóveis desocupados na cidade de Amsterdã. Isso levou diversas pessoas a invadirem tais imóveis, uma prática que as cortes e tribunais holandeses estavam relutantes em impedir. Força policial foi finalmente usada após algumas vitórias dos locadores nos tribunais, e no momento da desocupação pela polícia surgiram os choques. Nas palavras de Mackaay,⁶¹ este problema da legislação de aluguéis “explica o ‘clima’ que surgiu em Amsterdã naquele período. Cada passo neste processo é o resultado de escolhas transparentes e racionais dos agentes envolvidos no jogo. O desastre final [dos confrontos entre a polícia e os ocupantes] é um efeito perverso que a lei deveria buscar evitar”.

situação histórica e social, se verifica entre um complexo de fatos e um complexo de valores”. In *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 562.

⁶¹ MACKAAY, Ejan. *Schools: General in* Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0500 (disponível em <http://encyclo.findlaw.com>).

Incentivos

A ideia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências (sejam elas quais forem), e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis (as situações de equilíbrio), sugere que os indivíduos possam também responder a incentivos.

Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios.⁶² Isso quer dizer que os consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Os produtores, por sua vez, geralmente seguirão o caminho o oposto, isto é, produzirão maior quantidade de um bem quando o preço de venda em mercado sobe, e menor quantidade quando o preço cai.⁶³ As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (devido, por exemplo, ao prazer de dirigir em alta velocidade ou ao menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

É importante notar também que incentivos legais podem gerar efeitos em direções opostas. Por exemplo: a eliminação do foro privilegiado para congressistas poderia causar alguma diminuição da corrupção (fruto de maior temor da sanção criminal), mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (fruto do maior temor da perseguição política). Isso quer dizer que a

⁶² No entanto, Gary Becker sugere que o aumento de preço pode levar à redução da demanda mesmo quando os indivíduos não forem "racionais". O ponto é tangencial à discussão deste texto e por isso não precisa ser tratado a fundo. Vide BECKER, Gary Becker. *An Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, pp. 151-158.

⁶³ Para tornar a explicação mais simples, deixei de lado o problema da intensidade da resposta dos consumidores e produtores às mudanças de preço, isto é, das elasticidades.



aplicação da Teoria dos Preços serve muito mais para apontar os *tradeoffs* (isto é, os custos e benefícios das possíveis escolhas) do que para indicar verdades absolutas. A visualização de *tradeoffs* torna o processo decisório mais transparente e, portanto, mais democrático.

Eficiência

O termo “eficiência” tem diversas acepções. Uma das mais comuns⁶⁴ diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Por exemplo, a produção de uma fábrica de automóveis será eficiente se não for possível produzir mais automóveis sem ter que também contratar mais funcionários, comprar novas máquinas, ou realizar novos investimentos. Mas é possível tornar a análise mais interessante, fugindo de exemplos óbvios como este. Suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes, que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto das vítimas dos acidentes). A seguir, suponha que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhões ($1\% \times \$100 \text{ milhões} = \1 milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre.⁶⁵

O parágrafo anterior descreve a eficiência como a busca da otimização da relação entre *output* e *input*. Há, contudo, outras duas acepções do termo “eficiência” que aqui nos interessam: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.⁶⁶

⁶⁴ Especialmente nas análises feitas desde a perspectiva da chamada “Economia do Bem-Estar”.

⁶⁵ Essa discussão tem reflexos importantes na seara jurídica. Uma de suas implicações é a de que as regras jurídicas disciplinando atividades perigosas – na verdade, as regras jurídicas de um modo geral – não são imperativos absolutos. A conveniência de cada regra está intimamente ligada à quantidade de recursos disponíveis, ao contexto cultural e grau de desenvolvimento de cada sociedade.

⁶⁶ Para uma discussão mais detalhada vide por exemplo COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley, 4a. ed. pp. 16-17, e p. 48.



Comecemos pela eficiência Paretiana. Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto.⁶⁷

Dessa perspectiva, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua.⁶⁸ Por isso, um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável.⁶⁹ Afinal, em tese a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria ótima no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria este único detentor de bens em uma situação pior. Note que, pelo critério Paretiano, praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade, e isso é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de políticas públicas.

O ótimo de Pareto se completa com uma outra noção, o chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”) mas prejudique outro grupo (os “perdedores”). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada (afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela

⁶⁷ É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando portanto indiferentes).

⁶⁸ Aqui, a noção de melhora é subjetiva e diz respeito às preferências de cada indivíduo; ou seja, um indivíduo melhora quando ele prefere uma nova configuração, qualquer que seja ela.

⁶⁹ Em uma dada estrutura podem coexistir diversos ótimos de Pareto.



mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse toda a sociedade). A lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo.

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores *possam* compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas *ainda que haja perdedores*. Para ilustrar, considere este exemplo. A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra.

A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, como por exemplo (a) o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, “R\$1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico”) e (b) a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.

(C) *Análise positiva, meios e fins*

A pertinência entre meios jurídicos e fins normativos traz implicações para própria legitimidade do Direito. Como nota Richard Epstein, suponha que “alguém proponha uma certa regra X que sob o argumento de que tal regra tenha determinadas propriedades normativas justas porque atinge os fins Y. Uma outra pessoa perguntará: ‘será que a regra vai atingir os fins pretendidos?’ As indagações sobre a conexão entre os meios e os fins parece uma empreitada intrinsecamente descritiva. Alguém poderia argumentar, por exemplo, que o propósito de regras de ‘responsabilidade pelo fato do produto’ é melhorar o bem-estar dos consumidores. Você pode aceitar essa proposição e entender que o objetivo normativo está correto. Mas há uma premissa subsidiária, fática, que deve ser estudada independentemente. Você deve propor a seguinte questão: ‘quando você olha para as regras existentes, elas atingem os seus objetivos declarados?’ Para responder a tais questões, você tem que apelar para algum ferramental descritivo, geralmente a microeconomia, para entender se os arranjos institucionais defendidos por este ou aquele grupo conduzirá às consequências prometidas. Se houver uma grande falha entre os meios e os fins, como é tão comum nos debates políticos, então é possível mostrar que os fins não são atingíveis pelos meios propostos, e com isso o debate normativo entra em curto-circuito”.⁷⁰

Para dar concretude aos argumentos, tomemos uma situação recente do contexto brasileiro como exemplo.⁷¹ Em março de 2006, a Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE) apresentou Projeto de Lei nº 45/06, cuja intenção seria a de acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor - CDC um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Por exemplo: se uma

⁷⁰ EPSTEIN, Richard A. “Positive and Normative Elements in Legal Education”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 255, 1985, p. 257-258.

⁷¹ Por este exemplo ilustrativo, agradecimentos ao Prof. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.



operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. O intuito da medida seria, naturalmente, o de proteger os consumidores.⁷²

Mas a verdade é que, se o projeto for aprovado, dificilmente atenderá seus muito louváveis fins de proteger os consumidores, e o ferramental teórico da disciplina de Direito e Economia nos ajuda a entender o porquê. Se os consumidores antigos tivessem a possibilidade de exigir os benefícios concedidos em promoções destinadas a atrair novos clientes, tais promoções ficariam muito mais custosas para as empresas e, dessa forma, bem menos atrativas. Se este Projeto de Lei for aprovado, as empresas serão induzidas a competir de outras formas (por exemplo, realizando campanhas publicitárias) ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Tudo isso, naturalmente, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores.

A pertinência entre meios e fins normativos complementa o ideal de razão pública descrito por John Rawls em “O Liberalismo Político”.⁷³ O ideal da razão pública diz respeito às condições para o discurso político em uma democracia liberal. De acordo com Rawls, em uma democracia liberal os cidadãos devem oferecer as razões verdadeiras para as políticas públicas adotadas. Da mesma forma, a legislação deve atender aos propósitos a que se destina, para que se fortaleça a confiança pública, o debate democrático, e a própria legitimidade do Direito. Num certo sentido, é para isso que serve o Direito e Economia Positivo: para verificar a pertinência entre meios e fins normativos.

⁷² O argumento apresentado em defesa do projeto de lei era o de que a oferta de condições mais vantajosas para novos consumidores ensejaria uma presunção de que os termos do contrato anteriormente firmado com os consumidores antigos teriam se tornado excessivamente onerosos, justificando sua revisão em favor desses consumidores antigos.

⁷³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2ª edição, 2000. É claro, também, que a pertinência entre meios e fins normativos complementa diversas outras teorias sobre o processo democrático, notadamente a teoria de “ação comunicativa” de Habermas.

III. Direito e Economia Normativo

O desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável. Há, portanto, algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça. Mas até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça? Até que ponto o Direito, enquanto “ciência normativa”, deve integrar cálculos de custo e benefício? A questão é espinhosa e mesmo os autores identificados com o movimento de Direito e Economia divergem. De modo geral, creio que seja possível identificar três respostas distintas, conforme se entenda que a maximização de riqueza seja (a) fundação ética para o Direito, (b) um possível objetivo a ser perseguido, a partir de uma visão pragmática do Direito, ou (c) parte de um contexto amplo de estudo do moderno Estado de Bem-Estar, em que os institutos jurídicos são vistos como instrumentos integrantes de políticas públicas. À primeira versão daremos o nome de “fundacional”, à segunda de “pragmática”, e à terceira, na falta de termo melhor, daremos o nome de “regulatória”.

A maximização de riqueza como fundação ética para o Direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970,⁷⁴ e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro cujo título é bastante sugestivo, “A Economia da Justiça” (“*The Economics of Justice*”).⁷⁵ Dizer-se que a tese de Posner causou polêmica seria dourar a pílula; a tese foi verdadeiramente explosiva, e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos.⁷⁶ É bem verdade que esta discussão passou quase despercebida no Brasil, e o porquê

⁷⁴ Dentre tais artigos de Richard Posner destacam-se: “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n.1, 1979, pp. 103-140; “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, pp. 281-306; e “The Homeric Version of the Minimal State”. *Ethics*, v. 90, n.1, 1979, pp. 27-46.

⁷⁵ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

⁷⁶ Dentre estas críticas destacam-se: COLEMAN, Jules. “The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner’s ‘The Economics of Justice’”. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 5, 1982, pp. 1105-1131; DWORKIN, Ronald M. “Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 191-226; KRONMAN, Anthony T. “Wealth Maximization as a Normative Principle”. *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 227-242; e MICHELMAN, Frank I. “A Comment on ‘Some Uses and Abuses of Economics in Law’”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n.2, 1979, pp. 307-315.



disso aqui não vem ao caso. O fato é que a crítica expôs uma série de deficiências da tese de Posner, levando-o a posteriormente rever seu posicionamento. Já no início dos anos 1990, Posner havia abandonado definitivamente a ideia de que a maximização de riqueza pudesse ser fundacional ao Direito.⁷⁷ Desde então, Posner publicou vasta obra atribuindo um papel mais discreto à maximização de riqueza e defendendo o pragmatismo jurídico. Assim, esta versão a que aqui denominamos de “fundacional” perdeu força, embora outros destacados autores – notadamente Louis Kaplow e Steven Shavell – insistam em defendê-la, ou pelo menos em defendê-la no contexto de uma democracia firmemente estabelecida como aquela dos Estados Unidos.⁷⁸

A primeira subseção a seguir contém uma exposição resumida da visão fundacional da maximização de riqueza, enfocando também as principais críticas a ela endereçadas. A subseção seguinte expõe a posição madura de Posner, em que a defesa da maximização de riqueza tem papel bem mais discreto e insere-se em um contexto jus-filosófico mais amplo, o do pragmatismo jurídico. A terceira subseção examina a proposta da Escola de New Haven de Direito e Economia, enfocando pontos chave da obra do seu maior expoente, Guido Calabresi. Sem questionar os pressupostos metodológicos dos modelos microeconômicos de análise do Direito, Calabresi sustentou que a eficiência jamais poderia ser fundação ética do Direito, pois os sistemas jurídicos devem, em primeiro lugar, ser justos, e apenas em segundo lugar, devem contribuir para a maximização da riqueza e redução dos custos sociais.⁷⁹ Calabresi colocou o problema da maximização de riqueza e da diminuição dos custos sociais em um contexto amplo de discussão dos meios e fins para a atuação do Estado Regulatório moderno, e suas reflexões são importantes para pautar uma proposta de agenda de pesquisa em Direito e Economia para o Brasil. Antes que se dê prosseguimento, é importante ressaltar que a divisão do Direito e Economia em

⁷⁷ Literalmente: “tanto ao defender um papel significativo para a justiça corretiva quanto ao insistir na atribuição de um papel apenas limitado à maximização da riqueza, este livro altera alguns de meus pontos de vista anteriormente publicados”. POSNER, *supra* n. 52, p. 44.

⁷⁸ Vide KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

⁷⁹ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.



“escolas” é justificável apenas de um ponto de vista histórico. Atualmente, a maior parte dos autores da disciplina seguem posições ecléticas, não mais sendo possível enquadrá-los nesta ou naquela categoria.

(A) Versão fundacional

A ideia central desta hipótese “fundacional” é a de que as instituições jurídico-políticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza. Dessa ótica, a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas é a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade.⁸⁰ Isto leva à noção de que a maximização de riqueza seja fundacional ao Direito, no sentido de que possa ser o critério ético que venha a distinguir regras justas de injustas.

Dessa perspectiva, a noção de “riqueza” tem um sentido específico; não se trata simplesmente do valor de mercado dos bens produzidos ou detidos pelas pessoas. A riqueza, a que Posner alude quando trata da “maximização da riqueza”, diz respeito à soma de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: os preços de procura (quanto o indivíduo estaria disposto a pagar por bens que ainda não possui) e os preços de oferta (quanto o indivíduo precisaria receber para vender bens que já possui). Posner ilustra o ponto relatando uma negociação para a compra e venda de uma coleção de selos entre A e B.⁸¹ Se A estivesse disposto a pagar até \$1000 pela coleção de selos de B, então a coleção vale \$1000 para A (afinal, A estaria indiferente entre ter a coleção de selos ou ter \$1000). Se B estivesse disposto a vender a coleção de selos por pelo menos \$900, então a coleção vale \$900 para B (porque B estaria indiferente entre ter a coleção de selos ou ter \$900). Assim, se B vender a coleção de selos para A por, digamos, \$1000, a riqueza

⁸⁰ Daí a relação com o conceito de eficiência (e com o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks em particular) e com a teoria coaseana de redução dos custos sociais.

⁸¹ POSNER, *supra* n. 52, pp. 477-478.



da sociedade aumentará em \$100. Vejamos: antes da negociação, A tinha \$1000 em dinheiro e B tinha uma coleção de selos que valia \$900, representando uma riqueza total de \$1900. Após a venda dos selos, A tem uma coleção de selos que vale \$1000 para si, e B tem \$1000, e isso quer dizer que o valor total após a venda é de \$2000. Ou seja: com a venda desta coleção de selos, a riqueza da sociedade foi maximizada em \$100.⁸²

A venda dos selos deixou a sociedade mais rica no valor de \$100, e por isso esta compra e venda maximizou a riqueza da sociedade - independentemente dos efeitos sobre o PIB.⁸³ Isso quer dizer que a noção de maximização de riqueza é diferente da noção de maximização do PIB. Para entender como isto é possível, imagine que um indivíduo trabalhe quarenta horas por semana em uma empresa por um salário de \$1000. Então, ele decide mudar de emprego e vai trabalhar em outra empresa para ganhar salário inferior, de apenas \$500, porém trabalhando apenas trinta horas por semana. Ora, essas dez horas adicionais de lazer valem pelo menos \$500 para este indivíduo, ou então ele jamais teria trocado de emprego. Portanto, a mudança de emprego gera valor, ainda que o PIB caia (pode-se supor que o PIB cairá porque haverá um indivíduo produtivo que estará trabalhando menos). A seguir, suponha, para ilustrar numericamente, que essas dez horas adicionais de lazer valham \$600 para este mesmo indivíduo (isso quer dizer que se o emprego inicial pagasse pelo menos \$1100 pelas quarenta horas de trabalho, este indivíduo não teria mudado de emprego). Nesse caso, a mudança de emprego deixará o primeiro empregador mais pobre. Mas quanto ele ficará mais pobre? Em princípio, menos do que \$100, porque se fosse mais do que \$100, então este primeiro empregador teria proposto um salário de pelo menos \$1100.⁸⁴ Em suma, nas interações econômicas consensuais via mercado presume-se que algum valor seja criado justamente porque, de modo geral, as pessoas retêm a propriedade de seus bens porque cada um desses bens vale mais para seu proprietário do que seria possível obter com uma venda em mercado.

⁸² Note que esses exemplos fazem sentido desde que se considere que as interações econômicas não geram custos a terceiros (ou seja, que não haja externalidades).

⁸³ O PIB (Produto Interno Bruto) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado.

⁸⁴ Para simplificar, este exemplo ilustrativo exclui os efeitos da tributação, dos subsídios, e também dos possíveis comportamentos estratégicos das partes.



O Direito se relaciona com a criação de valor principalmente porque oferece o aparato institucional necessário para instrumentalizar os intercâmbios econômicos. O direito de propriedade encoraja investimentos produtivos e trocas em mercado; onde não há propriedade, não há mercado.⁸⁵ O direito contratual instrumentaliza a cooperação e combate o comportamento oportunista; a responsabilização civil reduz os custos sociais dos acidentes e outros intercâmbios não contratuais; o direito societário regula os “problemas de agência” que surgem na relação entre acionistas e administradores, entre acionistas e credores da companhia, e também entre os diversos acionistas uns com os outros; a Constituição oferece um ponto de partida para a organização social; etc. Em suma, em uma economia de mercado, as instituições jurídico-políticas se relacionam intimamente com a “mão invisível” do mercado a que aludiu Adam Smith.

Como dissemos, a noção de maximização de riqueza como fundação ética do Direito foi objeto de severas críticas. O primeiro grupo de críticas ressalta as limitações da própria análise econômica positiva, para concluir que, se a ciência econômica não consegue sequer prever com grande acuidade os comportamentos em mercados, fora deles, no campo jurídico, o seu desempenho há de ser ainda pior. Consequentemente, sugere-se que (a) frequentemente as hipóteses da análise econômica do Direito não podem ser testadas porque geralmente não há dados disponíveis para os levantamentos empíricos que confirmariam tais hipóteses, ou os dados disponíveis não são confiáveis; (b) as hipóteses formuladas sobre se determinadas doutrinas jurídicas são conducentes à maximização de riqueza frequentemente não são falsificáveis, pois levam em consideração modelos ideais de comportamento ao invés de dados empíricos; (c) por uma série de motivos (que vão desde a impossibilidade de mensuração de bem-estar agregado até a falta de familiaridade dos profissionais do direito com conceitos econômicos),⁸⁶ a

⁸⁵ A quantidade de literatura dando robustez teórica a este ponto é enorme. Talvez a contribuição fundamental que modernamente orienta esta literatura esteja em DEMSETZ, Harold. “Some Aspects of Property Right”. *Journal of Law and Economics*, v.9, 1966, p. 61-70. Vide itens 1100 a 1500 da *Online encyclopedia of law and economics* (disponível em <http://encyclo.findlaw.com>).

⁸⁶ Note que parte dessas críticas vem dos próprios economistas liberais norte-americanos. Vide por exemplo BUCHANAN, James. “Good Economics-Bad Law”. *Virginia Law Review*, v. 60, 1974, p. 483-92 (defendendo a ideia de que os juízes não deveriam estar encarregados de decisões econômicas porque

maximização da riqueza não é um bom critério operativo para a aplicação e interpretação do Direito, e portanto a análise econômica do Direito não tem sentido prático; e, finalmente, (d) os modelos microeconômicos são ahistóricos e por isso desconsideram as peculiaridades dos diversos sistemas culturais.⁸⁷

Um segundo grupo de críticas rejeita a confusão entre eficiência e justiça com base em argumentos puramente normativos. Tais críticas incluem os seguintes argumentos: (a) a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio (ou então, se for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e portanto não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito);⁸⁸ (b) diversas liberdades (como a liberdade religiosa e a liberdade sexual) costumam ser defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor; (c) a maximização de riqueza ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade, e por isso é no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador; e (d) a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo, com o que teorias racistas ou xenóforas poderiam passar como moralmente aceitáveis (afinal, a escravidão, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade).

É importante mencionar todas essas críticas para que o leitor tenha bem clara a enorme complexidade encerrada não só pela versão fundacional de que ora tratamos, mas também pela própria proposta interdisciplinar de Direito e Economia. De todo modo, a discussão de cada um desses pontos é um tema muito amplo que não pode ser tratado adequadamente neste trabalho. A minha proposta é a de manter

não possuem treinamento para tal, e que por isso caberia ao Judiciário apenas valer-se da tradição jurídica para proporcionar um ambiente institucional estável e previsível).

⁸⁷ ARIDA, Pésio. "A Pesquisa em Direito e Economia: em torno da historicidade da norma" in ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 60-73.

⁸⁸ Conforme DWORKIN, Ronald M. "Is Wealth a Value?". *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 191-226.

a tensão gerada por esse grupo de críticas (para que a análise em Direito e Economia não seja nem míope, nem fanática), ao mesmo tempo em que se preserva a possibilidade de que o ferramental analítico da Economia possa iluminar problemas não solucionados da perspectiva auto-referenciada do Direito. As versões pragmática e regulatória tratadas nas duas subseções seguintes representam, de certa forma, na busca de uma via mais moderada em Direito e Economia Normativo.

(B) Versão pragmática

Em “Problemas de Filosofia do Direito”,⁸⁹ de 1990,⁹⁰ Posner expressamente abandonou sua defesa da maximização da riqueza como fundação ética do direito, e passou a defendê-la de modo bem mais limitado a partir de uma perspectiva pragmática. Posner observou que a teoria fundacional (por ele mesmo formulada) “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”.⁹¹

Ao “converter-se” ao pragmatismo jurídico, Posner deu novos contornos à noção de que a eficiência possa útil ao Direito. Descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade. Em seu lugar, colocou o problema da maximização de riqueza em um contexto mais amplo, o da jusfilosofia pragmática.

Mas afinal de contas, o que é pragmatismo jurídico? Não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos

⁸⁹ POSNER, *supra* n. 52.

⁹⁰ POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

⁹¹ POSNER, *supra* n. 52, p. 503.



socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner. De fato, o pragmatismo abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. Cornel West tentou encontrar um denominador comum e supôs ser o pragmatismo jurídico “um instrumentalismo orientado para o futuro que procura utilizar o pensar como uma arma para permitir ações mais efetivas”. Com isso, se rejeita tanto a visão conservadora de que “o que for será o melhor” quanto a visão fatalista de que nenhuma consequência é intencional; do mesmo modo, tanto o ceticismo e o relativismo⁹² (como posições filosóficas dogmáticas), quanto a metafísica são rejeitadas: a ênfase do Direito e Economia Normativo, em sua versão pragmática, está no prático, no consequencial e no empírico.⁹³

Da perspectiva pragmática, o Direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Posner rejeita a ideia de que o Direito esteja fundando em princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica.⁹⁴ Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências.⁹⁵ Isso conduz à rejeição de

⁹² O cético crê que os objetos não existem além da nossa percepção; o relativista duvida da ideia de que certas proposições sejam mais corretas do que outras.

⁹³ “Dizer que alguém é pragmático é dizer pouco. A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a “metafísica” – vê com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas” em qualquer campo da pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado.” POSNER, *supra* n. 52, p. 40.

⁹⁴ Afasta-se, portanto, do racionalismo platônico segundo o qual a verdade sobre argumentos metafísicos e éticos pode ser alcançada através de métodos puramente analíticos. O pragmatismo jurídico é antitético ao conceitualismo, e é uma forma de meio-termo entre o formalismo jurídico e o realismo jurídico.

⁹⁵ A visão pragmática é, portanto, antitética ao formalismo jurídico, assim entendido como a noção de que questões jurídicas possam ser respondidas exclusivamente através da investigação entre conceitos derivados de princípios e regras e com um exame meramente superficial da relação entre o Direito e o mundo dos fatos; daí o convite à pesquisa empírica.



todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.⁹⁶

O Posner pragmático, portanto, reconheceu que, por mais que se tente justificar a defesa das liberdades individuais com base em critérios de eficiência (por exemplo, sustentando que no longo prazo o Estado Democrático de Direito promove o desenvolvimento econômico e as liberdades individuais), haverá casos em que a repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, religiosas ou sexuais, etc. terá que ser feitas em bases outras que não a eficiência. Nas palavras de Posner, “em algum momento mesmo o indivíduo fortemente comprometido com a análise econômica do direito terá que tomar uma posição em questões de filosofia política e de filosofia moral”, para concluir que “eu me posiciono com John Stuart Mill em *Da Liberdade* (1859)”.⁹⁷

A meu ver, a tomada de posição liberal clássica perpassa a obra de grande parte dos jus-economistas⁹⁸ modernos. Mercados competitivos são, naturalmente, ambientes em que os indivíduos atuam com vistas a satisfazer seus próprios interesses através da conjugação das forças de oferta e procura, e onde (pelo menos teoricamente) podem maximizar seu bem-estar e riqueza através dos processos de intercâmbios e “decisões marginais”. A instrumentalização deste processo passa pelo alargamento da esfera de privacidade do indivíduo, pela garantia ao direito de propriedade e pela proteção à autonomia de contratar. Daí porque o liberalismo clássico – levando o Direito e Economia Normativo a reboque – seja frequentemente associado com o conservadorismo político.

Mas a associação que frequentemente se faz entre Direito e Economia Normativo e conservadorismo político é incorreta. O pensamento conservador se

⁹⁶ Ao longo dos últimos dois milênios, reflete Posner, a Filosofia do Direito foi dominada por duas posições rivais. A primeira, objetivista, no sentido de que é possível obter uma resposta correta até mesmo para as mais difíceis questões jurídicas. A segunda, subjetivista, no sentido de que questões difíceis podem ser corretamente respondidas de várias formas, com o que os poderes dos juízes são fundamentalmente arbitrários. Posner utiliza-se do pragmatismo jurídico para encontrar um caminho intermediário, rejeitando tanto o objetivismo (por ser excessivamente metafísico e indemonstrável) e o subjetivismo (por ser niilista). Vide POSNER, *supra* n. 52.

⁹⁷ POSNER, *supra* n. 11, p. 23.

⁹⁸ O termo juseconomista é tradução ao português de “legal economist”.

manifesta na teoria jurídica moderna principalmente em conjunção com versões platônicas, tradicionalistas e teológicas do pensamento Iluminista. O viés conservador não raro conjuga visões científicas com um sentido de estabilidade por trás do caos das impressões sensoriais. Da ótica pragmática, o Direito e Economia Normativo põe-se frontalmente contra esta visão. Primeiro lugar, porque rejeita duas noções caras aos conservadores, a saber, a noção de que possa existir um ordenamento normativo completo, coerente e livre de contradições e lacunas, e também a noção de que a atividade do profissional do Direito se restrinja à pura interpretação declarativa ou mecânica da norma. Segundo, porque complementa a noção de norma como comando com a noção de norma como incentivo.⁹⁹

Seja como for, a visão pragmática não determina que os juízes devam necessariamente ter papel ativo na formulação de novas regras jurídicas, muito menos que os juízes devam ignorar os textos legais e precedentes judiciais. Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte-Norte Americana do começo do século XX, e um importante pragmatista, já sustentava que os juízes não são livres para substituir as ideias da comunidade pelas suas próprias.¹⁰⁰ Posner vai além, e observa que há boas razões (tanto de natureza epistemológica quanto práticas) pelas quais os juízes, burocratas e demais profissionais do Direito devem atuar de acordo com os valores da tradição jurídica. Ou seja: um pragmatista poderá, inclusive, concluir no sentido de que os juízes devam atuar com grande formalismo, ou até mesmo da forma mais formalista possível! A diferença está em reconhecer que o dever de se ater à tradição jurídica, ou mesmo o dever de ser formalista (ou até de ser extremamente formalista) não seria nem obrigação moral, nem uma característica imanente ao Estado de Direito ou ao Direito; seria uma opção pragmática.

⁹⁹ Além disso, a epistemologia do Direito e Economia Normativo é completamente distinta da epistemologia do liberalismo clássico. É que a natureza pragmática do Direito e Economia Normativo pode complementar projetos vindos de qualquer ponto do espectro político. Da esquerda e da direita; liberais ou totalitárias. E é por tal motivo que o Direito e Economia não esgota o debate existente nas esferas da Filosofia Política e da Filosofia Moral.

¹⁰⁰ Para Cardozo, os parâmetros dos juízes devem ser objetivos. Porém, objetividade no sentido pragmático não é correspondência com a realidade nem aquilo que o juiz acha certo, mas sim o que o juiz possa razoavelmente acreditar que outro homem de inteligência e consciência normais iria razoavelmente imaginar ser o certo. POSNER, *supra* n. 11, p. 391.

Assim, desde esta ótica pragmática, o Direito e Economia Normativo acabará por postular que, ao interpretar e aplicar a lei, o Juiz de Direito deva sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito continuará sendo uma arte; não uma ciência.

(C) Versão regulatória

Do argumento de que há uma relação importante entre justiça e eficiência há ainda uma terceira versão. Trata-se de enxergar no Direito uma fonte de regulação de atividades, e portanto de concretização de políticas públicas. Esta visão está identificada com a Escola de Direito e Economia de New Haven, e tem em Guido Calabresi sua figura mais importante. Na síntese de Susan Rose-Ackerman, o Direito e Economia serviria para (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas.¹⁰¹ Dessa ótica (e disso o pragmático Posner não discordaria) a análise econômica desempenha um papel importante, embora limitado, no discurso jurídico, e a eficiência não é pedra de toque para a aferição do justo jurídico.

No clássico de Calabresi, “O Custo dos Acidentes: Uma Análise Jurídica e Econômica”, de 1970, é possível encontrar diversos pontos que ilustram bem a discussão sobre eficiência e justiça desde esta ótica “regulatória”. Tomemos a discussão a respeito dos custos de preservação de vidas humanas. Calabresi nota que nem mesmo as sociedades ocidentais modernas e desenvolvidas estão comprometidas com a noção de que a vida deva ser preservada a *qualquer* custo. Há

¹⁰¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy?*, 1989, apud MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79.



muitas atividades (na verdade, a maioria delas) que, ao menos estatisticamente, certamente causarão a perda de vidas. Segundo Calabresi, “nós construímos um túnel sob o Mont Blanc porque isso é essencial para o mercado comum europeu e diminui o tempo de viagem de Roma a Paris, ainda que saibamos que aproximadamente um homem por quilômetro construído de túnel morrerá.”¹⁰² A noção de que não estamos – nem deveríamos estar – dispostos a preservar vidas a qualquer custo é tão perturbadora quanto realista. Aliás, deveria ser óbvio que a sociedade não está disposta a preservar a vida a qualquer custo: a simples contratação de um policial que enfrenta o crime diariamente sugere que a sociedade está disposta a sacrificar algumas vidas (porque é certo que alguns policiais morrerão) para atingir alguma forma de paz social (e no limite, para evitar um número ainda maior de mortes que ocorreriam caso não houvesse policiais).

Mas será que, sendo baixo o custo em vidas para a construção do túnel sob o Mont Blanc, a sociedade deve desde logo considerar justa a autorização de sua construção? Ou, em termos mais amplos: será que tudo que é eficiente é também justo? Calabresi desde sempre defendeu que a resposta seria um sonoro “não”. Aquilo que é eficiente pode ser injusto. Calabresi nota que “nós tomamos aviões e carros ao invés de outros meios de transporte mais seguros e lentos. E talvez mais notavelmente, nós usamos equipamentos relativamente seguros ao invés do equipamento mais seguro imaginável porque – e não se trata de um mau motivo – o mais seguro de todos custa muito caro”.¹⁰³ Contudo, “decisões que sopesem vidas humanas contra custos e conveniência não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que a solução via mercado não é jamais a única a ser utilizada”.¹⁰⁴ Assim, por exemplo, “a discussão sobre a legalização da prostituição não se limita ao cálculo dos seus custos e benefícios” porque “grandes dilemas morais se prestam à determinação política e devem ser decididos através dos sistemas políticos adotados pela sociedade”.¹⁰⁵

¹⁰² CALABRESI, *supra* n. 79, p. 17-18.

¹⁰³ *Id.*, p. 18.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 19.



A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum.¹⁰⁶

Antes que se passe às conclusões deste trabalho, convém mencionar uma contribuição importante que esta veia “regulatória” do Direito e Economia Normativo claramente aponta ao estudioso do Direito. Trata-se de entender que sempre que um caso não pode ser decidido por meio de subsunção imediata dos fatos à lei, a tarefa do juiz é inescapavelmente normatizante, e os efeitos dessas normatização vão além das partes envolvidas no caso sub judice. Quando o espaço de indeterminação das normas é amplo - e situações como essas são muito frequentes - os juízes não se limitam mais a aplicar normas gerais a casos concretos. Por exemplo: O STF (Supremo Tribunal Federal) estabeleceu que é obrigatório o oferecimento de vagas nas escolas públicas em número suficiente para atender às crianças em idade escolar;¹⁰⁷ discutiu demandas para o fornecimento pelo Estado de remédios e tratamentos médicos caros¹⁰⁸; e opinou sobre a possibilidade de intervenção federal em virtude do não pagamento de

¹⁰⁶ Embora Calabresi não se tenha declarado um pragmático, a verdade é que a Escola de Direito e Economia de New Haven diferencia-se do pragmatismo posneriano muito mais em função de sua agenda política (Posner e a Escola de Chicago mas à direita, e Calabresi e a Escola de New Haven mais à esquerda) do que de seu substrato teórico.

¹⁰⁷ Vide RE 436.996-AgR, o RE 463.210-AgR e o RE-AgR 410715.

¹⁰⁸ Vide RE 393.175, RE 242.859, RE 267.612, RE 195.192, RE 256327 e o RE-AgR 268479.



precatórios¹⁰⁹. Para corretamente enfrentar situações como essas, os magistrados precisam pensar também como legisladores, pois sua atividade é também política. O velho esquema de subsunção (aplicação de normas gerais e abstratas a casos concretos) precisa ser revisitado, pois pode não resolver adequadamente os problemas. Isso é particularmente verdadeiro quando há normas abertas e programáticas, como é tão comum no ordenamento brasileiro. Em casos difíceis e com muitas susceptibilidades políticas, econômicas e sociais, integrar as consequências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas.

IV. Conclusão

Neste texto, busquei mostrar os contornos teóricos da disciplina de Direito e Economia, enfocando a distinção entre sua dimensão positiva e normativa. Essa distinção é fundamental para que se possa entender o projeto acadêmico da disciplina, porque (como sugeriu David Hume¹¹⁰) compreender o mundo, e torná-lo melhor, são coisas diferentes. Segundo Posner, trata-se de “uma distinção que os advogados têm dificuldade em compreender porque são ‘normativos inveterados’”. Ainda segundo Posner, esta seria uma fonte de confusão porque “muitas das críticas que são propriamente dirigidas à análise normativa não são aplicáveis à análise positiva.”¹¹¹

¹⁰⁹ Vide IF-AgR-ED 1012/SP, IF-AgR 2117 / DF, IF-AgR 506 / SP, IF-AgR 2081, IF-AgR 2663 / RS, IF-AgR 3124, IF-AgR 4174, IF 298 / SP.

¹¹⁰ Escrevendo no século XVIII, Hume notou que muitos autores trazem argumentos sobre o que “deve ser” com base em afirmações sobre o que “é”. Isso lhe parecia, desde um ponto de vista lógico, inconcebível (HUME, David, *Tratado da natureza humana : Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Deborah Danowski, trad. São Paulo: Imprensa Oficial: UNESP, 2001, livro III, parte I, seção I). Uma discussão polêmica e interessante sobre os limites da possibilidade de se derivar proposições de valor (do tipo “deve-ser”) a partir de proposições descritivas (do tipo “ser”) pode ser encontrada em SEARLE, John R. *How to Derive "Ought" From "Is"*. The Philosophical Review, Vol. 73, No. 1. (Jan., 1964), pp. 43-58.

¹¹¹ POSNER, Richard A. “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2., 1979, p. 285.

A introdução da disciplina de Direito e Economia em diversos cursos de graduação e pós-graduação em direito no Brasil convida à reflexão sobre o projeto acadêmico (inclusive a agenda de pesquisa) que a disciplina de Direito e Economia pode propor ao país. Há pelo menos dois problemas centrais em *qualquer* tentativa de introdução de matéria interdisciplinar na academia. O primeiro é o de que os movimentos interdisciplinares podem ser tomados por uma certa ideia de grandeza, um torpor que surge da ilusão de terem as respostas definitivas para uma enorme gama de problemas. No afã de conquistarem seu espaço na academia – e na política – tais movimentos superestimam suas potenciais contribuições e subestimam seus limites. O segundo problema é que a interdisciplinaridade é complexa, e seu estudo requer um grau de profundidade que nem sempre se pode atingir nas salas de aula. As tentativas de introdução do estudo interdisciplinar – de qualquer estudo interdisciplinar – nos cursos de Direito são frequentemente feitas sem o nível sofisticação (ou de cuidado) necessário, e assim corre-se o risco de lecionar versões excessivamente limitadas (ou mesmo grotescas, do tipo “receita de bolo”), obscurecendo a real utilidade do estudo.

Reitere-se: esses dois problemas são, a meu ver, comuns a toda tentativa interdisciplinar; não apenas ao Direito e Economia. É por isso que a interdisciplinaridade às vezes anda próxima do charlatanismo intelectual.

Discutindo o papel da academia jurídica no estudo da relação entre Direito e desenvolvimento, José Rodrigo Rodriguez traz a seguinte reflexão: “É nosso papel intelectual, de juristas e economistas, buscar fórmulas mágicas capazes de resolver os problemas de forma simples e barata? A resposta a esta pergunta é um sonoro ‘sim’. Se, contra todas as evidências, alguém conseguir encontrar uma fórmula dessas, certamente receberá o aplauso de todos. Mas, diante da dificuldade em se obter algo assim, arrisco dizer que é dever na Academia evitar apresentar seus conhecimentos como se fossem fórmulas mágicas. A menos que estejamos, de fato, na posse de uma poção mágica, é preciso evitar vender refrigerante de guaraná como se fosse tal.”¹¹² A “receita de bolo” de Rodriguez é talvez a única plenamente aceitável, desde que se

¹¹² José Rodrigo Rodriguez, *Direito e Desenvolvimento* com David Trubek, texto não publicado apresentado em conferência realizada na Direito GV, em São Paulo, no dia 6 de junho 2007.

tenha em conta que a rejeição de fórmulas mágicas é tão importante quanto a rejeição do imobilismo intelectual, da mesmice e da falta de imaginação.

Qual seria, então, o projeto acadêmico da disciplina de Direito e Economia? A meu ver, deve ser essencialmente o de (a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos.

Este esforço pode se dar a partir das seguintes perspectivas:

(a)*Análise institucional comparativa.* A noção de que o sistema jurídico possa ser um sistema de prêmios e punições conduz o estudioso a comparar os incentivos postos pelas diversas possíveis configurações que se pode dar aos institutos jurídicos. Para retomar um exemplo já mencionado: até que ponto a eliminação do foro privilegiado para congressistas de fato causaria diminuição da corrupção? E até que ponto causaria diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas? Pesquisas semelhantes podem ser empreendidas nos mais diversos campos do direito: da restrição ao porte de armas, ao tabelamento de juros em contratos.

(b)*Funcionalidade, efeitos de segunda ordem e efeitos "bumerangue".* Para se analisar as repercussões da lei, é preciso olhar para além das consequências para um único indivíduo. Deve-se ter em conta as reações sistêmicas de um grupo ou classe de indivíduos para uma determinada regra jurídica (os chamados efeitos de segunda ordem das regras jurídicas). Por exemplo: uma regra jurídica que facilite a quebra de contratos de locação por locatários de baixa renda pode favorecer um locatário individualmente tomado em uma determinada disputa judicial contra seu locador (*efeito de primeira ordem*); mas a regra consubstanciada por tal corrente

jurisprudencial irá também induzir os demais locadores a aumentarem o valor dos aluguéis cobrados de outros locatários de baixa renda para fazer frente ao maior risco de quebra de contrato, o que pode prejudicar toda uma classe de locatários (*efeito de segunda ordem*). De outro lado, a regulação de preços dos aluguéis estabelecendo tetos poderá privilegiar os locatários com aluguéis já em curso com contratos assinados (*efeito de primeira ordem*), mas provavelmente fará com que outros locadores diminuam a oferta de imóveis para locações futuras, causando falta de moradias (*efeito de segunda ordem*).¹¹³

(c) *Empiria*. A premissa de maximização racional ajuda na formulação de hipóteses, mas é importante tentar confirmar tais hipóteses. Neste ponto, a empiria tem papel chave, e enlace com pesquisadores de outras áreas enriquece o trabalho.¹¹⁴ O teste último de uma proposição de inspiração econômica é sua verificação empírica sobre o bem-estar das pessoas, e não sua elegância ou lógica interna. A evidência empírica pode ser utilizada tanto como ponto de partida (indicando a situação de equilíbrio, de onde se infere as preferências dos agentes) quanto como ponto de chegada (quando se parte de um modelo para depois contrastá-lo com a realidade). Do trabalho empírico, deve-se buscar extrair os componentes sistemáticos (que sugiram causa e consequência), separando-os dos componentes randômicos. As generalizações podem ser úteis ainda que sejam capazes de explicar somente uma parte do comportamento observado.¹¹⁵

(d) *Interface com outras ciências sociais*. A premissa de maximização racional pode ser um instrumento útil à pesquisa porque ajuda o observador a formular hipóteses. Essa premissa faz sentido porque a busca do bem-estar é uma regularidade do comportamento humano. Mas tal premissa não é um axioma; pode, e

¹¹³ Um outro exemplo interessante (e frequentemente ignorado): se a aplicação da legislação falimentar for excessivamente indulgente, as empresas tenderão a tomar riscos excessivamente altos; os credores poderão demandar juros mais altos, ou recusarem-se a emprestar; e os padrões de investimento na economia podem alterar-se radicalmente.

¹¹⁴ Aliás, alguns dos mais interessantes estudos em Direito e Economia refletem a tensão entre as predições de modelos rigorosos criados a partir da Teoria dos Preços e análise do comportamento das firmas, tribunais e legisladores com dados empíricos.

¹¹⁵ Esta ideia tem origem nas ciências sociais e na metodologia das regressões em particular (KITCH, Edmund W. "The Intellectual Foundations of 'Law and Economics'". *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983, p. 187.

deve, ser contestada em nos casos concretos. Há aqui pelo menos dois problemas importantes. Em primeiro lugar, os indivíduos nem sempre são racionais, como evidenciado pelo consumo de drogas pesadas por pessoas saudáveis, pela excessiva aversão a determinados riscos (tais como as fobias – e.g. medo de avião ou medo de altura), e talvez até pelos comportamentos de “manada” nos mercados financeiros. Em segundo lugar, as preferências dos indivíduos têm sempre um contexto cultural, político, social, antropológico, histórico, psicológico e (por que não?) até filosófico. Como notado por Sunstein, “as pessoas não andam por aí com cardápios nas suas cabeças”.¹¹⁶ As decisões devem ser sempre tomadas em seu contexto específico, e isso quer dizer, dentre outras coisas, que a empiria em Direito e Economia é enriquecida quando se leva em consideração as contribuições de outras ciências.¹¹⁷

(e) *Falhas de mercado e falhas de governo.* O fato de que o mercado falha é amplamente conhecido, e a existência de falhas de mercado é a justificativa clássica para a regulação de atividades pelo Estado. Demonstrar a existência de falhas de mercado é um exercício intelectual muito interessante; tão interessante quanto incompleto porque as falhas de mercado geralmente coexistem com falhas de regulação. A questão não é tanto se o mercado falha, mas entender se alguma das possíveis formas de regulação falhará menos do que o mercado. Por exemplo: como a sociedade deve lidar com o problema da poluição do ar? Uma alternativa é regular as atividades dos poluentes (limitando as emissões de gases tóxicos, por exemplo). Outra alternativa é tributar mais pesadamente os produtos tóxicos (com os chamados impostos “pigouvianos”). Uma terceira alternativa é criar direitos de propriedade sobre unidades de poluição (os chamados créditos de carbono). Não há como determinar aprioristicamente (isto é, dedutivamente a partir de princípios gerais) a modalidade institucional mais adequada e a escolha deve, portanto, levar em consideração os prováveis resultados e custos de cada opção.

(f) *Estudos comparados.* Importantes diferenças na estrutura das instituições jurídicas podem surgir como consequência das diferenças de custo em

¹¹⁶ SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 1.

¹¹⁷ ELLICKSON, Robert C. “Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics”. *Chicago Kent Law Review*, v. 65, 1989, p. 23-57.



cada sociedade e período histórico. O estudo comparado é particularmente proveitoso quando não é meramente descritivo, mas procura fornecer uma teoria fora da dogmática jurídica que explique o porquê das variações encontradas. Como comenta Michelman, o estudioso só consegue entender sua cultura e sua posição intelectual imaginando possibilidades alternativas.¹¹⁸ Isso tudo ressalta a importância da História do Direito e do estudo em Direito comparado.

(g) *Teoria jurídica*. O movimento de Direito e Economia aponta para uma série de questões importantes no nível da teoria jurídica, muitas das quais estão implícitas ao longo deste texto.¹¹⁹ Duas ideias chamam a atenção: (i) a de que um sistema que se proponha Kantiano (isto é, principiológico) necessita de alguma forma de permuta entre princípios de justiça, com o que a análise custo-benefício se torna inafastável; e (ii) o formalismo jurídico não deve ser estendido a ponto de separar o Direito do mundo real dos fatos.

(h) *Filosofia do Direito*. Qualquer que seja o tipo de análise feita em Direito e Economia, ela sempre ensejará problemas teóricos na esfera da Filosofia. Até mesmo a mais extrema redução do Direito à Economia ainda ensejaria toda uma série de problemas filosóficos, que surgiriam dos próprios postulados e inferências basilares da ciência econômica. Mas é na seara do Direito e Economia Normativo que surgem as questões filosóficas mais instigantes. Como nota o argentino Horacio Spector, o Direito e Economia Normativo é, por definição, uma forma de ética pública, porque de alguma forma diz respeito à justificação moral de ações tomadas no domínio público, ou de instituições sociais ou políticas. A justificativa de uma decisão afeta outras pessoas e é, por isso, inevitavelmente ética. Isso significa que, no final das contas, a

¹¹⁸ MICHELMAN, Frank I. "Reflection on Professional Education, Legal Scholarship, and Law-and-Economics Movement". *Journal of Legal Education*, v.33, 1983, p. 202 (apontando, ainda, para o fato de que nem toda pesquisa deve centrar-se nos custos: "Se tudo sobre o que você pensar em procurar em outras culturas for a correlação entre variações de 'condições de custos' e a 'estrutura das instituições jurídicas', você perde a possibilidade de reconhecer uma cultura em que uma das 'condições' principais [...] não tenha a forma de uma 'commodity' permutável na forma de 'custo'".)

¹¹⁹ Aliás, não é preciso declarar-se "pragmático" para levar consequências a sério (e aqui, refiro-me não apenas às consequências para indivíduos, como também às consequências para grupos de indivíduos). Basta ver que a teoria jurídica tradicionalmente aceita no Brasil contempla esquemas interpretativos como a interpretação finalística, teleológica, e sistemática, que em boa parte dos casos permite que se dê algum peso às consequências da construção jurídica.



Filosofia sempre terá um espaço importante no debate jurídico, qualquer que seja o enquadramento deste debate.

Acredito que a disciplina de Direito e Economia possa apontar novos caminhos para pesquisa em Direito no Brasil, aumentar a transparência do trato das instituições jurídico-políticas e contribuir para o aperfeiçoamento democrático. Hoje, a pesquisa em Direito e Economia convida a uma reflexão abrangente de inserção dos institutos jurídicos em contextos amplos de políticas públicas, e também à pesquisa interdisciplinar.

Em países em desenvolvimento como o Brasil o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, e a redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza. O estudo dos incentivos postos pelos institutos jurídicos faz parte deste esforço, e os estudiosos do Direito podem e devem tomar parte neste processo.

A HISTÓRIA DO DECLÍNIO E QUEDA DO EFICIENTISMO NA OBRA DE RICHARD POSNER

Originalmente publicado como capítulo do livro LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284-325.

Índice:

Apresentação

I. Ascensão: Eficiência como Método Analítico

II. Apogeu: Eficiência como Critério Ético

III. Queda: Eficiência Subordinada ao Pragmatismo

IV. Considerações Finais: A Análise Econômica do Direito e Seus Rumos



A HISTÓRIA DO DECLÍNIO E QUEDA DO EFICIENTISMO NA OBRA DE RICHARD POSNER

Apresentação

All that is human must retrograde if it does not advance.
Edward Gibbon¹

Muito se fala do suposto espírito colonizador da análise econômica do direito. Espalhando-se tal qual um império – talvez um império sediado em Chicago, não em Roma – a análise econômica estaria pouco a pouco se impondo, ou tentando se impor, sobre a teoria e a prática jurídica: primeiro dentro, e depois fora dos Estados Unidos, inclusive no Brasil. Esta visão contudo não é correta. Com a “guinada pragmática” de Richard Posner, até mesmo o arauto da suposta colonização entregou os pontos.

Este texto, cujo título é paráfrase do clássico de Edward Gibbon, relata a *história do declínio e queda* daquela que foi vista por muitos como a empreitada intelectual imperialista da análise econômica do direito capitaneada por Richard Posner: a utilização do critério de eficiência como a fundação ética para o direito. Conduzo o presente exercício examinando seletivamente a trajetória intelectual de Posner, enfocando principalmente suas obras escritas no período que se estende de fins dos anos 1970 até o início dos anos 1990.

Posner deu três principais contribuições à teoria jurídica. Duas redundaram em sucesso e perduram até hoje como referências teóricas importantes: pode-se discordar, mas não se pode legitimamente ignorá-las. Esses casos de “sucesso” são,

* Agradeço a Gabriel Pinto e Gustavo Ribeiro pelo auxílio na pesquisa para a elaboração deste texto. O presente trabalho contém diversas citações extraídas de obras estrangeiras e traduzidas livremente pelo autor.

¹ Edward Gibbon (1737 - 1794), historiador inglês, autor do clássico “A História do Declínio e Queda do Império Romano” (São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989, edição abreviada).



em primeiro lugar, a descrição do direito norte-americano em bases microeconômicas, a chamada análise “microeficientista” do direito; e, em segundo lugar, a reconstrução do pragmatismo jurídico nas bases do que se pode chamar de um “praticalismo posneriano”. Tratei desses casos de “sucesso” em outro trabalho,² e eu aqui os retomo somente na medida do necessário para compor o quebra-cabeça. Meu ponto central está no exame daquele que num certo sentido pode ser considerado o “fracasso” de Posner.

No final dos anos 1970, Posner propôs que o critério de eficiência poderia ser a pedra de toque para a formulação e interpretação do direito. Criticado, defendeu-se como pôde, até finalmente abandonar a tese. É nisso que consiste o que estou chamando de “fracasso”, e é a descrição desse quadro que se resume o presente trabalho.

Há pelo menos três barreiras a serem superadas para que se possa refletir de modo proveitoso a respeito da contribuição intelectual de Posner. A primeira é de natureza epistemológica. A interdisciplinaridade entre o direito e a economia, traço distintivo dos escritos enfocados neste trabalho, expõe uma série de problemas que dizem respeito às possibilidades e também às limitações que surgem no enlace entre diferentes metodologias.³ É que enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade;⁴ enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é também matemática; enquanto o direito é marcadamente hermenêutico, a economia é marcadamente empírica; enquanto o direito aspira ser justo, a economia aspira ser científica.

A segunda barreira é contextual. Posner não é um universalista. Seus escritos discutem institutos da *Common Law*, e da *Common Law* norte-americana em

² SALAMA, Bruno. O que é Pesquisa em Direito e Economia? Caderno Direito GV, Número 22 - mar/2008. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19.

³ É bom notar que as contribuições de Posner não se resumem ao enlace entre direito e economia. Por exemplo, Posner é também um dos autores mais influentes no chamado campo do *Law & Literature*, ou “Direito e Literatura”. Vide POSNER, Richard. *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*. Harvard University Press, 1998.

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo, Ed. Método, 2006, p. 271.



particular. Salvo raríssimas exceções,⁵ seu diálogo se dá com autores também da *Common Law* norte-americana – um ponto que costumeiramente passa despercebido pelos leitores do mundo da *Civil Law*. E mesmo suas teses normativas mais arrojadas são, nas suas próprias palavras, contextuais: dizem respeito aos Estados Unidos, mas não necessariamente para outros lugares.⁶

A terceira barreira diz respeito à existência de descontinuidades na obra de Posner. Houve descontinuidades tanto no nível filosófico quanto nos níveis metodológico e temático, e quem sabe até no nível ideológico.⁷ Aproveito-me da existência dessas descontinuidades para organizar este trabalho justamente a partir das rupturas na trajetória de Posner.

Aqui me interessam em particular as descontinuidades a respeito da utilização e da relevância do critério de eficiência para a teoria jurídica. Introduzo o tema, na seção I, examinando o que pode ser tratado como a “ascensão” do critério de eficiência. Discuto em linhas gerais as contribuições que vão dos seus primeiros escritos em meados dos anos 1960 até fins da década de 1970. Enfoco particularmente o clássico *Economic Analysis of Law* (1973) – esta, aliás, sua obra mais importante e mais útil até hoje.⁸ Ressalto que o traço unificador desses escritos é uma hipótese de natureza eminentemente *histórica*. A saber, a hipótese de que a *Common Law* tenha evoluído nos Estados Unidos no sentido de prover regras eficientes à sociedade americana.

⁵ Por exemplo, POSNER, Richard A. Creating a Legal Framework for Economic Development. World Bank Research Observer. Vol. 13. Iss. 1, 1998, p. 1-11. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LegalFramework.pdf>.

⁶ Isso não quer dizer, por outro lado, que o raciocínio e as metodologias empregadas por Posner não possam ser aproveitados fora da *Common Law*, como tem sido feito em graus mais ou menos proveitosos em inúmeros casos.

⁷ Indicações de alguma mudança ideológica podem ser encontradas em suas obras mais recentes. Vide por exemplo POSNER, Richard. *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Harvard University Press, 2009.

⁸ Outras obras importantes de Posner produzidas neste período incluem: “Taxation by Regulation”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 2, n. 1 (1971), pp. 22-50; “The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 3, n. 1, (1972), pp. 98-129; “The Behavior of Administrative Agencies”, 1 J. Leg. Studies 305 (1972); “Theories of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics & Management Science*, n. 02, v. 05 1974, pp. 335-358. E ainda: “Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials”, St. Paul, Minnesota: West, 1974 (com Frank H. Easterbrook), e “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis”. *The Journal of Law and Economics* v. 19, pp. 249-307 (com William M. Landes).



A partir de meados da década de 1970, Posner pôs-se a trilhar a formulação de uma síntese normativa entre justiça e eficiência. Essa formulação e os debates que se seguiram refletem, de certa forma, o “apogeu” do critério de eficiência nos seus escritos. O argumento central da teoria formulada por Posner é simples: o direito norte-americano não apenas *tem evoluído historicamente* no sentido da eficiência; o direito norte-americano *deve evoluir* (ou talvez, *deve continuar evoluindo*) no sentido da eficiência. A este argumento Posner deu o nome de teoria da “maximização da riqueza”. O livro que marca a transição é *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976),⁹ mas a obra emblemática é mesmo *The Economics of Justice* (1981).¹⁰ O título desta última - “a economia da justiça” – como se vê, é bastante sugestivo. A seção II abaixo se desenha em torno do exame desta obra.

A seção III a seguir retoma os debates acerca da teoria da maximização da riqueza. Esses debates se iniciam com a furiosa reação à teoria, percorrem a defesa da teoria pelo autor, e finalmente desembocam no seu abandono.¹¹ A seção é concluída com a indicação da publicação em 1990 de *The Problems of Jurisprudence*,¹² já traduzida ao português (“Problemas de Filosofia do Direito”).¹³ Nesta obra, Posner reformula radicalmente sua teoria de justiça. Ao fazê-lo, expressamente rejeita sua

⁹ POSNER, Richard. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago University Press, 1976. A transição é completada em um conjunto de obras publicadas nos anos seguintes, a saber: “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 8, n. 1 (1979), pp. 103-140; “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, 8 *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 487-598; “Contribution among Antitrust Defendants: A Legal and Economic Analysis”, 23 *Journal of Law and Economics*, p. 331 (1980, em co-autoria com William M. Landes e Frank H. Easterbrook); “Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis”, 9 *Journal of Legal Studies* 517 (1980, em co-autoria com William M. Landes); e “The Economics of Privacy”, 71 *American Economic Review Papers and Proceedings*, p. 405 (1981).

¹⁰ POSNER, The *Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981. Outras obras de Posner da década de 1980 que refletem a teoria “eficientista” do direito incluem “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 *Journal of Legal Studies*, p.325 (1989, em co-autoria com William M. Landes); “Trademark Law: An Economic Perspective”, 30 *Journal of Law and Economics*, p. 265 (1987, com Landes); “The Law and Economics Movement”, 77 *American Economic Review Papers and Proceedings* 1 (1987); “Rethinking the Fourth Amendment”, 1981 *Supreme Court Review* 49 (Philip B. Kurland, et al., eds.); e “The Positive Economic Theory of Tort Law”, 15 *Georgia Law Review* p. 851 (1982, com Landes).

¹¹ De se notar, no entanto, que embora Posner tenha abandonado a teoria da maximização da riqueza, há ainda autores que defendem teorias semelhantes. Vide KAPLOW, Louis E SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

¹² POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

¹³ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



teoria da maximização da riqueza e retorna à tradição jurídica americana por excelência, o pragmatismo jurídico. A seção IV conclui.

I. Ascensão: Eficiência como Método Analítico

O traço comum dos primeiros escritos de Posner foi um estudo dos incentivos criados pelas mais influentes interpretações e construções jurídicas da *Common Law* norte-americana. A hipótese de Posner é clara: os institutos da *Common Law* norte-americana evoluíram no sentido de prover incentivos para uma maior eficiência econômica, isto é, a maximização da riqueza medida em padrões monetários.

O objeto de pesquisa de Posner são as principais doutrinas e construções jurídicas dos tribunais norte-americanos desde a proclamação da Constituição de 1787 até o século 20. E é a partir delas que Posner constrói aquela que se tornaria até hoje sua obra mais importante, *Economic Analysis of Law*. Na sua primeira versão, em 1973, o livro tratara apenas da análise econômica de temas típicos da *Common Law*: direitos de propriedade, contratos, responsabilização civil e criminal, e processo. Tratara, ademais, da intervenção do governo nos mercados, o que se deu através do exame do direito antitruste e tributário. E, finalmente, continha uma apresentação ao estudante de direito da teoria dos monopólios.

Ao longo das últimas três décadas, a obra foi sendo constantemente revista e ampliada. As edições mais recentes contêm uma gama amplíssima de temas: direito societário e falências, família e sucessões, relações de emprego, relações de consumo, processo e provas no processo, dentre outros.¹⁴ Essas versões recentes de *Economic Analysis of Law* contêm, ainda, a análise econômica de vários temas em direito constitucional como a separação dos poderes, a proteção de direitos, desapropriações, discriminação racial e religiosa, liberdade de expressão, liberdade religiosa, confissões, dentre outros. Há ainda uma discussão da economia do sistema

¹⁴ Aqui a referência é à chamada *Law of Evidence*.



federalista, particularmente no que toca à relação sempre conflituosa entre estados e governo central. Dada esta gama de temas, não surpreende que a última edição do livro contenha em torno de mil páginas.

Economic Analysis of Law é antes de tudo uma tentativa de descrição do fenômeno jurídico. A descrição do Direito no tempo é uma tarefa tipicamente desempenhada pela Sociologia Jurídica e pela História do Direito; Posner o fez a partir do ferramental microeconômico. *Economic Analysis of Law* é um livro-texto destinado a explorar implicações da teoria microeconômica aplicada ao direito, particularmente ao direito norte-americano. Seu público básico são estudantes de Direito com pouca familiaridade com a microeconomia e sem conhecimentos avançados de matemática.

A inovação de Posner neste livro não é tanto sua hipótese histórica – até certo ponto trivial e talvez parcialmente tautológica – mas o método utilizado para embasá-la. O campo de aplicação típico da microeconomia são os mercados. Se o preço dos tomates aumenta, o consumidor supostamente comprará menos tomates e os substituirá, digamos, por abobrinhas. Na ausência de abobrinhas e de outros alimentos, poderá simplesmente comer menos, e talvez vá passar fome, a não ser que seja ajudado por sua família, por uma entidade de caridade, ou pelo governo. Essencialmente, o que Posner faz é simplesmente extrapolar este tipo de raciocínio para a análise dos institutos jurídicos.

A inquietação que move Posner não é nova: será plausível supor que as pessoas sejam racionais apenas quando estão interagindo nos mercados, e irracionais agindo fora deles? Posner supôs que a resposta seria negativa. Assim procedendo, partiu da hipótese trabalhada inicialmente por Beccaria,¹⁵ e logo por Bentham,¹⁶ e retomada no século XX por Gary Becker,¹⁷ de que um mecanismo análogo de cálculo racional possa existir tanto nos “mercados explícitos” quanto nos “mercados implícitos”.

¹⁵ Vide nota 39 *infra*.

¹⁶ Vide nota 37 *infra*.

¹⁷ Vide nota 43 *infra*.

Assim, construiu seu arcabouço analítico com base na hipótese de que o ajuizamento de ações, a realização de crimes, a ocultação de informações em juízo, a disposição para realizar acordos, e até mesmo a disposição para casar ou para ter ou adotar filhos sejam em boa medida resultantes de comportamentos instrumentais, em que os meios são adotados pelos indivíduos de modo a satisfazerem suas preferências individuais.

Em linha com as premissas metodológicas de modo geral adotadas pela *Escola de Chicago*,¹⁸ Posner utiliza a racionalidade como uma premissa instrumental para formulação de hipóteses.¹⁹ Um mercado pode comportar-se racionalmente (e, portanto, as “leis” de oferta e procura são úteis para prever consequências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada. A utilização da premissa de racionalidade não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios; o ponto é simplesmente o de que a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório (ou seja, é randômico).

Um aspecto freqüentemente negligenciado é o de que *Economic Analysis of Law* contém um argumento unificador, de natureza histórica. O fio condutor é a hipótese de que a *Common Law* norte-americana tenha evoluído no sentido de dar incentivos para tornar as relações sociais mais eficientes. A formação da *Common Law* poderia então, na visão de Posner, ser entendida como uma resposta dos juízes para tornar as normas cada vez mais eficientes.

Posner não procura demonstrar que *toda* decisão ou doutrina do *Common Law* seja eficiente. Para Posner, a hipótese da evolução da *Common Law* americana no

¹⁸ Sobre os reflexos da chamada *Escola de Chicago* na análise econômica do direito vide e.g. MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law— From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999; e SALAMA, *op. cit.*

¹⁹ Conforme descrita em FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics*. Em *Essays in Positive Economics* 3. Chicago: Chicago University Press, 1953. Posner, contudo, não se prendeu à noção Popperiana de falsificabilidade. Discutindo o movimento de *Law & Economics* já nos anos 1990, Posner notou que “ainda que muitos economistas positivos sejam seguidores de Karl Popper e, portanto, acreditem que a falsificabilidade seja a característica definidora de uma teoria científica, na prática os economistas empíricos enfatizam muitos mais a confirmação do que a falsificação”. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 487.



sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social mais amplo que está voltado à maximização da riqueza da sociedade.²⁰ Assim, a *Common Law* norte-americana ter-se-ia continuamente estruturado de forma a permitir que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo (embora não perfeitamente) dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria.²¹

O livro *Economic Analysis of Law* se desenha, então, em torno do que Posner identifica como sendo as três forças motrizes da *Common Law*.²² Primeiro, o direito da propriedade, que se ocuparia de criar e definir os “direitos de exclusividade” sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obrigacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários desses “direitos de exclusividade”. Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito da responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, se ocuparia de proteger os “direitos de exclusividade”, inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo. Tomados em conjunto, essas três forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

Chamada por alguns de estudo “microeficientista”, a metodologia utilizada por Posner parte do exame das instituições jurídicas concretamente identificadas. Essa metodologia é mais bem compreendida a partir de exemplos. Vejamos: sabe-se desde pelo menos o tempo de Adam Smith que a existência de propriedade privada incentiva a criação de riqueza ao encorajar a produção, facilitar os intercâmbios voluntários, e desincentivar as batalhas distributivas (inclusive o roubo). Mas se a transferência voluntária permite a criação de valor, indaga Posner, então o

²⁰ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 25.

²¹ Note-se que *Economic Analysis of Law* se constrói a partir de pressupostos hipotéticos. Como observado por Arthur Leff em uma resenha sobre a primeira edição do livro, “é preciso notar imediatamente, e nunca esquecer, que na realidade as proposições básicas [de Posner] não são de modo algum empíricas. Elas são geradas a partir de ‘reflexão’ sobre um ‘pressuposto’ a respeito de escolha em condições de escassez e maximização racional [...]. Nada meramente empírico pode interferir em tal estrutura, porque ela é definicional. Isto é, os pressupostos podem prever como as pessoas se comportam: nesses termos, não há outra maneira através da qual as pessoas se comportam”. LEFF, Arthur. “Commentary, *Economic Analysis of Law*: Some Realism About Nominalism”, 60 Va. L. Rev. 451, 457 (1974).

²² POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, Nova Iorque: Little Brown and Co., 1973.



que justifica a existência de um instituto de transferência involuntária de propriedade tal qual o usucapião?

Um princípio de eficiência alocativa requer, em tese, que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível.²³ Mas o usucapião permite que o ocupante da terra adquira o título de proprietário independentemente do consentimento ou do pagamento de compensação ao proprietário original. Ora, se o comércio permite a criação de valor, como se poderia justificar a eficiência de uma regra que permite a transferência de propriedade forma unilateral?

Na opinião de Posner, a principal vantagem da usucapião é a de aumentar a segurança nas transferências de propriedade.²⁴ O potencial comprador que sabe que o atual possuidor ocupou a propriedade pelo período exigido em lei para usucapir um terreno, tem muito mais certeza de que o título que lhe é apresentado pelo potencial vendedor é válido. Daí por que o instituto do usucapião permite reduzir os custos de procura e de prova. Além disso, a maior certeza sobre a validade do título de propriedade tende a aumentar o preço de negociação dos imóveis e a estimular o mercado imobiliário.

Vejamos uma circunstância análoga em que o direito nega efeitos a uma interação econômica voluntária. O direito nega efeitos aos atos cometidos sob coação. Pensemos na situação de um indivíduo que, estando sob a ameaça de uma arma de fogo, se vê diante a opção de ser assassinado ou assinar um determinado contrato. Este contrato não é válido, e os tribunais lhe negarão efeito. Por quê?

O motivo certamente não é o de que o indivíduo assinara o contrato de maneira involuntária. Afinal, o indivíduo provavelmente estava bastante ansioso para assinar o contrato o quanto antes (e assim fugir da ameaça da arma!). Do ponto de

²³ Neste particular, Posner sugere que a *Common Law* inglesa contenha uma história de esforços para tornar a terra mais facilmente transferível, tornando o mercado de terras mais eficiente.

²⁴ Este ponto foi depurado e retrabalhado em uma série de trabalhos posteriores. Vide por exemplo Baird, Douglas G. and Jackson, Thomas H. (1984), "Information, Uncertainty, and the Transfer of Property", 13 *Journal of Legal Studies*, 299-320; e Netter, J.M., Hersch, P.H. and Manson, W.D. (1986), "An Economic Analysis of Adverse Possession Statutes", 6 *International Review of Law and Economics*, 217-227.



vista econômico, o motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está no reconhecimento de que tais atos tendem a reduzir o produto social. A tolerância do direito a atos realizados sob coação incentivaria tanto a realização de ameaças físicas como prática usual de negócios, quanto os investimentos em defesa dessas ameaças. Sabe-se que negócios sob ameaça não são eficientes. Se fossem, as partes entrariam em acordo independentemente da ameaça física. Mas o indivíduo sob ameaça somente pode negociar com o que lhe faz a ameaça. Por isso, conclui Posner, a coação funciona como um “monopólio situacional”. E com isso a vedação à coação acaba podendo ser explicada pela própria *teoria dos monopólios*.

A *teoria dos monopólios* é, por sinal, o eixo central da segunda obra mais importante de Posner durante a década de 1970, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976). Nela, Posner defendeu que o Direito da Concorrência deveria ser encarado como um instrumento para a promoção do bem-estar, e que a própria Economia do Bem-Estar (*welfare economics*) seria o guia analítico mais adequado. As firmas são então vistas como agentes racionais que buscam a maximização dos seus lucros. Isso implicaria reconhecer que, para o Direito da Concorrência, a conduta de uma firma é relevante se essa busca do lucro se desse em detrimento do bem-estar agregado da sociedade. Vale dizer, quando for ineficiente.

Um corolário desta visão seria a de que as regras em Direito da Concorrência deveriam ter em conta os prováveis custos e benefícios agregados decorrentes das diversas posturas legais, interpretações e construções jurídicas possíveis. Com essas considerações, fica claro que Posner vai se tornando cada vez mais um “normativista”, e menos um “descritor”. Esta mudança de enfoque é a síntese da passagem para a sua segunda fase, descrita a seguir.

II. Apogeu: Eficiência como Critério Ético

No decorrer dos anos 1970 houve nos Estados Unidos três importantes tentativas de rearticulação de teorias de justiça a partir de concepções filosóficas



contratualistas, a saber: *A Theory of Justice* (John Rawls, 1971)²⁵ (traduzido ao português);²⁶ *Anarchy, State, and Utopia* (Robert Nozick, 1974),²⁷ e *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (James Buchanan, 1975).²⁸ Cada uma dessas três obras se dedicou a fazer uma releitura moderna dos três grandes contratualistas clássicos: Rousseau, Locke e Hobbes.²⁹

A teoria eficientista de Posner também pode ser vista como uma rearticulação de teorias contratualistas. Embora Posner não utilize a expressão “teoria de justiça”, ele utiliza a expressão “teoria moral” (*moral theory*),³⁰ e aplica suas teorias morais a questões jurídicas. Daí por que me parece correto tratar suas concepções eficientistas também como integrantes de uma “teoria de justiça”. Dada a sua inspiração Hobbesiana e forte identificação com as teorias da chamada “escolha pública” (*public choice*),³¹ a teoria de justiça eficientista de Posner pode ser vista tanto como uma quarta teoria de justiça de inspiração contratualista, quanto como uma variação das teorias de Buchanan.

Em síntese, a teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que “o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade.”³² Esta concepção, diz Posner, “permite uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si.”³³

²⁵ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

²⁶ RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁷ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974.

²⁸ BUCHANAN, James M., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago: Chicago University Press, 1975.

²⁹ Conforme nota COOTER, Robert D. “Justice at the Confluence of Law and Economics”, 1 Social Justice Research 67 (1987).

³⁰ Vide por exemplo POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 115.

³¹ A *escolha pública* utiliza as ferramentas analíticas da economia para questões tradicionalmente estudadas pela ciência política. Vide BUCHANAN, James M. e TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Michigan University Press, 1962.

³² Vide por exemplo POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 115.

³³ Id.



O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo.

A construção do argumento é sutil. Posner procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia Kantiana³⁴ e o utilitarismo Benthamiano³⁵. Para Posner, a ética da maximização de riqueza pode ser vista como “uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais”.³⁶ Assim, Posner imagina ser capaz de aproveitar-se seletivamente de apenas alguns aspectos de cada uma dessas tradições.

Vejamos: da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição Kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica.

Para entendê-la, é preciso desmembrar seus argumentos. Vejamos, inicialmente, os pontos de contato da teoria eficientista e o utilitarismo Benthamiano. Em primeiro lugar, como dito acima, tanto o eficientismo de Posner quanto o

³⁴ Vide nota 66 *infra*.

³⁵ Vide nota 37 *infra*.

³⁶ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 66.



utilitarismo de Bentham são espécies de teorias consequencialistas. Na filosofia, o consequencialismo é visão de que as propriedades normativas de uma conduta dependem fundamentalmente de suas consequências. Isso quer dizer que a moralidade de um ato há de ser determinada em função de suas consequências.³⁷

As raízes do consequencialismo estão no Iluminismo italiano, particularmente na obra do seu maior expoente, Cesare Beccaria.³⁸ No clássico *Dos Delitos e das Penas* (1764),³⁹ Beccaria formula o pressuposto utilitarista que viria posteriormente a influenciar um de seus atentos leitores, Jeremy Bentham. A saber, trata-se do pressuposto de que a lei deveria ser tal que orientasse as ações da sociedade com vistas obter a *máxima felicidade dividida pelo maior número*.

Beccaria sustentou, ainda, que é “melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida”.⁴⁰ Essas ideias estão não apenas na raiz do pensamento de Bentham, como também estão latentes nas análises da maioria dos economistas modernos; e na obra de Posner também.

Além do consequencialismo, Posner se vale também de um segundo ponto caro a Bentham: a idéia de que os indivíduos são maximizadores do seu bem-estar. Jeremy Bentham foi o primeiro a sugerir que indivíduos maximizam seu bem-estar em todas as suas atividades – da prática de crimes às relações familiares e

³⁷ O termo “consequencialismo” foi cunhado por G. E. M. Anscombe em artigo denominado “Modern Moral Philosophy”, de 1958 (vide *Philosophy*, vol. 33, no. 124, disponível em <http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html>). Na obra, o termo é usado para descrever o que a autora via como o principal erro das teorias morais utilitaristas de Jeremy Bentham (1789) e John Stuart Mill (1861). Vide BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (trad. Luiz João Baraúna). 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979; e MILL, John Stuart. *O Utilitarismo* (trad. Alexandre B. Massella). São Paulo: Iluminuras, 2000.

³⁸ POSNER, Richard A. *The Economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2ª ed., pp. 49-50 (“Ainda que as origens do utilitarismo, assim como da economia, sejam anteriores [à obra de Adam Smith,] *A Riqueza das Nações* – elas podem ser encontradas nos escritos de Priestley, Beccaria, Hume e outros – o utilitarismo não atingiu um estágio de desenvolvimento comparável ao da economia até o trabalho de Bentham uma geração após [Adam] Smith”).

³⁹ Beccaria, Cesare, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª ed.

⁴⁰ Beccaria, Cesare, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª ed., p. 109.



políticas. Para Bentham, “os Homens calculam, alguns com menor precisão, de fato, outros com maior: mas todos os Homens calculam. Eu não diria nem mesmo que os loucos não calculam.”⁴¹

A visão Benthamiana mais conhecida dos estudiosos do direito está na sua análise dos procedimentos criminais.⁴² Bentham supôs que a decisão de cometer um crime poderia ser tão racional quanto a decisão de comprar ou vender um bem em mercado. Daí por que, para controlar os crimes, o governo deveria estabelecer um “preço” que fosse alto o suficiente para dissuadir as pessoas de praticá-los. O preço do crime seria o valor presente da sanção penal, que corresponderia à severidade da punição ponderada pela probabilidade de que a punição de fato fosse aplicada.⁴³

O eficientismo de Posner é consequencialista, mas se pretende não-utilitarista. Para entender por que, comecemos retomando o conceito utilitarista básico. Escrevendo em fins do século XVIII, Bentham formulou a filosofia utilitarista a partir do “princípio da maior felicidade” (*greatest happiness principle*). Seu ponto de partida foi o de que “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que penamos”.⁴⁴

⁴¹ Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, W. Harrison ed. 1948, p. 298. Este trecho foi omitido da tradução ao português publicada pela Editora Abril, por isso a citação é tradução livre do autor do presente trabalho.

⁴² George Stigler sugere que Bentham tenha estabelecido as fundações para a moderna análise da área de microeconomia aplicada aos crimes. Vide George J. Stigler, “The Development of Utility Theory”, em *Essays in the History of Economics*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 66-155.

⁴³ Esta é na verdade a rearticulação moderna dada à teoria de Bentham pelo economista Gary Becker. Vide BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *The Journal of Political Economy*, vol. 76, pp.169-217 (1968).

⁴⁴ Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, W. Harrison ed. 1948, p. 125. Vide BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (trad. Luiz João Baraúna). 2ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Cap. 1, p. 3.



A partir daí, Bentham sustentou que a moralidade de um ato, política pública ou lei residiria na sua capacidade de gerar a maior quantidade de prazer para a maior quantidade de pessoas. Para tanto, propôs a utilização de um algoritmo que levaria em consideração as expectativas de intensidade e duração do prazer, o grau de certeza com que tal prazer seria produzido, o momento em que o prazer seria produzido, a quantidade de pessoas afetadas, e, finalmente, a fecundidade e pureza do prazer (que diziam respeito à possibilidade de que houvesse novas sensações de prazer ou dor derivadas da sensação original).⁴⁵

No que diferem, então, o eficientismo de Posner e o utilitarismo de Bentham? Essencialmente, no fato de que a medida de riqueza adotada por Posner é “valor econômico”, enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é “felicidade”. Ou seja: em Posner, a medida de justiça é a maximização de riqueza, ou de “valor econômico” (riqueza e valor econômico são tomados como sinônimos para Posner); em Bentham, a medida de justiça é a maximização de utilidade, ou de felicidade.

Esta resposta, contudo, deixa outra questão em aberto: o que é “valor econômico”? A definição do valor econômico tem perturbado os economistas desde que se começou a estudar economia de forma sistemática. Seria o “valor econômico” o mesmo que o “preço”? Será o valor de uso é igual ao valor de troca? Qual a relação entre “valor” e “trabalho”? Aqui não há necessidade de discutir essas questões em profundidade. Basta simplesmente ressaltar que a teoria da justiça de Posner pautou-se pela noção de “valor econômico” predominante na discussão econômica, e que pode ser traçada à obra de Alfred Marshall.

Assim, o “valor econômico” a que Posner alude quando formula sua tese eficientista tem um sentido específico e bem definido.⁴⁶ Trata-se essencialmente de quanto alguém está disposto a pagar por algo; ou, se o indivíduo já é dono desse

⁴⁵ BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação (trad. Luiz João Baraúna), 2ªed., São Paulo: Abril Cultural, 1979. Cap. 4, pp. 16-18.

⁴⁶ Na teoria eficientista de Posner, os termos “valor econômico” e “riqueza” são intercambiáveis.



“algo”, quanto precisaria receber para dele voluntariamente desfazer-se.⁴⁷ Trata-se, portanto, da soma de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: os preços de procura (quanto o indivíduo estaria disposto a pagar por bens que ainda não possui) e os preços de oferta (quanto o indivíduo precisaria receber para vender bens que já possui). Não se trata, por outro lado, simplesmente do valor de mercado dos bens produzidos ou detidos pelas pessoas.

Esse conceito de valor econômico é mais facilmente compreendido a partir de exemplos. Considere uma negociação para a compra e venda de uma coleção de selos entre A e B.⁴⁸ Suponha que A esteja disposto a pagar até \$1000 pela coleção de selos de B. Neste caso, sabe-se que coleção vale \$1000 para A (afinal, A estará indiferente entre ter a coleção de selos ou \$1000). Suponha que B esteja disposto a vender a coleção de selos por pelo menos \$900. Neste caso, sabe-se que a coleção vale \$900 para B (porque B estará indiferente entre ter a coleção de selos ou \$900). Assim, se B vender a coleção de selos para A por, digamos, \$1000, a riqueza da sociedade aumentará em \$100 (isto é, o valor econômico total da sociedade será incrementado em \$100).

Vejamos: antes da negociação, A tinha \$1000 em dinheiro e B tinha uma coleção de selos que valia \$900, representando uma riqueza total de \$1900. Após a venda dos selos, A tem uma coleção de selos que vale \$1000 para si, e B tem \$1000, e isso quer dizer que o valor total após a venda é de \$2000. Ou seja: com a venda desta coleção de selos, a riqueza da sociedade foi maximizada em \$100.⁴⁹ Note que outros valores de venda não alteram a riqueza total que é gerada. Veja o que ocorrerá, por exemplo, se A pagar \$950 pela coleção de selos. Após a venda, A terá uma coleção de

⁴⁷ POSNER, Richard A. *The Economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 60-61 (“Valor e felicidade estão claramente relacionados: uma pessoa não compraria algo a não ser que a propriedade lhe desse mais felicidade, no sentido amplo utilizado pelos utilitaristas, que os bens e serviços alternativos (inclusive lazer) de que ela teria que abrir mão para ter a coisa. Mas enquanto valor necessariamente implica utilidade, utilidade não necessariamente implica valor. A pessoa que gostaria muito de ter algo mais não está disposto ou não tem condições de pagar por ela – talvez porque seja muito pobre – não valoriza o bem no sentido em que estou utilizando o termo “valor”.”)

⁴⁸ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 477-478.

⁴⁹ Note que exemplos como esses fazem sentido desde que se considere que as interações econômicas não geram custos a terceiros (ou seja, que não haja externalidades); e ainda, desde que se desconsidere a utilidade marginal decrescente da renda.



selos que vale \$ 1000 para si, e lhe sobrarão ainda \$50 (portanto A terá uma riqueza total de \$1050). B receberá \$950. No total, a riqueza da sociedade após a venda será também de \$2000.

Dessa ótica, a venda dos selos deixou a sociedade mais rica no valor de \$100, e por isso esta compra e venda maximizou a riqueza da sociedade – independentemente dos efeitos sobre o PIB.⁵⁰ Este ponto tampouco é trivial, mas é importante: embora os conceitos andem próximos e estejam geralmente correlacionados, a noção de maximização de riqueza é diferente da noção de maximização do PIB ou de crescimento econômico.

Para entender como isto é possível, imagine que um indivíduo trabalhe quarenta horas por semana em uma empresa por um salário de \$1000. Então, ele decide mudar de emprego e vai trabalhar em outra empresa para ganhar salário inferior. Digamos, de apenas \$500, porém trabalhando apenas trinta horas por semana. Ora, essas dez horas adicionais de lazer valem pelo menos \$500 para este indivíduo, ou então ele jamais teria trocado de emprego. Note que neste caso a mudança de emprego gera valor, ainda que o PIB caia (pode-se supor que o PIB cairá porque haverá um indivíduo produtivo que estará trabalhando menos).

A seguir, suponha, para ilustrar numericamente, que essas dez horas adicionais de lazer valham \$600 para este mesmo indivíduo (isso quer dizer que se o emprego inicial pagasse pelo menos \$1100 pelas quarenta horas de trabalho, este indivíduo não teria mudado de emprego). Nesse caso, a mudança de emprego deixará o primeiro empregador mais pobre. Mas quanto ele ficará mais pobre? Em princípio, menos do que \$100, porque se fosse mais do que \$100, então este primeiro empregador teria proposto um salário de pelo menos \$1100.⁵¹ Em suma, nas interações econômicas consensuais via mercado presume-se que algum valor seja criado justamente porque, de modo geral, as pessoas retêm a propriedade de seus

⁵⁰ O PIB (Produto Interno Bruto) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado.

⁵¹ Para simplificar, este exemplo ilustrativo exclui os efeitos da tributação, dos subsídios, e também dos possíveis comportamentos estratégicos das partes.

bens porque cada um desses bens vale mais para seu proprietário do que seria possível obter com uma venda em mercado.

O eficientismo posneriano não é, portanto, um “utilitarismo aplicado”. Este ponto é fundamental, porque torna as críticas ao utilitarismo insuficientes para desqualificar o eficientismo. Referindo-se a alguns opositores da sua teoria eficientista, Posner notou que “seu procedimento é o de igualar a economia ao utilitarismo, e então atacar o utilitarismo. Se eles o fazem porque estão mais confortáveis com a terminologia da filosofia do que das ciências sociais, ou se o fazem porque desejam explorar a atual hostilidade filosófica ao utilitarismo, não é relevante. A questão importante é saber se o utilitarismo e a economia são distinguíveis. Eu acredito que sejam, e que a proposição normativa econômica que chamarei de ‘maximização da riqueza’ provê uma base mais sólida para uma teorização da ética do que o utilitarismo”.⁵²

As principais dificuldades associadas à filosofia utilitarista são amplamente conhecidas, e Posner jamais as ignorou. Ao contrário, ressaltou o que considerava serem dois problemas “insuperáveis” associados à ética utilitarista. Em primeiro lugar, o critério de felicidade seria impraticável.⁵³ Vejamos. Suponha que haja um consenso no sentido de que (do ponto de vista prescritivo) seja correto maximizar o prazer e minimizar o sofrimento do maior número de indivíduos que for possível. Ainda assim, diversas questões práticas e teóricas não poderiam ser adequadamente articuladas.

Eis alguns dos problemas: como mensurar a felicidade das pessoas? Será que todos os prazeres são iguais, ou haveria prazeres superiores?⁵⁴ Será que as preferências de um indivíduo sobre as condutas e pensamentos dos outros indivíduos devem ser protegidas? Imagine, por exemplo, que um indivíduo sofra um grande desconforto psicológico por saber que outras pessoas praticam outra religião, ou têm

⁵² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 48.

⁵³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 52-56.

⁵⁴ Vide MILL, John Stuart, *A liberdade ; Utilitarismo* (trad. Eunice Ostrensky), São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 191 (notando que “é melhor ser uma criatura humana insatisfeita do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito”).



outra preferência sexual, ou têm outro gosto estético, literário, ou artístico - será que esta sua “desutilidade” deve entrar no cálculo de “felicidade agregada”?⁵⁵

Em segundo lugar, o utilitarismo poderia produzir os tão conhecidos “perigos do instrumentalismo”.⁵⁶ Como o cálculo de felicidade é extremamente impreciso, é possível deduzir políticas públicas e interpretações legais que vão desde a defesa de liberdades públicas tipicamente liberais, até a justificação das mais intrusivas formas de intervencionismo estatal. No limite, com o utilitarismo pode-se até justificar o genocídio.

Como nota Posner, o princípio da maior felicidade levava Bentham em duas direções opostas.⁵⁷ Por um lado, Bentham valeu-se da retórica utilitarista para defender a liberdade religiosa, o divórcio civil, o sufrágio universal, a racionalização dos sistemas de punições, a reforma do processo, a remoção de restrições desnecessárias para a liberdade econômica, e a defesa de outras melhorias sociais, ao lado de outras contribuições científicas.⁵⁸ Na discussão desses temas, Posner demonstra uma indisfarçável admiração por Bentham, a quem considerava um homem dotado de prodigiosa inteligência, energia, e boa vontade.⁵⁹

Por outro lado, não escapou a Posner o fato de que Bentham tenha utilizado a mesma retórica utilitarista para defender o que Robert Nozick chamou de

⁵⁵ E isto não é tudo; há outras dificuldades práticas com a operabilidade do critério de felicidade. Será que a felicidade das gerações futuras deve ser considerada? Será que felicidade dos nascituros deve entrar neste grande cálculo? Se sim, deve-se considerá-la desde a fecundação, ou somente após um determinado número de meses de gestação? E ainda: será que a felicidade dos estrangeiros, deve ser considerada? E a dos inimigos em uma guerra? E a dos criminosos? E a felicidade dos animais? Se sim, de que animais? Somente os mamíferos, ou também outras espécies? Há mais. Suponha que se consiga superar todas essas questões. Será que se deve considerar a média, a mediana, ou o valor total de felicidade das pessoas?

⁵⁶ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 56.

⁵⁷ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 33.

⁵⁸ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 41.

⁵⁹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 40-41.



“monstruosidade utilitarista”.⁶⁰ Bentham foi um pioneiro no desenvolvimento de técnicas de lavagem cerebral, tendo discutido seriamente, inclusive, a possibilidade de se tatuar o nome das pessoas nos seus corpos para facilitar a perseguição criminal.⁶¹

Em suas críticas a Bentham, Posner reprova também o desinteresse de Bentham pela pesquisa empírica e sua crença quase cega na eficácia e retidão dos governos. Reprova, ainda, sua “excessiva, ainda que tipicamente moderna, crença na plasticidade da natureza humana e das instituições sociais”.⁶² Essa crença, sugere Posner, teria levado Bentham a ignorar algumas lições fundamentais das duas principais revoluções dos fins do século XVIII. Bentham teria ignorado a lição “positiva” deixada pela Revolução Americana, relacionada às possibilidades de institucionalização pluralista com freios e contrapesos no Estado.⁶³ Bentham teria, igualmente, ignorado a lição “negativa” deixada pela Revolução Francesa, que seriam os chamados “perigos” do Jacobinismo.⁶⁴

O critério efficientista seria, então, superior ao utilitarismo por três motivos principais. Em primeiro lugar, porque estaria fundado na “disposição de pagar” e não na “felicidade”. Isso conferiria uma superioridade operacional ao critério de maximização da riqueza: é mais fácil adivinhar as preferências das pessoas onde o mercado livre funciona, do que adivinhar que medidas irão maximizar a felicidade

⁶⁰ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974. Para ficarmos com o exemplo do filósofo Alan Donagan, relatado por Posner: suponha que uma pessoa decida assassinar seu avô. O assassinato é feito de forma indolor e não pode ser descoberto por mais ninguém. O avô é um sujeito senil, maldoso, e infeliz. Com o assassinato, o avô se vê livre de sua existência miserável e os diversos descendentes têm a alegria de dividirem uma grande herança. Será que isso tornaria o assassinato justificável? A resposta é negativa; “ninguém pode seriamente duvidar que [este assassinato] é monstruoso”. (Alan Donagan, *Is There a Credible Form of Utilitarianism?*, em *Contemporary Utilitarianism*, Michael D. Bayles (ed.), Garden City, N.Y., Anchor Books, 1968, pp. 187-188, *apud* POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p 57).

⁶¹ Outros legados de Bentham aos regimes totalitários podem ser encontrados em seus estudos sobre a auto-incriminação compulsória, a tortura, a existência de informantes anônimos, a abolição de sigilo na comunicação entre advogado e cliente, dentre outras.

⁶² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 46-47.

⁶³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 47.

⁶⁴ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp.42.



subjetiva. O critério de maximização da riqueza, então, poderia superar as dificuldades de comparação de utilidade inter-pessoal típicas do utilitarismo. De quebra, superaria também os problemas relacionados à imprecisão das fronteiras temporais e espaciais do utilitarismo, e obstaria as *monstruosidades utilitaristas* de que tratara Nozick.

Em segundo lugar, o critério eficientista permitiria contornar – na verdade, ignorar – os problemas de justiça distributiva ligados à distribuição inicial de riqueza da sociedade. Na leitura de Posner, Bentham poderia ter ido ainda mais longe em direção ao estado totalitário se não estivesse convencido que um mínimo de segurança da propriedade privada era necessário para criar incentivos adequados para o trabalho produtivo. Ainda assim, como é bastante evidente, do ponto de vista lógico nada obsta à justificação do distributivismo sob argumentos utilitaristas. Por outro lado, sob o critério eficientista, a única forma de preferência que importa é aquela que pode ser expressada monetariamente. É fácil, então, ver como a tese eficientista impõe uma restrição bem mais estrita à distribuição não consensual.

Em terceiro lugar, o critério eficientista incentiva os esforços produtivos e criativos dos agentes. A lógica interna do critério de maximização da riqueza estaria fundada na valorização do trabalho e do pensar; já a lógica do critério utilitarista estaria mais fundada no apetite e no consumismo, nos valores hedonistas e epicuristas. Assim, o critério de maximização da riqueza acabaria por encorajar, também, virtudes tradicionalmente associadas ao progresso como o respeito à palavra dada, a revelação da verdade e o comportamento honesto. Tomadas em conjunto, essas virtudes facilitariam a cooperação em sociedade, que é condição para o aumento da riqueza.

Após aproveitar-se seletivamente do utilitarismo, Posner irá fazer o mesmo com o seu contraponto na filosofia moral, o “Kantismo”. De um modo geral, o contraponto às teorias consequencialistas, das quais Bentham figura como ícone e maior expoente, pode ser encontrado nas teorias deontológicas.⁶⁵ A deontologia é o ramo da ética cujo objeto de estudo reside na discussão dos fundamentos do dever e

⁶⁵ As teorias consequencialistas são também chamadas de teleológicas.



das normas morais. O ponto central para distinguir a deontologia do consequencialismo reside no fato de que deontologia enxerga a justiça ou injustiça na própria conduta, e não nas suas consequências. Do ponto de vista da deontologia, a justiça depende de um, ou de alguns, princípios de justiça.

Kant propusera que a moralidade estaria fundada em normas morais categóricas.⁶⁶ Uma norma moral categórica, no sentido Kantiano, existe de maneira independente dos desejos, interesses e finalidades do indivíduo. A norma categórica “trabalhe duro” poderia ser um exemplo de norma ética categórica (“categórica imperativa”, no sentido Kantiano). Uma norma imperativa categórica como essa se oporia a uma norma hipotética imperativa, de que seria exemplo a proposição “se quiser ser admirado, trabalhe duro”. Para Kant, as normas morais são absolutas. Violar um categórico imperativo seria, portanto, moralmente inaceitável, mesmo nas circunstâncias em que houvesse consequências mais positivas da violação do que do cumprimento.

É bom notar, antes de tudo, que em sua crítica ao Kantismo, Posner não está preocupado em criticar especificamente a obra de Immanuel Kant. Ao contrário, Posner utiliza o termo “Kantismo” para se referir a um amplo grupo de teorias éticas que “subordinam o bem-estar (*social welfare*) a noções de autonomia do ser humano e auto-respeito como critérios de conduta ética”.⁶⁷ Nem todas as teorias deste grupo são necessariamente idênticas àquelas contidas nos escritos de Immanuel Kant, e muitas são até mesmo bastante diferentes.⁶⁸ Daí porque Posner evita defini-las de modo muito estreito. O “Kantismo” a que Posner se refere é, então, composto pelo grupo de teorias filosóficas que, de um modo geral, estão centradas no princípio de que há coisas que são absoluta e intrinsecamente “erradas”, independentemente do bem que possam fazer a um indivíduo ou à sociedade em geral.

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2004.

⁶⁷ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 55, NR 21.

⁶⁸ A introdução do termo “Kantismo” como uma mera forma de aproximação não-utilitarista deve-se a Bruce Ackerman. Vide ACKERMAN, Bruce. *Private Property and the Constitution*, New Haven and London: Yale University Press, 1977, p. 71-72.



A crítica de Posner a este “Kantismo” se dá a partir da discussão dos casos-limite da filosofia anti-consequencialista. “Se a monstruosidade é um perigo do instrumentalismo,” observa Posner, “a debilidade moral, ou fanatismo, é o perigo dos teóricos Kantianos.”⁶⁹ O “fanatismo” Kantiano seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Posner estrutura sua crítica a este anti-consequencialismo radical a partir de uma adaptação de um exemplo clássico empregado pelo filósofo inglês Bernard Williams.⁷⁰

Suponha que em um país não democrático, Tiago seja hóspede de um policial. Este policial irá executar um grupo de prisioneiros políticos. O policial faz uma proposta a Tiago: se Tiago atirar em um dos prisioneiros, os demais serão soltos. Mas se Tiago rejeitar a proposta, o policial irá executar todo o grupo. A solução apresentada por Bernard Williams é a de que Tiago não deve atirar em nenhum prisioneiro. Haveria uma diferença essencial entre fazer o mal, e deixar de prevenir o mal. Atirar em um dos prisioneiros seria fazer o mal, mesmo que o fim último fosse salvar os demais; seria, por isso, uma atitude moralmente errada.

Posner rejeita a solução de Williams. Diz Posner, “a diferença [entre fazer o mal e deixar de preveni-lo] é difícil de enxergar no exemplo”.⁷¹ Afinal, se Tiago rejeitar a proposta do policial, todos os prisioneiros morrerão; se ele a aceitar, todos, exceto um, serão salvos. A rejeição da parte de Tiago seria um exemplo do que Posner chamou de fanatismo Kantiano.

Posner observa que a estratégia dos Kantianos para evitar o fanatismo é criar exceções aos deveres categóricos. Assim, “[os Kantianos] dirão que a tortura é errada mesmo que possa ser demonstrado (como Bentham acreditava) que na média

⁶⁹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

⁷⁰ WILLIAMS, Bernard. “A Critique to Utilitarianism”, *apud* POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

⁷¹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.



aumente a felicidade do maior número, mas irão então admitir que a tortura não seria errada se fosse necessária para salvar toda a humanidade”.⁷²

Ora, diz Posner: a partir do momento em que se admite a realização de tortura em uma situação tão extrema quanto salvar toda a humanidade, não há mais nenhum óbice lógico para a realização de um cálculo de custo e benefício para se admitir uma conduta que estaria categoricamente normatizada. “E se fosse necessário matar dois inocentes para salvar 200 milhões de norte-americanos – dez para salvar três milhões de habitantes de Chicago – vinte para salvar sessenta mil residentes de um bairro de Chicago?”⁷³ Não há, desde o ponto de vista lógico, como interromper este cálculo. Só que quando se aceita que este cálculo é concebível, então se torna forçoso aceitar também que as conseqüências importam para a moralidade das condutas.

A fim de evitarem o fanatismo, os Kantianos modernos teriam uma tendência a se tornarem parcialmente utilitaristas – ou, pelo menos, parcialmente consequencialistas. Para darem conta dos seus problemas, as teorias éticas Kantianas teriam uma tendência de fundirem-se com o utilitarismo. A filosofia moral de John Rawls seria, na visão de Posner, um exemplo desse movimento de fusão. Posner nota que “embora as premissas [de Rawls] sejam Kantianas e ele rejeite o utilitarismo por ‘não tomar a sério as diferenças entre as pessoas’, [Rawls] define justiça como o resultado de escolhas coletivas feitas por indivíduos na ‘posição original’, isto é, despidos de todas as suas características individuais”.⁷⁴

Assim, para Posner, o princípio de justiça Rawlesiano em muito lembraria o princípio de Bentham de maximizar a igualdade de renda entre as pessoas, sujeito à limitação de preservar os incentivos para que as pessoas sejam produtivas. Desse

⁷² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

⁷³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58-59.

⁷⁴ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 59.

modo, diversas implicações concretas da teoria de Rawls tenderiam a tornarem-se tão indefinidas quanto as implicações concretas do utilitarismo de Bentham.⁷⁵

Mas Posner acreditou que sua rejeição ao Kantismo fosse apenas parcial: sua teoria eficientista preservaria, pelo menos em parte, a noção de “autonomia” Kantiana. Como se sabe, a autonomia Kantiana se sintetiza na proposição de que “deve-se tratar as pessoas como fins e não como meios”. Posner inicia a construção do raciocínio analisando criticamente as diversas acepções do termo eficiência. A seguir, localiza a ética de Pareto⁷⁶ na tradição filosófica Kantiana. Após isso, apresenta os limites da ética de Pareto, situando sua ética eficientista próxima ao Kaldor-Hicks.⁷⁷ Posner então descreve o critério de Kaldor-Hicks como uma construção ética fundada *em parte* em uma concepção Kantiana de “consenso”. Soa complicado, e de fato o argumento é intrincado; por isso vamos passo a passo.

O termo “eficiência” possui diversas acepções. Para os fins da discussão das supostas bases Kantianas da teoria de maximização de riqueza de Posner, interessam-nos duas acepções: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.⁷⁸

Começemos pela eficiência Paretiana. Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima (isto é, eficiente) no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto.⁷⁹ Da

⁷⁵ Provavelmente não causaria surpresa a Posner o fato de que o economista *welfarista* John Harsanyi houvera antecipado o princípio de justiça Rawlesiano (escolha racional por pessoas em uma posição original) em mais de uma década. Vide HARSANYI, John C. Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-taking. *The Journal of Political Economy*, Vol. 61, No. 5 (Oct., 1953), pp. 434-435.

⁷⁶ Vide nota 79 *infra* e SALAMA, *op. cit.*

⁷⁷ Vide nota 85 *infra* e SALAMA, *op. cit.*

⁷⁸ Para uma discussão mais detalhada vide por exemplo COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 36-38, e 64-65.

⁷⁹ É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando portanto indiferentes).



perspectiva Paretiana, portanto, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua.⁸⁰

O italiano Vilfredo Pareto concebera o conceito de “melhora” como uma forma de resolver o principal problema prático do utilitarismo – a impossibilidade de mensuração de felicidade. Geralmente, a única forma de se constatar a existência de uma “melhora” de Pareto é demonstrando que todos os envolvidos consentiram com a mudança.

Voltemos ao já mencionado exemplo em que A compra de B uma coleção de selos por \$950. Se a venda foi consensual e não houve fraude nem coação, sabe-se que a utilidade para A da coleção de selos é maior do que a utilidade de \$950, e que a utilidade de \$950 é maior para B do que a coleção de selos. Daí por que, *desde que não haja efeitos negativos sobre terceiros*, a venda é uma melhora no sentido de Pareto.

A chamada “ética de Pareto” está fundada na ideia de que somente mudanças baseadas em consenso – isto é, somente mudanças que causam melhoras de Pareto – seriam aceitáveis. Posner nota que o consenso é um critério ético “congénito” à tradição Kantiana de preservar a autonomia individual e de tratar as pessoas como fins, e não como meios. A ética de Pareto poderia então ser localizada na tradição filosófica Kantiana.⁸¹

Como uma primeira aproximação, haveria, desse modo, uma convergência entre o princípio de maximização da riqueza e o princípio Kantiano de autonomia. Esta convergência surgiria porque as relações em mercado são em princípio consensuais. A proteção da possibilidade de que as partes interajam em mercado teria

⁸⁰ Aqui, a noção de melhora é subjetiva e diz respeito às preferências de cada indivíduo; ou seja, um indivíduo melhora quando ele prefere uma nova configuração, qualquer que seja ela.

⁸¹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 89. Ao localizar a ética Paretiana na tradição Kantiana, Posner teve pelo menos o cuidado de notar que “o consenso [...] é a base operacional da superioridade de Pareto. Não é sua base teórica, pois a superioridade de Pareto [foi concebida] como um instrumento da ética utilitarista.”



o duplo efeito de permitir a maximização da riqueza (porque as trocas tendem a gerar valor, conforme descrito acima) e de proteger a autonomia e a liberdade.⁸²

Mas o exemplo estilizado da venda de coleção de selos acima mencionado esconde a principal carência do critério de Pareto. Naquele exemplo, consideraram-se apenas os efeitos e motivações de A e B, que seriam os dois únicos envolvidos. Acontece que as interações econômicas costumam gerar efeitos sobre terceiros. Trata-se, no jargão da economia, da questão das “externalidades”. Por causa das externalidades, o critério de Pareto oferece uma solução apenas aparente – não uma solução real – para o problema da mensuração de utilidade.

Embora o critério de Pareto seja bastante útil para avaliar operações específicas (esta ou aquela compra de selos), ele é insuficiente para avaliar *classes* de operações. Posner utiliza como exemplo a discussão sobre se deve haver um preço máximo (“teto”) ou se deve vigorar o livre-mercado para a negociação de tomates.⁸³ Suponha que já exista esse teto. Deve-se removê-lo? Dependendo das circunstâncias, a remoção do teto provavelmente resultará num aumento do preço de negociado no mercado oficial, numa redução do preço do tomate negociado no mercado negro, e num aumento da quantidade de tomates produzidos; e talvez na redução da quantidade de abobrinhas produzidas. Além disso, a remoção do teto dos preços de tomates tenderá a causar um aumento no valor dos aluguéis pagos para os proprietários de terras voltadas à produção de tomates, na redução dos preços dos alimentos sucedâneos (como v.g. as abobrinhas); dentre muitos outros efeitos.

Ora, dada a quantidade de questões e de interesses envolvidos, será impossível identificar – muito menos negociar – a obtenção do consenso de todos os envolvidos na mudança na regulação dos preços dos tomates em mercado. Na prática, haverá ganhadores e perdedores com a mudança legal que remova o teto. Generalizando este exemplo, a ética de Pareto (baseada em melhorias em que não há

⁸² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 90.

⁸³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 89.

“perdedores”) é inaplicável à quase totalidade das questões envolvidas na política pública e no Direito, porque o consenso é geralmente inatingível.

Diante dessa dificuldade, o critério de Pareto não poderia ser a acepção de “eficiência” utilizada por Posner em sua teoria de justiça.⁸⁴ A concepção de eficiência de Posner anda próxima ao chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Suponha que uma mudança qualquer – por exemplo, a edição de uma nova lei, ou uma mudança na forma com a qual uma lei é normalmente interpretada – beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”), mas prejudique outro grupo (os “perdedores”). Como discutido acima, pelo critério de Pareto tal mudança não poderia jamais ser vista como eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças).

Isso quer dizer que, pelo critério de Pareto, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada. Afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse boa parte ou a quase totalidade da sociedade. O critério de Pareto, se utilizado como norte para a construção jurídica, faria então com que a lei perdesse toda a sua plasticidade, fatalmente condenando a sociedade à petrificação, ao imobilismo e à injustiça.

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam.⁸⁵ Desse modo, o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja “perdedores”.

Pode-se ilustrar o sentido do critério de Kaldor-Hicks com um exemplo recente da cidade de São Paulo. A prefeitura proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus

⁸⁴ Vide DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?” *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp.191-226.

⁸⁵ Vide KALDOR, Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, 49 *Econ J* 549-552 (1939).



negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação, e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança, sugerem que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) provavelmente excederam as perdas do grupo de “perdedores”.

Note que pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder.⁸⁶ Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra. Ao defender que a eficiência seja guia ético para o direito Posner está, na realidade, abraçando o critério de Kaldor-Hicks; não o ótimo de Pareto.

Do ponto de vista analítico, o critério de Kaldor-Hicks permite tratar separadamente o problema da eficiência (vista como maximização da riqueza) do problema da sua distribuição. Isto é, ele permite tratar analiticamente de maneira diversa os problemas do “tamanho da pizza” e da “distribuição dos seus pedaços”. Mas, como é óbvio, do ponto de vista político esses problemas estão imbricados. Por outro lado, como se vê, o critério de Kaldor-Hicks está *prima facie* em contradição com o critério de Kantiano de autonomia e consenso. Afinal, ele pressupõe a existência de perdedores (ainda que, como se viu, as perdas desse grupo são inferiores às perdas dos “ganhadores”).

Deparando-se com o problema ético posto por esta contradição, o próprio Nicholas Kaldor – naturalmente, um dos pais do “critério” que leva seu nome – oferecera o argumento de que o governo poderia sempre compensar esses perdedores, de modo a torná-lo pelo menos indiferentes à mudança.⁸⁷ Ou seja, o governo poderia transformar uma melhora de Kaldor-Hicks em uma melhora de Pareto.

O problema deste argumento é o de que ele é ingênuo. O argumento implicitamente pressupõe que o governo irá agir em bases éticas, o que

⁸⁶ E a bem da verdade, uma boa questão jurídica é se não houve de fato o que a doutrina americana chama de “regulatory taking”, ou expropriação regulatória.

⁸⁷ Vide KALDOR, Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, 49 Econ J 549-552 (1939), p. 550.



evidentemente nem sempre ocorre.⁸⁸ Essa circunstância põe, então, o problema da possibilidade de compatibilização entre a maximização de riqueza, espelhada no critério de Kaldor-Hicks, e a condição Kantiana de permissão de mudanças pela via consensual. A resposta de Posner a esse desafio foi a de que os dois preceitos – maximização de riqueza e consenso – seriam compatibilizáveis a partir do critério de “compensação *ex ante*”.⁸⁹

A ideia de compensação *ex ante facto* pode ser mais facilmente compreendida através de um exemplo. Suponha que uma empresa decida fechar uma fábrica na cidade A e abrir uma nova fábrica na cidade B.⁹⁰ Suponha, a seguir, que essa mudança faça com que o valor das propriedades na cidade B aumente, e na cidade A diminua. Isso quer dizer, portanto, que os demais moradores de B terão um ganho, e os de A terão uma perda. O critério de Pareto poderia sugerir que a mudança de endereço da fábrica somente seria eficiente se os moradores de A recebessem uma compensação (isto é, uma indenização correspondente à diminuição do valor de suas propriedades).

Contudo, Posner considera esta visão míope. Ela ignora o fato de que os proprietários de A já podem ter sido compensados *ex ante facto* pelas suas perdas. Isso porque o preço de compra originalmente pago por suas propriedades na cidade A já refletia, de alguma forma, a possibilidade de que a fábrica um dia poderia mudar-se para outra cidade. Se fosse claro que a fábrica jamais poderia sair de A, o preço original de suas propriedades teria sido mais alto. A redução no preço *originalmente* pago pelas propriedades na cidade A seria, portanto, a própria compensação *ex ante facto*.

⁸⁸ Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 93.

⁸⁹ Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 94.

⁹⁰ Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 90-91.



A compensação *ex ante facto* seria comparável a uma perda sofrida por um indivíduo que compra um bilhete de loteria e perde.⁹¹ Cada perda é o resultado de uma aposta voluntária que é plenamente compensada no momento da compra do bilhete de loteria. O argumento é o de que “a pessoa que compra um bilhete e perde o sorteio ‘consentiu’ com a perda, desde que não tenha havido fraude ou coação”.⁹² Nesses casos, há “consenso” (daí a base Kantiana), mesmo que o consenso seja tácito.⁹³

Sobre todas essas fundações conceituais se constrói o edifício da teoria da maximização da riqueza.

III. Queda: Eficiência subordinada ao Pragmatismo

A seção acima mostrou que o critério de maximização da riqueza, alçado à condição de fundação ética para o direito, possui duas ideias centrais. Primeiro, sua definição parte de uma base monetária. Justiça e aumento da riqueza medida em dinheiro se entrelaçam. Implícitas estão, portanto, as seguintes noções: (i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações

⁹¹ Esses exemplos mostram como o conceito de compensação *ex ante facto* se coaduna com o critério de maximização da riqueza *nos intercâmbios realizados nos mercados*. Mas a compensação *ex ante* teria um alcance maior do que apenas as operações realizadas em mercado. Posner sustenta que muitas das perdas sofridas pelas pessoas (nos mercados e fora deles) poderiam ser objeto de compensação *ex ante facto*. A explicação do raciocínio é complexa e não pode ser tratada satisfatoriamente aqui. Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 94-99.

⁹² Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 94.

⁹³ Outro exemplo: suponha que um empresário perca dinheiro porque o competidor desenvolveu um produto superior. Esta perda foi compensada *ex ante facto*, porque o retorno sobre o investimento originalmente feito pelo empresário inclui um prêmio para cobrir o risco de perdas por causa da competição. Ou ainda: suponha que um empresário perca dinheiro porque o competidor desenvolveu um produto superior. Esta perda foi compensada *ex ante facto*, porque o retorno sobre o investimento originalmente feito pelo empresário inclui um prêmio para cobrir o risco de perdas por causa da competição. POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 94.



econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado.

Segundo, a maximização da riqueza repousa sobre uma ideia de consentimento dos indivíduos como indicação do valor dos bens. Mas, como explicado acima, não é o preço de mercado a correta indicação de valor, mas sim o preço que os indivíduos estariam dispostos a pagar. A riqueza da sociedade é função do valor monetário subjetivamente atribuído aos bens e serviços, concebidos de maneira ampla.⁹⁴

Não é preciso grande imaginação para prognosticar o fato de que essa tese foi extremamente polêmica. Posner passou boa parte da década de 1980 defendendo-se de seus críticos – juristas, filósofos e economistas. Em 1985, quatro anos após sua nomeação pelo presidente Ronald Reagan para o cargo de juiz do Sétimo Circuito, publicou um artigo denominado *Wealth Maximization Revisited* (“Maximização da Riqueza Revisitada”).⁹⁵ Nesta obra, Posner iniciou seu processo de reconsideração da sua posição.

Confira-se: “há alguns anos, eu publiquei um artigo em que defendi a tese de que a ‘maximização da riqueza’ estabelece uma norma atraente para escolhas sociais e políticas, tais como aquelas feitas pelos tribunais quando instados a determinar se a responsabilização civil deve estar baseada na culpa (responsabilização subjetiva) ou na própria ação (responsabilização objetiva). Este artigo deu ensejo a uma enxurrada de críticas, às quais eu respondi – sem lograr convencer a maioria dos meus críticos. Eu estou contente em poder ter a oportunidade de reconsiderar minha posição. Talvez por causa da minha nova perspectiva como juiz, eu me tornei um pouco mais simpático às críticas que recebi – mas apenas um pouco mais.”

Neste primeiro momento, a “reconsideração” de Posner foi bastante modesta. Ao final, seu argumento reforçava sua convicção de que a maximização da riqueza seria no mínimo tão protetiva dos direitos e liberdades individuais quanto os

⁹⁴ HARNAY, Sophi e MARCIANO, Alain. Posner: L'Analyse Économique du Droit. Paris, Michalon, 2003, p. 70.

⁹⁵ POSNER, Richard A. “Wealth Maximization Revisited”, 2 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 85 (1985-1987).



demais critérios defendidos pela tradição liberal. A maximização da riqueza estaria, então, firmemente assentada na filosofia liberal ocidental – nomeadamente (e claro, seletivamente) em Locke, Kant, Jefferson e acima de tudo em Hobbes. A discussão da teoria eficientista nos termos da filosofia política, por outro lado, parece ter sensibilizado Posner para uma série de desafios teóricos tratados de forma um pouco apressada em *Economics of Justice*. Mas a guinada teórica ainda levaria cinco anos.

Posner debateu arduamente com seus críticos por alguns anos. Algumas das principais críticas endereçadas à tese eficientista, e alguns dos principais contra-argumentos, estão resumidos adiante.

A primeira crítica à teoria da maximização da riqueza sustentou que diversas liberdades (como a liberdade religiosa e a liberdade sexual) são defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor. Os direitos individuais têm valor *per se*; não são meros instrumentos de maximização da riqueza.

O contra-argumento de Posner é o de que em uma sociedade multifacetada (como a norte-americana) não haveria consenso sobre as implicações reais dos valores morais abstratamente tutelados. Ao sopesar custos e benefícios, o critério de maximização permitiria chegar-se a soluções palpáveis. As soluções da filosofia moral, ao contrário, são apenas aparentes ou retóricas.

A segunda crítica foi a de que a maximização de riqueza perigosamente ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade. As alocações originais podem ser injustas, e o critério eficientista não faz senão perpetuar a injustiça. Por causa disso, a maximização seria no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador.

Posner admitiu que a distribuição original é arbitrária, e repousa principalmente sobre a sorte. Mas o sacrifício de preocupações igualitaristas encerrado na tese eficientista viria em contrapartida de um reforço das virtudes e da recompensa à produtividade e ao trabalho individual. Além disso, critérios de justiça que desconsiderem as consequências previsíveis seriam igualmente incompletos. Ao fim, Posner reconheceu que não há como justificar, da ótica eficientista, que



indivíduos produtivos sustentem indivíduos improdutivos. Como Posner não rejeitou por completo o estabelecimento de algum nível de seguridade social, seu argumento, neste ponto, entrou em um curto-circuito lógico.

A terceira crítica foi a de que a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo; e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo. Ora, com isso, teorias racistas ou xenófobas poderiam passar como moralmente aceitáveis. Afinal, a escravidão, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade. Em última análise este argumento é simplesmente o de que a maximização da riqueza é, no fim das contas, apenas mais uma forma de utilitarismo.

Já observamos a distinção traçada por Posner entre o eficientismo e o utilitarismo. Posner contestou a equiparação entre ambas sugerindo que da ótica da maximização da riqueza os direitos individuais teriam importância singular. Um dos exemplos utilizados por Posner foi o de que as políticas genocidas da Alemanha nazista seriam potencialmente defensáveis sob a ótica utilitarista, mas não sob a ótica eficientista.

A quarta crítica diz respeito à operabilidade do critério de maximização da riqueza: se a ciência econômica não consegue sequer prever com grande sucesso o funcionamento dos mercados explícitos, então é de se esperar que fora deles seu resultado seja ainda pior. Afinal, nos mercados implícitos, os preços sequer são postos; são apenas pressupostos. A discussão filosófica sobre a maximização da riqueza seria então inócua. Ela não teria sentido prático, independentemente dos seus méritos filosóficos. Em sua defesa, Posner argumentou que o critério de maximização de riqueza seria operável, ao menos no âmbito das atividades dos juízes da *Common Law* norte-americana. Para Posner, a eficiência seria um conceito de justiça que poderia plausivelmente ser imputado aos juízes da *Common Law*.

Finalmente, a quinta crítica à teoria da maximização da riqueza se resume ao argumento de que o sistema jurídico está necessariamente calcado em valores; só



que a eficiência não é um valor. Ou então, se for um valor, trata-se de um valor repugnante à maioria das pessoas. Por um lado, a maximização da riqueza não leva a sério a importância dos direitos inalienáveis, e, assim procedendo, permite qualquer escolha voluntária, por mais desumana que seja. Por outro lado, não dita regras políticas em matéria de caridade e de auxílio aos necessitados.

Em sua defesa, Posner argumentou que o critério de maximização estaria também cingido pela constituição, que chancela apenas determinadas escolhas. Já dando mostra de suas inclinações pragmáticas, Posner dirá que as regras são válidas aqui e agora: as ponderações últimas sobre valores são contingentes.

Em 1990, Posner jogou a toalha. Naquele ano, com a publicação de “Problemas de Filosofia do Direito”, Posner definitivamente abandonou a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. A teoria da maximização da riqueza, escreveu Posner, “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”.⁹⁶

E, deste modo, Posner reviu sua posição, desta feita de maneira radical. Ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo norte-americano. Estas, dirá Posner mais tarde, incorporam intuições utilitaristas, sem a elas se resumirem: seria preciso adicionar ao caldeirão teórico o liberalismo e o pragmatismo arraigados à cultura política norte-americana.⁹⁷

Embora Posner não tenha deixado claro quais críticas teriam sido mais fundamentais no seu abandono da teoria da maximização da riqueza, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período da sua

⁹⁶ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 503.

⁹⁷ Esta é a tese de fundo de POSNER, Richard A., *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, Introdução, pp. 1-29.



mudança de posição, Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin⁹⁸ – com quem Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas.

Neste tributo, Posner diz o seguinte: “um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas.”⁹⁹ O artigo de Dworkin ao qual Posner se referia era o célebre *Is Wealth a Value* (“A Riqueza é um Valor?”),¹⁰⁰ em que Dworkin defendeu o já mencionado argumento de que a maximização da riqueza não poderia ser um guia para a justiça: a eficiência não é um valor, e a justiça requer valores.

O que Posner sugere tenha sido um “exagero” de Dworkin estaria provavelmente no ponto de partida da crítica de Dworkin. Ao criticar a teoria efficientista de Posner, Dworkin pressupusera, incorretamente, que o critério de eficiência de Pareto seria “o sentido usual [de eficiência] dentre a profissão [de economistas]”. Isso não é necessariamente verdadeiro, já que o termo eficiência pode ser entendido simplesmente como uma relação de maximização dos resultados a partir de uma ponderação entre custos e benefícios. Este ponto é importante porque, como vimos, a teoria efficientista não se resumia a uma mera aplicação da ética de Pareto. Daí por que o tributo de Posner a Dworkin, ao lado de conter passagens laudatórias, esteve permeado por insinuações de que Dworkin não fora um leitor suficientemente atento das obras que teria tão insistentemente atacado.

Fato é que já há duas décadas Posner passou a defender uma noção bastante particular de pragmatismo jurídico.¹⁰¹ O pragmatismo jurídico de Posner descende – porém distingue-se – do pragmatismo filosófico. Da mesma forma que Posner se referiu a “Kantismo” sem querer tratar exclusivamente da obra de Kant, sua

⁹⁸ Vide nota 84 *supra*.

⁹⁹ POSNER, Richard A. “Tribute to Ronald Dworkin”, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9 (2007).

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?” *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp.191-226.

¹⁰¹ Para um detalhe do pragmatismo jurídico de Posner vide artigo de Ronaldo Porto Macedo neste volume, “Posner e a Análise Econômica do Direito: Da Rigidez Neoclássica ao Pragmatismo Frouxo”.



concepção de pragmatismo não se funda sempre nas concepções filosóficas pragmatistas, e na concepção da filosofia pragmática de “verdade” em particular. O pragmatismo de Posner é uma espécie de “practicalismo”; uma “arte” de aplicar e formular o direito sem fundações filosóficas.

A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras.

IV. Considerações Finais: A Análise Econômica do Direito e Seus Rumos

Para além da discussão sobre as fundações teóricas da análise econômica do direito, há um sentido importante em desmistificar a teoria eficientista de Posner. Trata-se de ressaltar o fato de que a análise econômica não se limita à discussão propriamente filosófica sobre a relação entre os ideais de justiça e a busca da redução do desperdício – isto é, da eficiência.

No Brasil e em diversos outros países, a obsessão com essa questão tem consistentemente desviado a atenção do estudioso da existência de um outro nível de análise que é meramente descritivo/explicativo da realidade, e que, portanto, não se relaciona diretamente com essa discussão filosófica acerca dos paralelos entre eficiência, justiça e dever-ser jurídico.

Ora, se a economia não fornece um guia ético adequado para o direito, cabe perguntar: de que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? A meu ver, a resposta é a de que economia fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. Desse modo, a economia permite um tipo de crítica jurídica que já se tornou imprescindível nos dias de hoje.



Deixe-me ilustrar este ponto com um exemplo, antes de passar a algumas generalizações conceituais. Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei para acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores.¹⁰² Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. Alegadamente, o fim normativo da medida seria o de proteger os consumidores, em linha com o mandamento constitucional.

Os meios jurídicos propostos, contudo, não são adequados ao fim normativo proposto. A nova regra, se aprovada, induziria as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, jingles, etc. - ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, se estaria prejudicando a maioria deles.

Problemas parecidos surgem nos debates judiciais. É fácil notar que quando o espaço de indeterminação das normas é amplo, os juízes não se limitam a aplicar normas gerais a casos concretos. Por exemplo: recentemente o STF estabeleceu que é obrigatório o oferecimento de vagas nas escolas públicas em número suficiente para atender às crianças em idade escolar; discutiu demandas para o fornecimento pelo governo de remédios e tratamentos médicos caros; e opinou sobre a possibilidade de intervenção federal em virtude do não pagamento de precatórios.

¹⁰² Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE), Projeto de Lei nº 45/06. O argumento apresentado em defesa do projeto de lei foi o de que a oferta de condições mais vantajosas para novos consumidores ensejaria uma presunção de que os termos do contrato anteriormente firmado com os consumidores antigos teriam se tornado excessivamente onerosos, justificando sua revisão em favor desses consumidores antigos. Pela indicação desse exemplo ilustrativo, agradeço a Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.



Para corretamente enfrentar situações como essas, os magistrados precisam pensar também como legisladores, pois sua atividade é também política. Em casos difíceis e com muitas suscetibilidades políticas, econômicas e sociais, integrar as consequências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas.

O problema da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos é, então, a chave para se entender por que a economia importa para o profissional e o estudioso do direito. Quando há uma quebra nessa relação, o debate no campo dos valores protegíveis pelo direito entra em curto-circuito. Nesses casos, é preciso apelar para uma ferramenta descritiva do mundo. A partir da análise entre meios jurídicos e fins normativos é possível pensar em vários temas importantes. Esses incluem a justificativa econômica da ação pública, a análise de modo realista dos institutos jurídicos e das instituições burocráticas, e a definição dos papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas. A análise econômica pode desempenhar, então, um papel limitado, embora muito importante, no discurso e na prática jurídica.

O ponto central, como se vê, não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios. A contribuição de Posner, quando bem compreendida e posta em perspectiva, é um capítulo importante deste debate.

SETE ENIGMAS DO DESENVOLVIMENTO EM DOUGLASS NORTH

Originalmente publicado como capítulo da obra VILHENA, Oscar;
DIMOULIS, Dimitri. (Org.). *Desenvolvimento e Estado de Direito*. São
Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-58.



Índice

I. Introdução

II. O Conceito de Desenvolvimento

A. Definição

B. O Controle da Violência como Conceito-Chave

C. Ordens de Acesso Limitado (OAL)

D. Ordens de Acesso Aberto (OAA)

III. Uma Teoria do Desenvolvimento

A. O Processo de Transição

B. Ressalvas e Pressupostos Teóricos

C. Implicações para as Tentativas de Mudança Institucional

IV. Teoria Histórica da Evolução Institucional

A. A “Revolução Fiscal” Inglesa no Século XVII

B. A Centralidade dos Custos de Transação

C. Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico

V. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North

A. Primeiro Enigma: Como Ordenar o Desenvolvimento?

B. Segundo Enigma: Quais São as Lições da História?

C. Terceiro Enigma: Como o Direito Afeta o Crescimento Econômico?

D. Quarto Enigma: Como o Direito Afeta o Arcabouço Institucional?

E. Quinto Enigma: O Estudo do Desenvolvimento é Técnico ou Ideológico?

F. Sexto Enigma: Qual é o Papel do Direito Estatal?

G. Sétimo Enigma: A Quem Interessa a Rule of Law?

VI. Conclusão



SETE ENIGMAS DO DESENVOLVIMENTO EM DOUGLASS NORTH

"Economic history is about the performance of economies through time. The objective of research in the field is not only to shed new light on the economic past but also to contribute to economic theory by providing an analytical framework that will enable us to understand economic change."

Douglass North, *Lecture to the memory of Alfred Nobel*, 9/12/1993

"Você precisa de alguém que te dê segurança

Senão você dança, senão você dança."

Engenheiros do Hawaii

I. Introdução

Pensar o tema do *desenvolvimento* compreende um triplo exercício. O primeiro diz respeito ao estabelecimento de um referencial, ou parâmetro, contra o qual se possa contrastar os fatos e identificar avanço, estagnação, ou retrocesso. Isto é, trata-se de estabelecer um sentido para o desenvolvimento. O segundo aspecto é o de estabelecer as ferramentas analíticas com as quais se realizará o diagnóstico. O terceiro trata de lidar com problemas concretos que apresentem oportunidades para aplicação do ferramental teórico escolhido. Os dois primeiros aspectos são estritamente teóricos; só o terceiro é propriamente aplicado. A obra de Douglass North contém conceitos úteis para se pensar esses aspectos teóricos e fornece uma perspectiva original para se pensar em problemas aplicados.

Este trabalho conduz um mapeamento seletivo da obra de North. Enfoque especialmente sua produção das últimas duas décadas, particularmente (mas não



apenas) as seguintes obras: *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England* (1989, em co-autoria com Barry Weingast),¹ o clássico *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1990),² *Institutions* (1991)³ e o recente *Understanding the Process of Economic Change* (2005).⁴ Tomo também como centrais diversos artigos publicados por North nos últimos quatro anos, destacadamente o inovador *Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development* (2007, em co-autoria com John Wallis, Steven Webb e Barry Weingast).⁵

Divido o trabalho em seis seções. A seção II descreve a noção de desenvolvimento formulada por North. A seção III descreve sua teoria do processo de desenvolvimento. A seção IV descreve sua teoria histórica da evolução institucional. A seção V faz um balanço das anteriores, identificando o que me parece sejam verdadeiros *enigmas do desenvolvimento* que se pode encontrar na obra de North. A seção VI conclui.

II. O Conceito de Desenvolvimento

A. Definição

Para North, o desenvolvimento é um processo de transformação da ordem social; e mais especificamente, de uma transformação tal que enseje a transição de

¹ NORTH, Douglass C. e WEINGAST, Barry R. *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, *Journal of Economic History* 49 (1989): 803-32.

² NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

³ NORTH, Douglass C. *Institutions*. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1 (1991), pp. 97-112.

⁴ NORTH, Douglass C. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton, N.J.: Princeton University, 2005.

⁵ NORTH, Douglass C., WALLIS, John Joseph, WEBB, Steven B., WEINGAST, Barry R. *Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development*. World Bank, Policy Research working paper n. WPS 4359. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1015978>.



uma *ordem social de acesso limitado* para uma *ordem social de acesso aberto*. O crescimento econômico, dirá North, não conduz *necessariamente* a essa transformação: para que haja desenvolvimento, é preciso que surjam mecanismos institucionais e organizacionais que facilitem a transferência para o campo político dos ganhos da economia. Esse processo não é automático e não pode ser pressuposto. Confira-se sua definição, *in verbis*:

“Alguns estudiosos tratam o desenvolvimento como sendo idêntico ao crescimento da produtividade (Landes 1999; 1969; Mokyr 1990.),⁶ enquanto outros como Fogel⁷ e North enxergam uma diferença. [...] O desenvolvimento pode ser definido como movimento ao longo do espectro das Ordens de Acesso Limitado (OAL) para uma Ordem de Acesso Aberto (OAA). Este movimento tem em geral levado a um aumento da produtividade e renda. Entretanto, o aumento de renda, por si só, raramente ajuda os estados a se deslocarem ao longo do espectro das OALs, e muito menos a fazerem a transição para uma OAA. O crescimento resultante da evolução tecnológica, portanto, não necessariamente produz qualquer dessas formas de desenvolvimento; assim, melhorias tecnológicas não contribuem necessariamente para o desenvolvimento. Os chamados países em desenvolvimento podem adotar métodos de produção tecnológica aprimorados (provocando um aumento da produtividade dos fatores de produção) e, em certa medida, até mesmo desenvolverem novas tecnologias próprias, sem se tornarem OAAs, sem atingirem as condições básicas [para se tornarem OAAs], ou, até mesmo, sem se tornarem OALs maduras no sentido de darem suporte a uma ampla rede de organizações fora do estado.”⁸ (grifei e anotei)

Ressalto os três pontos centrais dessa definição, para que se possa examiná-los com mais cuidado adiante. Em primeiro lugar, o desenvolvimento é um processo evolutivo de transição da ordem social em que há uma passagem de *ordem de acesso limitado* para *ordem de acesso aberto*. Em segundo lugar, o crescimento econômico pode conduzir ao desenvolvimento, mas isso não ocorrerá necessariamente. Finalmente, em terceiro lugar, o que diferencia os países

⁶ Referências a LANDES, David S. 1969. *The Unbound Prometheus*. NY: Cambridge University Press; e LANDES, David S. 1998. *The Wealth and Poverty of Nations: Why some are so rich and some so poor*, NY: W.W. Norton (publicado em 1998, com um epílogo adicionado em 1999 à edição em brochura); e MOYIR, Joel 1990. *The Lever of Riches: technological creativity and economic progress*. NY: Oxford Univ. Press.

⁷ Robert William Fogel, economista norte-americano, dividiu o Nobel de economia com North em 1993.

⁸ NORTH et al., nota 5, p. 36.

desenvolvidos dos demais é o tipo de ordem social existente, que nos primeiros é de *acesso aberto* e nos demais é de *acesso limitado*.

B. O Controle da Violência como Conceito-Chave

Nas suas obras mais recentes, North toma como ponto de partida a observação de que a maioria das teorias de estado, explícita ou implicitamente, se escora em dois pressupostos empiricamente falsos: primeiro, o de que o estado é um ator único, e não uma coalizão deles; segundo, o de que o estado possui o monopólio da violência. Com esses dois pressupostos, é possível trabalhar com uma ideia simples de planejamento social centralizado e benevolente; sem eles, o quadro é bem mais complexo.

Segundo North, o exame da *história humana registrada* (“recorded human history”) indica que o primeiro objetivo das organizações políticas é o de prover ordem e evitar a violência física.⁹ Sem a existência de um estado organizado, a violência é endêmica. Alguns indivíduos ou grupos se especializam no uso da violência, mas todos precisam estar constantemente preparados para defender a sua integridade física, sua vida e seus bens, inclusive pela força das armas disponíveis quando necessário.

O primeiro desafio é então criar condições para que os indivíduos compitam pacificamente ao invés de lutarem. Somente após a pacificação é que será possível buscar outros objetivos como especialização do trabalho, o aumento dos intercâmbios e outras formas de desenvolvimento humano. Ao longo da história, as sociedades humanas se valeram de instituições, organizações e crenças que lhes permitiram lidar com o problema da violência com diferentes graus de sucesso. Essas sociedades possuem uma lógica fundamental que pode ser capturada pelo conceito de *ordem social*.

⁹ Neste ponto, a referência implícita a Hobbes é indisfarçável.



Uma *ordem social de acesso limitado* (OAL) pode surgir quando os ganhos de paz para os especialistas no uso de violência que existem nas *ordens sociais primitivas* (OP) se tornam suficientemente grandes para lhes permitir realizarem compromissos críveis de abdicarem do uso de meios violentos. Quando se chega a um acordo, torna-se possível a coexistência pacífica. Com isso, cada especialista no uso da violência pode passar a explorar rendas, outorgando a determinados indivíduos direitos para realizarem comércio, educação ou até outorgando privilégios para a administração da crença espiritual. Forma-se assim uma elite comprometida com a manutenção de uma determinada ordem política, econômica, educacional, religiosa e militar da sociedade.

Em ordens sociais com tais características, determinados indivíduos possuem privilégios e podem obter rendas por integrarem a elite.¹⁰ Como a violência social constitui uma ameaça que pode reduzir esses privilégios e rendas, passa a ser do interesse dessa elite cooperar com a coalizão política que detém o poder. Os indivíduos integrantes dessas elites possuem também condições privilegiadas que lhes permitem formarem organizações com peso político, como partidos políticos por exemplo.

Isso quer dizer que uma *ordem de acesso limitado* surge, desse modo, como uma solução para o problema da violência endêmica. A ameaça de violência é contida pela formação de uma coalizão integrada por indivíduos da elite. Esta coalizão manipula o sistema político para limitar a entrada e acesso (por não-elites) para atividades que geram rendas. Além disso, a coalizão atribui rendas entre as elites para induzir o apoio ao sistema político em vigor. O interbloqueamento entre a política e a economia torna o sistema estável.

Em algumas raras circunstâncias históricas, contudo, algumas sociedades conseguiram romper com o ciclo de estabilidade das OAL, tornando-se assim *ordens de acesso aberto* (OAA). As OAA distinguem-se das OAL principalmente quanto (a) à forma de controle da violência na sociedade, (b) à estrutura organizacional da

¹⁰ A expressão obtenção de rendas é aqui utilizada para designar aquilo que a literatura de ciência política norte-americana chama de *rent seeking*.



sociedade civil, e (c) à dinâmica de geração de riqueza. As OAA possuem um controle centralizado da violência, que é também constitucionalmente controlado;¹¹ possuem organizações não estatais fortes e amparadas pelo estado; e derivam sua estabilidade política e prosperidade econômica da intensa competição sobre o poder político e sobre as inovações econômicas. Já nas OAL o controle da violência é fragmentário; as organizações não-estatais são dependentes do estado; e o sistema político manipula o sistema econômico de modo que elites possam obter rendas através da limitação do acesso às esferas política e econômica.

Seria, então, possível encontrar três tipos básicos de ordens sociais: as *ordens primitivas* (OP), as *ordens de acesso limitado* (OAL) e as *ordens de acesso aberto* (OAA). As OP são as sociedades primitivas de caçadores e coletores, em que a violência é endêmica, e que de modo geral já foram superadas em quase todo o mundo. As OAL são as formas historicamente mais comumente observáveis nas sociedades humanas, em que o controle da violência se dá através da formação de coalizões de elite; e as OAA correspondem a mais ou menos duas dúzias de países que, por uma conjunção fortuita de eventos, realizaram nas últimas décadas uma transição e superaram a condição de OAL.

C. *Ordens de Acesso Limitado (OAL)*

As *ordens de acesso limitado* corresponderiam à situação da quase totalidade das sociedades humanas que existiram ao longo dos últimos 10 milênios, sendo, por esse motivo, também referidas por North como o *estado natural*. As OAL modernas, contudo, variam profundamente. Elas incluem todos os países em desenvolvimento, porém as diferenças entre os integrantes desse grupo são marcantes.

Enquanto alguns países “em desenvolvimento” estão afundados na pobreza e violência, outros puderam acumular uma quantidade considerável de ativos

¹¹ North possui uma noção específica do termo “constituição”. Vide seção II(C) abaixo.



produtivos, e em alguns casos, ainda, puderam permitir que parcelas relevantes de suas populações participassem das benesses do crescimento econômico. Assim, enquanto todas as OAL compartilham os mesmos mecanismos para sustentação da estabilidade, elas diferem marcadamente na densidade e nos tipos de organizações que as suportam.

Nas OAL, a violência está, em maior ou menor grau, dispersa na sociedade. O uso informal da violência é um substituto encontrado por agentes que não podem contar com o *enforcement* das leis estatais para fazer valer promessas e permitir a divisão e especialização do trabalho. Dependendo de *quem* tem acesso à violência e da sofisticação das organizações internas e externas ao estado, surgirão três tipos distintos de OAL: as *frágeis*, as *básicas* e as *maduras*.

As OAL frágeis correspondem aproximadamente àqueles países em que vive o chamado *bottom billion*, isto é, aproximadamente os um bilhão de seres humanos mais pobres do planeta.¹² Nesses países, cada facção da coalizão política dominante tem acesso direto à violência, e o potencial de imposição de violência é o principal determinante da distribuição de rendas e recursos. Sempre que a alocação dessas rendas e recursos se distancia do equilíbrio de força militar, as facções voltam à luta armada. Devido à sua instabilidade, os estados de OAL frágeis têm estruturas institucionais simples, e não há como apoiar organizações privadas fora do estado. Exemplos de OAL frágeis incluiriam Haiti, Afeganistão, Iraque e Somália.

Já nas OAL básicas, o estado é uma entidade bem estabelecida, e, em comparação com o estado nas OAL frágeis, tem boas condições de reduzir os surtos de violência. Nas OAL básicas o estado é, por outro lado, a única organização duradoura na sociedade, de modo que os privilégios e direitos da elite estão estreitamente identificados com o estado. Assim, um grupo ou indivíduo que deseje realizar uma atividade mais complexa somente pode fazê-lo através do estado. A especialização e divisão do trabalho dentro do estado permitem criar organizações especializadas que se concentram principalmente em prover bens públicos e privados

¹² Vide COLLIER, Paul. *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries Are Failing and What Can Be Done About It*. Oxford and New York: Oxford University Press (2007).



para a coalizão dominante, tais como a gestão do comércio, da educação, da religião, da cobrança de impostos, e da provisão de infraestrutura.

Nas OAL básicas, contudo, o potencial de violência permanece bastante disperso na sociedade. Embora nem todos se especializem no uso da violência, todos os membros da elite têm laços com um “especialista em violência” que lhe dá proteção caso conflitos violentos venham a eclodir. Há, por outro lado, instituições públicas que fornecem regras mais ou menos estáveis para solucionar problemas recorrentes de modo não violento, inclusive quanto às sucessões dos líderes políticos, cobranças de tributos, e divisão dos despojos de conquistas militares. Essas regras comuns também facilitam o surgimento de crenças comuns entre as elites, o que aumenta a estabilidade do sistema. Exemplos de OAL básicas incluem a Birmânia, Cuba, Coreia do Norte, e diversos países árabes.

Finalmente, as OAL maduras sustentam uma variedade mais ampla de organizações que não pertencem ao estado. Estas, contudo, ainda precisam da sanção/aprovação/chancela do estado. O beneplácito estatal é necessário, em primeiro lugar, para criar barreiras de entrada que reduzam a competição com a elite. Além disso, essas chancelas permitem a geração de rendas que garantam a preservação do poder político da coalizão dominante. Exemplos de OAL maduras incluem a maioria da América Latina, a África do Sul e a Índia.

Boa parte das OAL maduras possui as instituições formais tipicamente encontradas nas OAA: a distribuição do poder é tripartite, as burocracias estatais são profissionais e as eleições são frequentemente democráticas. Essas instituições formais, contudo, desempenham nas OAL papéis parcialmente distintos daqueles desempenhados nas OAA. No passado, diz North, as restrições eram claramente formais, já que havia escravidão, servidão, etc. Hoje, contudo, as restrições que mantêm as OAL são geralmente informais. Isso quer dizer que a despeito das autorizações estabelecidas pelo direito formal, restrições de natureza informal frequentemente impedem a efetiva utilização das instituições formais por parcelas mais amplas da população.



Assim, nas OAL, em menor ou maior grau, a militância política em partidos, a titularidade formal de direitos de propriedade, inclusive sobre firmas, segue na prática estando disponível apenas para uma elite. As barreiras informais manifestam-se de diversas formas, inclusive através de convenções sociais ou de óbices meramente burocráticos como autorizações, registros, licenças, etc. Segundo North, não é óbvio que esses limites informais sejam deliberadamente impostos pela elite; eles frequentemente surgem, por exemplo, a partir de pequenas corrupções que vêm de dentro da burocracia. As elites contribuem com esse quadro, contudo, pois toleram a pequena corrupção que lhes favorece limitando a competição.

Nas OAL maduras, os estados possuem estruturas institucionais duráveis e suportam uma ampla gama de organizações não estatais; tais organizações, contudo, permanecem sendo da elite. As OAL maduras não podem se desenvolver sem organizações privadas sofisticadas, particularmente empresas de diversos tipos. Estas organizações privadas sofisticadas acabam também por impulsionar uma maior organização e especialização das instituições estatais, inclusive, por exemplo, os tribunais e os bancos centrais. Em OAL maduras, o governo pode se comprometer de forma crível com um leque maior de políticas e instituições privadas justamente porque organizações privadas que representam a elite podem punir o governo caso este se afaste dos seus compromissos prévios. Isto permite um considerável nível de desenvolvimento político e econômico, e uma relativa estabilidade. Mesmo assim, as OAL maduras permanecem sujeitas a crises recorrentes.

D. Ordens de Acesso Aberto (OAA)

As OAA são marcadas pelo livre acesso e entrada dos cidadãos nas organizações políticas e econômicas. Nas OAA, um processo *schumpeteriano* de *destruição criativa* faz com que as rendas sejam obtidas principalmente a partir de inovações tecnológicas e institucionais – e não a partir de restrições à entrada e acesso aos sistemas político e econômico, como nas OAL.



Mais especificamente, a ordem social de acesso aberto se caracteriza pela existência de três circunstâncias: (a) o acesso às atividades econômicas, políticas, religiosas, e educativas está aberto a todos os cidadãos; (b) o estado apóia formas organizacionais que estruturam cada uma dessas atividades, e este apoio está disponível a todos os cidadãos; e (c) a *rule of law* é aplicada de forma imparcial a todos os cidadãos. Estados Unidos, Europa ocidental e Japão seriam os países a terem realizado tal transição, e seriam hoje OAA.¹³

Os dois pilares básicos de sustentação das OAA são a competição política e a competição econômica. As duas forças se retro alimentam: a competição política é necessária para manter o acesso aberto na economia, e a competição econômica é necessária para manter o acesso aberto na política.

Para que uma sociedade se qualifique como um OAA, é preciso que o quadro de acesso aberto seja sustentável no longo prazo. Isso não decorrerá nem da boa vontade dos agentes econômicos, nem da boa vontade dos agentes políticos: de um modo geral, cada um deles gostaria de poder bloquear a competição tanto quanto possível – e a existência tal bloqueamento é, por sinal, precisamente a essência da lógica de funcionamento das OAL. Mas nas OAA as restrições decorrem da existência de oposição política, que, estando geralmente lastreada também em força econômica, consegue evitar alterações bruscas na ordem de acesso aberto.

A estabilidade das OAA se dá, portanto, com a manutenção da competição. A entrada aberta nos sistemas político e econômico fomenta a formação de organizações públicas e privadas sofisticadas, e tais organizações permitem a especialização e a geração de considerável valor na sociedade. O relativo equilíbrio de forças que há entre as organizações torna críveis os compromissos assumidos entre elas e permite o surgimento de constituições *auto-executáveis* (“self-enforcing”).

Para North, o sentido de “constituição” é o de conjunto de regras e princípios básicos vistos como legítimos. Daí por que essas constituições podem estar

¹³ NORTH et al., nota 5, pp. 17-18 (“Essa conclusão é possível, dentre outras coisas, porque para North “uma sociedade em que um terço ou mais da população possua direitos de cidadãos provavelmente será uma ordem de acesso aberto que se sustenta através de competição intra-elites (intra-cidadãos)”).



codificadas em um único documento (como no caso norte-americano ou continental europeu) ou não codificadas e até parcialmente implícitas (como no caso inglês). A constituição é *auto-executável* quando as organizações envolvidas na disputa política não dispõem de incentivos para quebrarem as regras do jogo.

Em suma, o processo competitivo faz com que em uma OAA a criação de privilégios seja mais difícil. Embora uma grande quantidade de organizações esteja continuamente tentando estabelecer privilégios para seus membros, poucas organizações são fortes o suficiente para fazê-lo. A criação de um privilégio para uns implica a negação de oportunidades para outros, e como todos os cidadãos possuem a capacidade organizativa, a criação de privilégios tende a enfrentar uma oposição política acirrada. Esse quadro contrasta com as OAL, em que a criação de organizações é seletiva e as organizações existentes precisam apoiar a coalizão política dominante para sobreviver.

III. Uma Teoria do Desenvolvimento

A. O Processo de Transição

As OAL frágeis, básicas e maduras variam no grau de abertura e acesso às organizações econômicas e políticas, mas a lógica última de limitação ao acesso às organizações econômicas e políticas é sempre a mesma: elites políticas e econômicas atuam em simbiose para manter o acesso a organizações limitado. A transição de OAL para OAA é um processo incerto: o crescimento econômico resultante da evolução tecnológica pode produzi-la, mas isso não ocorre necessariamente. Daí por que a evolução dentro das três categorias de OAL – frágil, básica, madura – é mais simples do que a passagem de OAL para OAA.

Historicamente, diz North, a transição de OAL madura para OAA teria sido um processo com dois aspectos centrais: (1) a evolução institucional das OAL no



sentido de permitirem intercâmbios impessoais entre as elites; e (2) o surgimento de uma circunstância histórica em que a elite julgue ser de seu auto-interesse a expansão do escopo das interações impessoais para as não-elites. Vejamos cada um desses dois aspectos separadamente.

A evolução institucional das OAL no sentido de permitirem intercâmbios impessoais entre as elites estaria ligada à emergência de três pré-condições, ou “degraus de porta” (“*doorstep conditions*”), a saber: (a) a existência de *rule of law* entre as elites, (b) a existência e organizações perenes, isto é, organizações cuja existência independe da identidade de seus membros e que podem durar para além da vida de alguns membros específicos, e (c) a existência de controle político-constitucional sobre o poder militar.

O tema da existência da *rule of law* entre as elites se põe da seguinte forma: North não articula uma definição precisa de *rule of law*, mas o conceito compreende, antes de tudo, a proteção de direitos de propriedade da sociedade civil – não apenas perante outros membros da sociedade civil, mas acima de tudo perante o confisco ou a arbitrariedade do estado. Posta nesses termos, a *rule of law* ofereceria uma gama de direitos e serviços *para as elites*. O paradoxo, portanto, é o de que a *rule of law* seria condição para a passagem de OAL para OAA, muito embora num primeiro momento ela beneficiasse apenas as elites.

Já as organizações perenes permitiriam aos indivíduos criarem organizações mais poderosas que poderiam, por exemplo, obter financiamentos e contratar em prazos mais longos. Somente sob um estado também perene é que outras organizações perenes poderiam existir, o que quer dizer que este “degrau” tem implícito também a existência de um estado duradouro e minimamente estável. Não há desenvolvimento sob a anarquia, principalmente porque em um regime anárquico a violência está fora de controle.

Por fim, o controle político dos militares seria necessário para assegurar a consolidação da administração da violência apenas em organizações especializadas controladas pelo estado (especialmente as forças armadas e a polícia) e sujeitas a



regras constitucionais que regulem o uso da violência contra os cidadãos. Aqui a noção é claramente de submeter o poder das armas à ordem institucional.

Tomados em conjunto, esses fatores – *rule of law* entre elites, existência de organizações perenes e subordinação da administração da violência à constituição – permitiriam, então, intercâmbios interpessoais entre as elites. Estaria, assim, satisfeita a primeira pré-condição na transição de uma OAL madura para uma OAA.

O segundo aspecto na transição de uma OAL madura para um OAA seria o surgimento de circunstância histórica em que a elite julgasse ser de seu auto-interesse a expansão do escopo das interações impessoais para parcelas mais amplas da sociedade. Para entender como isso se põe na obra de North, deve-se considerar, em primeiro lugar, que o processo histórico de criação de *rule of law* entre as elites está acompanhado de outro processo evolutivo, desta feita no plano jurídico: trata-se da definição jurídica de direitos de propriedade em bases cada vez mais impessoais. A definição de direitos de propriedade em bases impessoais abre a possibilidade de que direitos de propriedade sejam estendidos de maneira mais horizontal a parcelas mais amplas da população não integrantes da elite. Assim, surge aos poucos uma quantidade cada vez maior de proprietários, e esses novos proprietários podem deter direitos de propriedade independentemente de estarem politicamente próximos da coalizão dominante.

North ilustra esse fenômeno com o exemplo da criação das sociedades por ações na Inglaterra. A criação desse tipo societário, num primeiro momento, teria servido apenas às elites. Com o instituto jurídico das sociedades por ações, o estado passava a garantir não apenas a propriedade das ações (e o direito de propriedade sobre as firmas), mas também limitava a responsabilidade dos acionistas ao montante de capital subscrito, no caso de quebras. Ocorre que o valor das ações depende da possibilidade de venda dessas ações terceiros: quanto maior o grupo de potenciais compradores dessas ações, tanto maior o seu valor. Daí a conveniência de se definir juridicamente as ações de modo impessoal, de modo que qualquer indivíduo possa comprá-las – e não apenas os duques, condes ou proprietários de terras.



Daí conclui North: a criação de direitos de propriedade sobre ações impessoalmente definidos serviu para tornar essas ações mais valiosas para as elites. E ao mesmo tempo, e de maneira *epifenômica* (isto é, secundária e não planejada) este movimento acabou por alargar o direito de propriedade sobre ações.¹⁴ Exemplos como esse ilustrariam, então, como a definição impessoal de direitos de propriedade, e, portanto, a ampliação do *rule of law* para além das elites, teria sido uma condição para a abertura da ordem social em circunstâncias históricas em que essa abertura fosse vantajosa para as elites. A transição de OAL madura para OAA estaria povoada por situações como esta.

Com a passagem de uma OAL para uma OAA, haveria uma transição de um regime de *cooperação* intra-elite para um regime de *competição* intra-elite. Isto é, surgiria um regime de acesso aberto intra-elite. Nesse processo, a elite acabaria criando instituições políticas, econômicas, legais e sociais que definiriam os indivíduos integrantes dessas elites como cidadãos. Esse processo estaria imbricado com outro, a saber, a paulatina eliminação das restrições de acesso e entrada.

Quando, então, uma OAL se torna uma OAA: a partir de uma abertura na política (que implica em uma mudança na economia) ou a partir de uma mudança na economia (que implica em uma mudança na política)? Onde está a relação de causalidade? A resposta de North é a de que “o acesso aberto na política *sustenta* o acesso aberto na economia e vice-versa; nenhuma das duas *causa* a outra”.¹⁵ O quadro de evolução histórica se dá através de processos que se reforçam mutuamente. A evolução ocorre quando circunstâncias que se põem em uma dimensão tornam-se suficientemente poderosos para pressionar pela mudança na outra.

¹⁴ Sobre o ponto, vide HIRSCH, Paul M. e LOUNSBURY, Michael D. Rediscovering Volition: The Institutional Economics of Douglass C. North. *The Academy of Management Review*, Vol. 21, No. 3 (1996), p. 872.

¹⁵ NORTH et al., nota 5, p. 21.

B. Ressalvas e Pressupostos Teóricos

North pontua a descrição do processo de transição acima mencionado com duas ressalvas. A primeira seria a de que não haveria nenhuma teleologia histórica no processo evolutivo. Embora os diferentes tipos de OAL possam ser agrupados em uma progressão crescente de graus de desenvolvimento, não há nada que garanta que após o atingimento de um estágio, o próximo estágio o sucederá. Os países podem regredir, progredir ou estagnar-se por décadas, e às vezes por séculos.

Exemplos que países que, na visão de North, estariam atualmente regredindo seriam a Bolívia, a Venezuela e a Rússia. A evidência estaria nas nacionalizações, no maior controle e no banimento de organizações antes mais independentes. O caminho da regressão também estaria sendo trilhado por países como Ruanda, Somália e os integrantes da ex-Iugoslávia. A Alemanha dos anos 1930, da mesma forma, seria um exemplo histórico que evidenciaria o caso de um país que, estando às portas da transição para uma OAA antes da primeira Guerra Mundial, teria regredido para uma OAL básica após a ascensão nazista.

A segunda ressalva seria a de que as pré-condições para a emergência de interações impessoais – *rule of law* entre elites, organizações perenes e subordinação da administração da violência à constituição, como visto acima – seriam regularidades históricas; não necessidades teóricas. North é um historiador do desenvolvimento, e do desenvolvimento da Europa ocidental e dos Estados Unidos em particular. As pré-condições por ele identificadas são, especialmente por tal motivo, regularidades da experiência histórica da Europa e da América do Norte.¹⁶

North reconhece que os detalhes da transição de OAL para OAA ainda não são bem compreendidos. Sua teoria se limita a fornecer um mapa desses processos baseados em uma interpretação histórica calcada em três pressupostos. Em primeiro lugar, as sociedades partem de ordens de acesso limitadas, que são o *estado natural*. Em segundo lugar, durante o processo de evolução e transição, as mudanças nas

¹⁶ Assim, abre-se a possibilidade, em tese pelo menos, de que outros lugares sigam outros caminhos.



instituições, nas organizações e nos comportamentos individuais decorrem de ações que se presume sejam coerentes com os interesses das elites. Nem todas essas consequências, contudo, são necessariamente previstas, pretendidas, ou antecipadas. Finalmente, em terceiro lugar, os efeitos das mudanças sobre instituições, organizações e indivíduos durante a transição são também presumivelmente consistentes com os sistemas políticos e econômicos em vigor em cada momento.

C. Implicações para as Tentativas de Mudança Institucional

As OAL e as OAA se sustentam, portanto, sobre lógicas de funcionamento bastante diferentes. As OAL se baseiam na limitação do acesso, na extração de rendas para um acesso seletivo de uma elite, e na supressão seletiva da competição política e econômica. Já as OAA se sustentam no acesso aberto e na competição política e econômica. Cada um desses tipos de ordens contém sistemas econômicos, políticos, religiosos, militares e educacionais que se reforçam e se complementam. Cada um desses sistemas está integrado uma ordem social com uma lógica própria.

Por este motivo, o mesmo arranjo institucional – por exemplo, o mesmo código civil ou o mesmo sistema político – funciona de forma diferente em cada um desses ambientes. E aí se chega a uma conclusão importantíssima: a mudança institucional não pode ser considerada apenas como uma variável exógena, isto é, externa à ordem social. Por isso, as mudanças das instituições jurídicas formais não podem ser vistas como *pistas de levantamento de voo* da performance econômica dos países.¹⁷ Um sistema político competitivo não se sustenta se for implantado *de cima para baixo* em uma ordem de acesso limitado. Este seria, inclusive, um dos motivos pelos quais o *transplante jurídico* e o *transplante institucional* tendem a não funcionar como esperado.

¹⁷ Este tema é bem explorado em MILHAUPT, Curtis J. e PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, University of Chicago Press, 2008.



North nota que as políticas de desenvolvimento frequentemente falham porque tentam transplantar institutos que funcionam bem nas OAA para o contexto de OAL; e o que funciona em um contexto não necessariamente funcionará no outro. Nas palavras de North, “essas reformas ameaçam as formas de obtenção de renda que mantêm a sociedade e em muitos casos ameaçam a própria lógica sobre a qual a sociedade está organizada. Não surpreende que a elite e a não-elite resistam, sabotando ou subvertendo tais reformas nas sociedades de acesso limitado que não estão prontas para elas.”¹⁸

Os *transplantes* jurídicos e institucionais falham, então, por três motivos. Em primeiro lugar porque as instituições – isto é, as “regras do jogo” – diferem nos detalhes, e os contextos locais são bastante diferentes. O transplante jurídico enfoca a oferta institucional pelo estado, mas deixa de lado a demanda institucional tanto pelos agentes privados quanto pelos operadores de dentro da própria máquina estatal. O efeito prático é o de que a lógica do acesso limitado se apropria das formas institucionais transplantadas e as adapta ao propósito de limitação de acesso, extração de renda, e manutenção da coalizão política dominante.

Em segundo lugar, as instituições das OAA tomam por base a existência de intercâmbios interpessoais e a competição econômica e política. Mas nas OAL a provisão de serviços públicos (inclusive a prestação de serviços judiciais) está frequentemente atrelada a conexões pessoais. Isso ocorre porque o sistema de incentivos criado pela ordem social oferece reduzida margem para a ação propriamente impessoal de agentes públicos. Nas OAL, diz North, a administração de projetos de bem-estar social, a obtenção de licenças e a prestação de serviços judiciais requerem, em grau maior ou menor grau, interações pessoais – e também, muitas vezes, de propinas.

Nas OAL há então uma maior clivagem entre o estabelecido no direito estatal e a prática: as instituições formais consagram a impessoalidade nos intercâmbio; as instituições informais a rejeitam. Este quadro é perfeitamente bem refletido, por exemplo, em instituições sociais como o *jeitinho brasileiro*, o *guanichi*

¹⁸ NORTH et al., nota 5, p. 5.



chinês ou o *blat* russo. Todas elas refletem a adaptação de cada cultura ao princípio de que *uma mão lava a outra*. Ou, dito de outra forma, todas elas refletem o princípio de que as relações são de fato pessoais, mesmo que o direito as discipline como sendo impessoais.

Em terceiro lugar, a competição pelo poder nas OAL funciona de maneira diferente daquela que se observa nas OAA. Nas OAL, as organizações mais poderosas tendem a ser partes da coalizão dominante. Todas elas, de um modo geral, estão envolvidas com a política de maneira a criarem privilégios e outros meios de extração de renda. Para se sustentarem no poder, os grupos representados por tais organizações devem apresentar um “recíproco respeito” pelos privilégios detidos pelas outras partes, de modo a manterem os seus próprios; todos têm *telhado de vidro*, e esta é uma limitação clara à expansão da *rule of law*. Já em uma OAA, a maior competição entre as organizações não apenas implica na ausência de reciprocidade, mas em uma luta entre elas por privilégios. O paradoxo é o de que a competição por privilégio é parte do processo que limita o privilégio.

IV. Teoria Histórica da Evolução Institucional

O caminho mais fácil para se lidar com a contribuição intelectual de North é partir de seus trabalhos que analisam especificamente circunstâncias históricas; e, só depois, examinar suas generalizações teóricas. É desta forma que procedo. Início com um de seus estudos históricos mais conhecidos, e somente a seguir trago generalizações conceituais.



A. A "Revolução Fiscal" Inglesa no Século XVII

Em "*Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*",¹⁹ North e Weigast examinaram o quadro histórico inglês durante o século XVII, desde ascensão dos Stuart em 1603 até as décadas seguintes à Revolução Gloriosa de 1688. As políticas implantadas pelos Stuarts e as constantes agitações políticas e guerras do início do século XVII haviam arranhado a reputação da Coroa perante seus súditos. Em particular, a Coroa havia perdido a capacidade de tomar empréstimos junto às elites locais para financiar seus esforços de guerra. A Coroa vivia, assim, em constante crise fiscal.

As constantes renegociações forçadas e "calotes" de dívida postos em prática pela Coroa inglesa tornavam os potenciais emprestadores receosos de financiarem o governo. A incapacidade da Coroa de manter promessas críveis de cumprimento das condições de financiamento pressionava os juros desses empréstimos para cima e escasseavam o crédito, em uma espiral em que o financiamento da Coroa ia se tornando cada vez mais crítico. Restava à Coroa se financiar através de confiscos, aumentos de tributos, vendas de títulos de nobreza (*peerage*), vendas de direito de dispensar justiça em algumas situações restritas (*dispensations*), e, finalmente, vendas de monopólios.²⁰

Essas medidas eram possíveis para a Coroa inglesa àquela altura por causa da redução de freios e contrapesos ao poder do rei. Em primeiro lugar, a *prerrogativa real* (*royal prerogative*) permitia que a Coroa emitisse as *proclamations* e as *royal ordinances*. Através desses instrumentos, o rei podia criar novas regras independentemente de consulta ao parlamento. As controvérsias sobre essas regras eram julgadas em cortes especiais que não estavam sujeitas à *common law* e agiam de

¹⁹ Vide NORTH e WEINGAST, nota 1.

²⁰ À ocasião, as vendas de monopólios frequentemente ocorriam ao amparo das leis patentárias, porém independentemente de haver inovação.



forma mais arbitrária e geralmente de forma favorável à Coroa. Com isso, as *royal ordinances* do rei também estavam livres do controle judicial.

Em segundo lugar, as *star chambers* passaram a ser utilizadas como uma arma contra elites que se opunham ao rei. Criadas no século XV, as *star chambers* se destinavam a suplementar as atividades das cortes de *common law* e de *equity*. Em particular, as *star chambers* tinham por missão julgarem casos contra indivíduos poderosos que se encontravam, na prática, livres do jugo das cortes comuns. As *Star Chambers*, contudo, combinavam poderes legislativos, executivos e judiciais, e passaram a ter a última palavra em diversas contendas envolvendo a Coroa. Sua manipulação era mais uma forma utilizada pelo rei para agir arbitrariamente.

Em terceiro lugar, a Coroa possuía ampla discricionariedade para gerir as atividades correntes do governo. Os juízes eram pagos pela Coroa, que podia demiti-los com relativa facilidade. Os Stuarts crescentemente valeram-se dessa faculdade para influenciarem as decisões judiciais. Dois *chief justices* – Coke em 1616 e Crew em 1627 – foram demitidos por haverem julgado contra os interesses da Coroa. Ao cabo desse processo, ao longo do século XVII as cortes foram aos poucos se rendendo à pressão da Coroa, e passaram julgar consistentemente sempre a seu favor.

Assim, os grandes freios ao poder absoluto estabelecidos historicamente na Inglaterra – a *common law* e a *magna carta* – perderam força, e o sistema foi subvertido em favor do crescente predomínio da Coroa frente aos demais poderes políticos. A isso se somam os já mencionados confiscos e outras arbitrariedades amplamente postas em prática pela Coroa. Tomadas em conjunto, essas circunstâncias não apenas deprimiam a situação econômica do reino, mas também aumentavam os riscos de rebeliões. Esses riscos eram potencializados, também, pela falta de controle do rei sobre o exército. Este quadro finalmente levou ao agravamento das tensões sociais e ao surgimento de uma coalizão formada contra a Coroa cuja retórica estava calcada na preservação das liberdades individuais e na proteção da riqueza e da propriedade privada do risco de confisco. Seguiu-se então a revolução.



Ao final das duas décadas de duração do processo revolucionário, a monarquia Stuart foi restabelecida, o que se deu com a chamada *Revolução Gloriosa* de 1688. Mas a despeito da restauração dos Stuarts no trono inglês, a ordem institucional mudou radicalmente. Por um lado, buscou-se limitar os poderes do rei de modo a evitar arbitrariedades e confiscos da propriedade privada. Isso se deu com mudanças no *bill of rights* e outros instrumentos de lei que introduziram o princípio da supremacia do parlamento. As *royal prerogatives* e as *star chambers* foram extintas,²¹ a elevação de tributos voltou a necessitar de autorização parlamentar, e o parlamento também passou a deter poder de veto sobre uma série de atos de gestão do orçamento. Além disso, a independência dos juízes frente à Coroa foi assegurada.

Por outro lado, buscou-se criar um quadro institucional que garantisse a estabilidade econômica da Coroa. Os detentores da riqueza, representados através dos parlamentares, passaram a deter de fato o poder político. Em contrapartida, aceitaram financiar o estado adequadamente, através de tributos.

No curso da guerra com a França de 1689-1697 (disputada na América do Norte), os arranjos institucionais regendo as finanças públicas britânicas mudaram radicalmente. Em primeiro lugar, estabeleceu-se a destinação específica de tributos para o repagamento de dívidas da Coroa. Com isso, o parlamento limitou a possibilidade do rei renegociar a dívida da Coroa. Em segundo lugar, os financiadores da guerra com a França criaram, em 1694, o *Bank of England*, que passou a gerir as dívidas do governo. Como os empréstimos à Coroa eram concedidos e cobrados através do *Bank of England* – cujos donos eram os próprios credores da Coroa – os empréstimos ao governo seriam interrompidos se os pagamentos devidos pela Coroa também o fossem. Em terceiro lugar, já após a vitória sobre a França, criou-se um fundo destinado a servir como “colchão” para os repagamentos da dívida da Coroa. Em síntese, diversos mecanismos institucionais foram criados para limitar a discricionariedade da Coroa quanto aos repagamentos de empréstimos.

O que permitiu que o novo quadro institucional fosse estável? Ou, dito de outra forma: o que impediu o parlamento de agir arbitrariamente, como ocorrera com

²¹ As *star chambers*, na realidade, já haviam sido extintas em 1641.



os Stuarts antes da *Revolução Gloriosa*? North entende que os arranjos institucionais pós-1688 eram “auto-executáveis” (*self-enforcing*). Isto é, os principais agentes envolvidos na disputa política não dispunham de incentivos para quebrar as regras do jogo.

A monarquia estava de mãos atadas. O parlamento era forte, mas menos sujeito à captura por pequenas elites buscando proteções específicas (como frequentemente ocorria com a busca por cartas-patente para o exercício em caráter monopolístico de determinadas atividades). Em comparação com o regime monárquico, o regime parlamentar seria menos sujeito à *captura* pelo simples motivo de que, com a dispersão de poder, *comprar* os políticos se tornava mais *caro*.

O parlamento era também refreado em possíveis ímpetos golpistas pela própria Coroa, que retinha poderes de gestão (ela ainda os reteve por mais de meio século). E, por fim, cortes independentes tanto refreavam a regulação excessiva e casuística do comércio, quanto limitavam a arbitrariedade do parlamento e da Coroa no tocante ao repagamento da dívida pública. Tudo isso contribuía para a estabilidade do sistema.

O resultado do novo desenho institucional teria sido uma verdadeira *revolução fiscal*. Com a diminuição acentuada do risco de “calote” ou renegociação forçada da dívida pública, os juros na captação de recursos pela Coroa caíram acentuadamente. Os dados disponíveis indicariam que a taxa de juros teria caído de 14% em 1693 para 3% em 1731. Ao mesmo tempo, somente durante os nove anos de duração da guerra com a França, o total da dívida da Coroa saltou de £1 milhão para £17 milhões. Este valor representava 40% do GDP do reino, um nível de endividamento extremamente superior àqueles observados na história pregressa. Em 1720, a dívida da Coroa já atingira cinquenta vezes o nível de 1688.

Esse quadro indicaria que os juros da dívida pública caíam ao mesmo tempo em que a dívida se multiplicava, e isso evidenciaria duas coisas. Primeiro, que a riqueza disponível para os britânicos teria crescido tremendamente. Segundo, que a percepção de risco associada à expectativa de comportamento do governo teria decrescido consideravelmente, a despeito do enorme aumento da dívida total.



A revolução fiscal teria, então, criado condições para o desenvolvimento do mercado de capitais na Inglaterra. Logo após sua criação para o financiamento da Coroa, o *Bank of England* iniciou operações de financiamento privadas. Um mercado de dívida pública confiável permitiu também o surgimento de diversos outros bancos privados, com o que também pôde se desenvolver um mercado de dívida privado que oferecia alternativas para o financiamento de diversas atividades econômicas.

Em síntese, as transformações institucionais do período posterior à *Revolução Gloriosa* teriam ensejado uma segunda revolução – a *revolução fiscal*. Esta, por sua vez, teria criado condições para a criação de uma grande dívida pública, para o florescimento do mercado de capitais privado, e, no médio prazo, para a própria *Revolução Industrial*.

Algumas conclusões poderiam, então, ser extraídas do caso inglês. A tutela pelo estado de liberdades civis e políticas pode estar ligada à busca por liberdade econômica. Os dois temas estão imbricados, como evidenciado pelo fato de que a valorização de uma ideologia baseada na proteção de liberdades políticas emergiu na Inglaterra *seiscentista* como um dos componentes programáticos da luta contra a monarquia Stuart.

Além disso, o desenho das estruturas institucionais não se dá no vácuo. Tanto o princípio da supremacia do parlamento quando a independência das cortes de *common law* teriam surgido em um contexto de disputa e acomodação política entre as forças locais. Os arranjos institucionais surgidos na Inglaterra em fins do século XVII teriam sido não apenas estáveis, mas também teriam permitido um compromisso crível do estado com o respeito aos contratos (particularmente no que toca ao repagamento da dívida pública) e à proteção dos direitos de propriedade. Isso foi conducente ao aumento do crédito e da riqueza.

O respeito aos contratos por parte da Coroa refletiria também como a *rule of law* poderia ter um aspecto positivo na transição ao desenvolvimento. Tendo originalmente beneficiado apenas a elite (isto é, os credores da Coroa), o maior respeito à promessa contratual teria no longo prazo criado as condições para o aumento da circulação do crédito, para a maior impessoalidade das relações sociais, e,



em última análise, para a transição de uma OAL para uma OAA, o que só se deu posteriormente. Tudo isso demonstraria que o desempenho econômico depende das instituições.

Mais especificamente, a história da Inglaterra do século XVII demonstraria que além do tipo de regras, importa também o *enforcement* (isto é, os sistemas de sanção que promovem a observância) e a probabilidade de imposição de tais sanções. As regras não devem apenas ser *boas*; devem também ser *críveis*, no sentido de que os agentes tenham elementos para supor que o soberano irá aplicá-las consistentemente e não irá alterá-las arbitrariamente a seu favor ou a favor de seus aliados políticos.

As regras têm, portanto, implicações práticas distintas dependendo do grau com que o soberano a elas está adstrito. Ou, nas palavras de North, “para o crescimento econômico ocorrer, não basta que o soberano ou governo estabeleça um conjunto relevante de direitos, mas é também preciso que haja um compromisso crível do soberano ou governo de se observar as regras então criadas.”²² Quanto mais provável for a mudança das regras a favor do soberano, tanto menores serão os incentivos para que os agentes privados atuem produtivamente.

B. A Centralidade dos Custos de Transação

A trajetória intelectual de North começa na década de 1950, com a empreitada (original na época) de examinar a história através do ferramental analítico da economia neoclássica.²³ North foi um dos pais da chamada escola *nova história econômica* (“new economic history”), portadora do que ficou conhecido como a “revolução cliométrica”. Esta consistiu essencialmente em uma inovação

²² Vide NORTH e WEINGAST, nota 1, p. 803.

²³ A obra emblemática de North nessa fase é *The economic growth of the United States, 1790 to 1860*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall. O livro discute fatores como o papel das exportações e da especialização no crescimento econômico norte-americano. Sua principal inovação metodológica foi a de utilizar uma grande quantidade de dados para defender os principais argumentos; por exemplo, a relação entre a queda dos custos de transporte e o aumento dos fluxos comerciais.

metodológica no estudo da história econômica, principalmente através da aplicação da teoria dos preços, da econometria e da estatística a problemas históricos.²⁴

Os historiadores *cliométricos* procuravam coletar dados quantitativos de maneira sistemática e procuravam interpretá-los valendo-se de teorias científicas consagradas ao invés do senso comum. Sua historiografia se baseava em grande parte na identificação de contrafactuais, isto é, na tentativa de interpretação dos desenvolvimentos históricos a partir da especulação sobre por que eventos alternativos não ocorreram.²⁵ Munidos de um ferramental inovador, os cliométricos rapidamente ganharam proeminência na vanguarda do estudo da história econômica.

Mas já nos anos 1970, o paradigma então criado já mostrava algumas limitações. Em discurso perante a Associação de História Econômica em 1973, North apontou que a natureza ahistórica da teoria neoclássica dificultava o estudo das transformações de longo prazo. North sugeriu então que os historiadores complementassem os estudos quantitativos e econométricos com algumas correções e ajustes teóricos, particularmente com a incorporação dos *custos de transação*, dos *direitos de propriedade*, e da metodologia da *escolha pública*. North também notou que as instituições estavam sendo negligenciadas pelos historiadores cliométricos, que deveriam voltar-se também ao exame das circunstâncias fora dos mercados. Sugeriu, ainda, que a agenda de pesquisa deveria incorporar outros temas além daqueles aos quais os cliométricos já vinham dando atenção: mudanças de longo-prazo, tendências demográficas, declínios e retrocessos (e não apenas crescimento e evoluções) e economias não ocidentais.²⁶

Ao longo das décadas seguintes, North incorporou todas essas sugestões à sua própria agenda de pesquisa. Sem abandonar o uso sistemático de métodos quantitativos, North passou a incorporar o tema dos *custos de transação* às suas

²⁴ Sobre o tema, vide HARRIS, Ron. The Encounters of Economic History and Legal History. *Law and History Review*, vol. 21, No. 2, 2003, pp. 297-346.

²⁵ Artigos emblemáticos do movimento incluem FOGEL, Robert William. A Quantitative Approach to the Study of Railroads in American Economic Growth: A Report of Some Preliminary Findings. *Journal of Economic History*, vol. 22, 1962, pp. 163-97; e CONRAD, Alfred H. e MEYERS, John R.. The Economics of Slavery in the Ante Bellum South. *Journal of Political Economy* vol. 66, 1958, pp. 95-130.

²⁶ NORTH, Douglass C. Beyond the New Economic History. *Journal of Economic History* vol. 34, 1974, pp. 1-7.



hipóteses teóricas. Neste particular, North esteve inserido em um contexto acadêmico mais amplo. Inspirados pela contribuição de Ronald Coase,²⁷ diversos economistas,²⁸ cientistas políticos²⁹ e juristas³⁰ passaram a reexaminar os pressupostos teóricos da economia neoclássica e suas repercussões na formulação de hipóteses. Esse processo redundou em correções ao paradigma neoclássico, em que as instituições ganharam proeminência como fatores determinantes do desenvolvimento.

Na esteira desse movimento de incorporação dos custos de transação e direitos de propriedade aos pressupostos analíticos neo-clássicos, North voltou-se para as instituições como os fatores mais adequados para explicar os processos de crescimento econômico e desenvolvimento. Dali em diante, seu foco de atenção seria então alterado: das causas *neoclássicas* do crescimento (v.g. aumento da poupança interna, produtividade dos fatores como capital e trabalho, etc.) para a evolução institucional.³¹

O ferramental neoclássico pode ser, grosso modo, resumido como a análise embasada em três pressupostos teóricos: (a) é possível ordenar em as preferências dos indivíduos em uma escala crescente e unidimensional (v.g. valor econômico), (b) os indivíduos racionalmente maximizam a sua utilidade esperada, e (c) os indivíduos atuam de forma independente e não há assimetrias informacionais.³² Essas premissas não se prestam, naturalmente, a servirem como descrição de cada indivíduo ou de cada interação em sociedade. Elas seriam, contudo, suficientemente

²⁷ COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, vol. 4, No. 16, 1937, pp. 386–405; COASE, Ronald. O Problema do Custo Social, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: vol. 3, No. 1 (disponível em <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9/>).

²⁸ Destacadamente Oliver Williamson and Armen Alchian, Harold Demsetz, James Buchanan, Gary Becker, dentre outros.

²⁹ Destacadamente Mancur Olson e Gordon Tullock, dentre outros.

³⁰ Destacadamente Guido Calabresi, Richard Posner, Henry Manne, George Priest, dentre outros.

³¹ É bom frisar que centralidade das “instituições” na teoria de North não foi uma retomada dos estudos da escola econômica “institucionalista”, do início do século XX. Ao contrário, o que ocorreu foi uma correção às hipóteses dos neo-clássicos. Daí por que a obra de North seja prontamente identificável com a chamada economia neo-institucional, que se distingue de modo bastante agudo da economia institucionalista de Commons e Veblen.

³² Vide ASPROMOURGOS, Tony. “Neoclassical”, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Second Edition, 2008.

hábeis para descrever o mundo, desde que, como sugeriu o “patriarca” e “príncipe” da economia neoclássica, Paul Samuelson, o mundo pudesses ser visto como sendo *ergódico*.³³

Para North, a teoria neoclássica pressupõe que o mundo seja “ergódico”, isto é, que exista uma teoria fundamental subjacente aos fatos. Desse modo, para lidar com problemas reais bastaria subsumir os fatos a tal teoria, tal como ocorre com as ciências exatas tais quais a física, a química e a biologia. A esse respeito, em uma conferência recente North disse: “eu sou um historiador econômico, e nunca me ocorreu que possa haver um mundo ergódico. Este é um mundo não-ergódico, ele está mudando de maneiras fundamentais e profundas [em comparação] ao mundo em que vivíamos antes [...] A teoria microeconômica dos preços é uma ferramenta útil. [Mas] nós devemos ser cuidadosos a respeito das lições que aprendemos com a história.”³⁴

Mais especificamente, a teoria neoclássica teria dois principais problemas. O primeiro é o de que ela seria *estática*. Por isso, somente seria capaz de prever como as mudanças marginais produzirão mudanças no curto prazo. Porém, dirá North, “todas as questões interessantes no mundo [...] têm a ver com mudanças dinâmicas e com um mundo que segue o fluxo [da história].”³⁵ Até que possamos compreender a natureza do processo de mudança, nós vamos sempre continuar cometendo erros quando lidamos com temas relacionados ao desenvolvimento.”

O segundo problema da teoria neoclássica, na visão de North, é de que ela ignora os *custos de transação*. Ao pressupor custos de transação iguais a zero, a teoria neoclássica leva à conclusão de que as instituições ineficientes não resistirão ao tempo e perecerão naturalmente. Assim, com o tempo, as melhores instituições serão emuladas e no longo-prazo as economias tenderão a convergir a graus similares de desenvolvimento. North dirá claramente que este pressuposto não se observa

³³ NORTH, nota 4, capítulo 2.

³⁴ NORTH, Douglass. Understanding Economic Change And Economic Growth. Leon Koźmiński Academy of Entrepreneurship and Management and TIGER, Distinguished Lectures Series No. 7. Varsóvia, 16 de maio de 2002, p. 15.

³⁵ NORTH, nota 34, pp. 4-5.

empiricamente. A evolução histórica se dá a partir de impulsos de organizações, em meio a um contexto institucional e ideológico mutável, mutante e decisivo.

C. Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico

Para North, o termo *instituições* tem um significado específico. Ele é capturado pela metáfora de que as instituições são as “regras do jogo”. De forma mais técnica, as instituições são as restrições estabelecidas pelo homem que limitam suas interações no campo político, econômico e social. Há dois tipos de instituições, as formais e as informais. Exemplos de instituições formais são as constituições, leis ordinárias, regulamentos, direitos de propriedade, e assim por diante; exemplos de instituições informais incluem normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, tabus, valores, crenças, costumes, religiões, e assim por diante. Em conjunto, instituições formais e informais limitam a atuação dos diversos indivíduos e entes sociais, inclusive empresas, consumidores, sindicatos, órgãos de imprensa, ONGs, igrejas, escolas, congressistas, juízes, partidos políticos, funcionários públicos, etc.

A definição de *instituições* como “restrições” (“*constraints*”) realça a noção de escolha, que é o conceito central da análise econômica. Esses “limites” abarcam desde normas sociais e costumes até leis escritas e precedentes judiciais. “Em conjunto com as os demais limites econômicos”, diz North, “as instituições definem o leque de opções e portanto determinam os custos de transação e de produção e assim [determinam também] a lucratividade e viabilidade de se realizar atividade econômica.”³⁶ As instituições importam, no fundo, porque os indivíduos e as organizações reagem aos incentivos por elas criados. Assim, as instituições definem, por exemplo, os incentivos para a formação de poupança, investimento, produção e comércio, e dessa forma são decisivas nos processos de desenvolvimento econômico.

³⁶ NORTH, nota 3.



As instituições são criadas pelo homem para estabelecer ordem e reduzir a incerteza, e também para reduzir os custos de produção e troca. A incerteza é onipresente e boa parte das atividades humanas ao longo da história pode ser interpretada como constituindo tentativas de redução da incerteza. O problema da incerteza é mais agudo nas situações em que os indivíduos não têm condições de determinar probabilidades e, por este motivo, estão impossibilitados de criarem mecanismos de proteção e seguro. Nos países mais desenvolvidos, haveria uma série de circunstâncias em que se consegue reduzir a incerteza (mercados futuros, contratos impessoais protegidos pelo direito estatal, etc.), mas isso se dá através de interações sociais relativamente complicadas e nem sempre reproduzíveis nos demais países, que suportam apenas organizações mais simples.

Diante da incompletude da quantidade de informação disponível a respeito das possíveis escolhas, e, ainda, da finitude da racionalidade humana e das limitações concretamente existentes em cada país para as possibilidades de complexificação das relações interpessoais e inter-organizacionais, as instituições fornecem estruturas que permitem aos indivíduos interpretar os fatos e agirem nas mais diversas circunstâncias.

O problema, diz North, é que a evolução institucional apresenta *dependência da trajetória* ("path dependence"). As alternativas disponíveis em um momento dependem (isto é, estão limitadas) pelas instituições já existentes. Isso quer dizer, antes de tudo, que a história importa, e que a tomada de decisões em um dado momento é também limitada por decisões e eventos ocorridos anteriormente.

A história cria instituições culturais, sociais, políticas e jurídicas que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais. Os processos de mudança e ajuste institucional são complexos, e tendem a não ocorrer quando em desacordo com os interesses da elite. Assim, mudanças no sentido da *eficiência* (assim entendida como mudanças que tornariam na média a sociedade mais rica) podem não acontecer, e frequentemente não acontecem. A história da humanidade é povoada por situações em que *equilíbrios sub-ótimos* permanecem por um longo período muitas vezes.



Uma vez estabelecido um desenho institucional, a tendência é que surjam organizações que prosperem dentro do desenho existente, e que, portanto, não têm interesse em alterá-lo. Nesses casos, ganhos privados tendem a ser obtidos em detrimento dos interesses da maioria.

A distinção entre instituições e organizações é crucial e sem ela não há como navegar pela obra de North. Se as instituições são as “regras do jogo”, as organizações e seus líderes são os jogadores.³⁷ As organizações são grupos de indivíduos vinculados por um objetivo comum. As organizações incluem os corpos políticos (partidos, agências reguladoras, congresso, judiciário, etc.), os corpos econômicos (firmas, cooperativas, sindicatos, etc.) e os corpos sociais e educativos (igrejas, clubes, escolas, etc.).

Tanto instituições quanto organizações estruturam a ação dos indivíduos na sociedade, mas as organizações e seus líderes são os agentes da evolução institucional. As organizações, e seus líderes, estão constantemente tentando maximizar as condições para a concretização de seus propósitos, e estão limitados pela estrutura institucional vigente. Quando os preços, a tecnologia ou as percepções (inclusive ideológicas) mudam, surge, então, a oportunidade para que as organizações influenciem a mudança institucional.

A chave para se entender o progresso econômico, dirá North, é a existência de organizações eficientes na sociedade. O surgimento dessas organizações – o estado moderno é uma delas – seria a razão da ascensão do ocidente nos últimos séculos. As teorias *tradicionais* do crescimento econômico utilizam variáveis como acumulação de capital, tecnologia e economias de escala. Para North, esses fatores não são as causas do crescimento econômico, mas apenas partes inerentes ao processo de desenvolvimento. As causas do crescimento econômico dizem respeito à ordem institucional da sociedade, e em particular à existência de organizações eficientes e à habilidade da sociedade de implementar arranjos institucionais que façam com que os retornos para os indivíduos sejam igualados/aproximados dos retornos para a sociedade.

³⁷ Vide NORTH, nota 2, pp. 4-5.



Mais concretamente, isso quer dizer que a busca por eficiência dentro das organizações não é condição suficiente para o desenvolvimento. Em primeiro lugar, há o problema daquilo que os economistas chamam de *carona* ("free riding"). Os tomadores de *carona* são aqueles indivíduos dentro do grupo que não arcam com a sua parte nos custos totais necessários para se sustentar um bem que é comum a todo o grupo. Esse bem comum pode, inclusive, ser a própria ordem institucional que protege a todos. Um exemplo clássico de *carona* seria o não pagamento de impostos por indivíduos que se beneficiam de serviços prestados pelo governo, inclusive proteção da violência.

O segundo problema diz respeito à existência de custos de transação. As regras formais e a ação policial do estado não conseguem evitar que as pessoas tomem *caronas*. A incidência de *caronas* depende das instituições formais tanto quanto das instituições informais. Daí por que um sistema político e econômico não se sustenta sem uma ideologia. Por "ideologia" entenda-se um dispositivo para economizar informações ("*economizing device*") e facilitar os processos de tomada de decisão,³⁸ e, ao mesmo tempo, uma força ética e moral que delimita as opiniões a partir de um sentido de equidade/justiça ("*fairness*").³⁹

Daí por que North entende que a formulação de uma teoria da organização social – que é o fim último da formulação de uma teoria das instituições – deve estar complementada por uma teoria das ideologias. O ferramental neoclássico geralmente deixa fatores como a teoria do estado e o papel das ideologias para outras ciências sociais. Mas para North, não é possível analisar a evolução histórica sem levar a sério a ideologia e a sua evolução histórica.

Por estar pautada na ação de organizações, a evolução institucional é um processo eminentemente político: ela envolve a redistribuição de riqueza e de poder na sociedade. São raras as mudanças institucionais *pareto-eficientes*, isto é, que não

³⁸ Neste ponto, a North constrói sua teoria sobre o papel das ideologias a partir da contribuição de Herbert Simon sobre os limites da racionalidade humana. A referência específica utilizada por North é SIMON, Herbert. Rationality in Psychology and Economics. In HOGARTH, Robin M. e REDER, Melvin W. (org.), The Behavioral Foundations of Economic Theory. Journal of Business (suplemento), vol. 59, pp. 209-224.

³⁹ NORTH, nota 2.

prejudicam nenhuma organização ou indivíduo. Ao contrário, o processo de evolução institucional tende a criar *perdedores* e *vencedores*. Mesmo criando perdedores, a evolução institucional pode ser vista como *eficiente*, desde que os ganhos dos vencedores excedem as perdas do perdedores; ou então, desde que a mudança institucional coloque a sociedade no rumo da evolução em direção a uma *ordem de acesso aberto*.

De um ponto de vista histórico, contudo, não há nenhuma garantia de que as mudanças institucionais serão eficientes, em qualquer sentido. Isso fica claro quando pensamos, por exemplo, no tema da evolução legal. O poder coercitivo do estado, aliado à influência política de grupos de interesse, abre espaço para ações oportunistas na redação de leis, decisões judiciais, administrativas, e na tomada de decisões em meio à implementação de políticas públicas de um modo geral. Em suma, as ações do estado frequentemente servirão para beneficiar aqueles com poder político superior.

Conforme as organizações se desenvolvem, elas alteram instituições de maneiras que não são previsíveis *ex ante facto*, embora se possa tentar compreender tais mudanças *ex post facto*. Neste ponto, North demonstra uma combinação de modéstia e imodéstia. Por um lado, há um argumento *fraco* no sentido de que é difícil arquitetar a evolução institucional no sentido do desenvolvimento: o desenvolvimento é *epifenomênico*. Por outro lado, há um argumento *forte* no sentido de que é possível identificar o impacto agregado das instituições.

Por exemplo: North dirá que “a incapacidade das sociedades de desenvolverem mecanismos de cumprimento e execução (*enforcement*) de contratos a baixos custos de transação é a fonte mais importante de estagnação e subdesenvolvimento contemporâneo no Terceiro Mundo”.⁴⁰ Ao mesmo tempo, ressaltará a importância da criação de uma entidade capaz de fazer valer os contratos, embora “ninguém no estágio atual de conhecimento saiba como criar tal entidade”.⁴¹ Essa combinação de arrojo descritivo e comedimento programático traduz-se na

⁴⁰ NORTH, nota 2, p. 54.

⁴¹ NORTH, nota 2, p. 59.

ausência de uma agenda prescritiva clara. Diante da obra de North é preciso deixar de lado muita coisa para se encontrar o planejador por trás do historiador.

V. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North

Falar-se em *desenvolvimento* implica adotar uma perspectiva dinâmica. A noção de desenvolvimento está necessariamente sugerindo uma sucessão de circunstâncias e uma comparação no tempo. O desenvolvimento se dá quando a nova circunstância é superior à anterior, sob algum ponto de vista. Essa comparação, como se vê, requer o estabelecimento de um parâmetro, e a noção de desenvolvimento como a passagem de OAL para OAA é no mínimo instigante. Ela dá conta da inter-relação entre política e economia; e, ao mesmo tempo, abre uma enorme janela para se pensar o papel do direito na mediação dessa inter-relação.

Um ponto às vezes olvidado é o de que North não oferece panacéias nem técnicas milagrosas: muito ao contrário, sua obra é eminentemente descritiva, e as implicações programáticas ou normativas do quadro marcadamente descritivo traçado por North não são nada óbvias; traduzem-se, a meu ver, em verdadeiros enigmas.

A. Primeiro Enigma: Como Ordenar o Desenvolvimento?

A obra de North fornece duas visões sobre o papel ordenador do estado, e elas nem sempre convivem de forma harmônica.

Por um lado, North apresenta a noção de desenvolvimento como um *epifenômeno*, isto é, um fenômeno secundário. O problema é que, se o desenvolvimento é realmente um fenômeno secundário, então, por definição, não há como planejá-lo. Este é provavelmente o motivo pelo qual North não foi capaz de



estabelecer uma agenda prescritiva clara para a atuação do estado, e deu à sua obra um caráter acentuadamente descritivo. A intervenção nos mercados é necessária, mas para concretizá-la, dirá North, é necessário entender não apenas por que um determinado mercado é (ou deixa de ser) eficiente, mas também como ele está mudando; nada disso é tarefa simples.

Por outro lado, North argumenta que os indivíduos reagem aos incentivos criados pelas instituições (formais e informais), e, ainda, que o estado pode influenciar o desenvolvimento do quadro institucional promulgando leis e criando organizações públicas mais adequadas. De fato, em muitas passagens de sua obra fica-se com a impressão de que North está fazendo uma defesa aberta da utilização do direito como meio de proteção da propriedade, da liberdade de contratar, da tutela de organizações privadas e da economia de mercado.

Essa defesa do papel ordenador do estado salta aos olhos, por exemplo, quando North argumenta que as regras formais críveis foram decisivas para o estabelecimento da confiança e para o fomento ao investimento na Inglaterra após a *revolução gloriosa*.⁴² Também se tem a mesma impressão quando North relaciona desenvolvimento, competição *schumpeteriana*, e proteção legal das relações contratuais em organizações privadas (por exemplo, através de um direito societário que proteja responsabilidade limitada e ordene as relações entre sócios).⁴³ Mas a defesa de uma ordem jurídica específica que possa ser conducente à acumulação de riqueza e à facilitação dos intercâmbios nunca é plena a ponto de se traduzir uma agenda programática clara.

⁴² Vide NORTH e WEINGAST, nota 1.

⁴³ NORTH et al., nota 5, p. 18.

B. Segundo Enigma: Quais São as Lições da História?

Se há uma mensagem propositiva clara em North, há de ser a de que devemos analisar a história e dela tirar as lições. O problema é que as lições da história encontradas por North são também potencialmente contraditórias.

Por um lado, como vimos, a história demonstraria que na transição de *ordem de acesso limitada* para *ordem de acesso aberto* teriam sido necessárias (a) a evolução institucional que permitisse intercâmbios impessoais entre as elites e (b) o surgimento de uma circunstância em que a elite julgue de seu auto-interesse a expansão do escopo das interações impessoais.⁴⁴ Historicamente, essas situações estariam ligadas ao estabelecimento de três pré-condições: (i) *rule of law* entre as elites, (ii) consolidação de organizações perenes e (iii) controle político-constitucional sobre o poder militar.⁴⁵ A sugestão, então, poderia ser a de que a política pública deva ser organizada de modo a criar condições para o surgimento dessas três pré-condições.

O problema, por outro lado, é que não há indicação clara dos fatores ou medidas que poderiam conduzir ao estabelecimento dessas pré-condições. Tanto é assim que North reconhece que “os países em desenvolvimento hoje estão em uma situação diferente da que se encontravam há 200 anos, e [que] cada país que se moveu para uma ordem de acesso aberto teve características únicas na sua transição.”⁴⁶ Um exemplo bastante dramático de países que teriam percorrido um caminho aparentemente idiossincrático pode ser encontrado nos chamados *tigres asiáticos*. Paupérrimos no pós-Segunda Guerra, esses países do sudeste asiático são hoje considerados desenvolvidos. Se as pré-condições indicadas por North seriam

⁴⁴ NORTH et al., nota 5, p. 21.

⁴⁵ NORTH et al., nota 5, p. 21.

⁴⁶ NORTH et al., nota 5, p. 5.



adequadas para descrever os processos de transição nesses países, é um ponto no mínimo controverso.⁴⁷

C. Terceiro Enigma: Como o Direito Afeta o Crescimento Econômico?

Existe uma clara tensão entre duas características desejáveis de uma boa ordem jurídica: trata-se da concomitante necessidade de estabilidade (que sugere ausência de mudança) e amparo institucional ao desenvolvimento da ordem social (que sugere flexibilidade e porosidade à mudança).

A leitura de North indica uma relação problemática entre a estrutura jurídica e o crescimento econômico. Essa relação pode ser expressa pela tensão que há entre, de um lado, a necessidade de estabilidade jurídica para a manutenção da ordem e controle da violência, e, de outro, a necessidade de que o direito esteja aberto à mudança para que possa sustentar a abertura da ordem social associada ao processo de desenvolvimento.

North ressalta exemplos históricos que demonstrariam como o crescimento econômico necessitaria uma ordem jurídica estável; o pressuposto é o de que mudanças constantes nas regras do jogo abalam a confiança e deprimem as relações sociais. Mas ao mesmo tempo, para que haja desenvolvimento o direito deve evoluir, porque uma ordem jurídica estável pode simplesmente prover sustentabilidade para o congelamento de uma *ordem de acesso limitada*.

⁴⁷ GINSBURG, Tom. Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia, 34 Law & Soc'y Rev. 829 (2000).

D. Quarto Enigma: Como o Direito Afeta o Arcabouço Institucional?

North reconhece que as únicas formas através das quais o estado pode mudar *a forma como o jogo é jogado* é mexendo nas instituições formais ou reformando as organizações estatais; mas este não é um processo simples.

A cooperação é um imperativo da vida em sociedade, e a especialização é uma condição do aumento da produtividade. Além disso, a existência de certas circunstâncias facilita a cooperação: interações repetidas, abundância de informações sobre a atuação da outra parte em interações no passado, pressão do grupo ou clã que dissuade o indivíduo de agir de maneira oportunista e existência de um número pequeno de partes com quem se deseja cooperar. Por via de consequência, pode-se deduzir que a cooperação será mais difícil quando as interações ocorrerem uma única vez, quando a reputação das partes for opaca, quando as partes não forem membros de um mesmo grupo, ou quando estiver em questão a cooperação de muitas partes.⁴⁸

Surgem, então, dois problemas para se pensar os mecanismos através dos quais o direito afeta o arcabouço institucional. Em primeiro lugar, as instituições informais (como normas sociais de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, tabus, costumes, religiões, etc.) não são plenamente controláveis. E, em segundo lugar, o estado tem limitações na sua capacidade de *fazer cumprir* (“enforce”) as leis e regulamentos formais.

Esse quadro, portanto, sugere um limite bastante claro ao papel do direito nos projetos de mudança social: as instituições importam e o direito não é mera *superestrutura*, mas isso não quer dizer que o direito tudo possa.

⁴⁸ NORTH, nota 3.

E. Quinto Enigma: O Estudo do Desenvolvimento é Técnico ou Ideológico?

O estudo do desenvolvimento tem um viés aparentemente técnico, mas não devemos nos enganar: em algum momento, mesmo o indivíduo fortemente comprometido com o pragmatismo ou com a instrumentalidade das instituições precisa tomar uma posição em questões filosóficas e ideológicas.

North diria que isso ocorre principalmente por causa da finitude das faculdades cognitivas humanas, que nos impõem a necessidade de valermos-nos de ideologias como um mecanismo de *economia informacional*. Se pudéssemos saber de tudo, bastaria o cálculo; como o conhecimento é limitado e fragmentário, as ideologias já não podem ser descartadas pelos seres humanos.

A obra de North não deixa transparecer uma visão clara de uma forma de *bem comum*. Ao contrário, há trechos em que North defende o ferramental analítico da *escolha pública* ("rational choice"), o que praticamente equivale à negação da existência de qualquer noção metafísica de *bem comum*. Daí por que talvez haja esta aparente contradição: de um lado, afirma-se que as ideologias importam; de outro, North mantém sua própria parcialmente oculta.

É bom notar, no entanto, que North deixa transparecer uma indisfarçável admiração por Friedrich Hayek. Recentemente, North se referiu a Hayek como "o mais interessante economista do século XX".⁴⁹ E não devemos nos esquecer de que Hayek é tanto um economista quanto um jurista e um filósofo, e que possui uma teoria de justiça bastante singular.⁵⁰

Há, de fato, diversos pontos comuns nas obras de North e Hayek. Até onde pude identificar, esses pontos comuns incluem pelo menos os seguintes. (a) Ao contrário do *mainstream* dos economistas, ambos realçam a importância das ideias –

⁴⁹ NORTH, nota 34, p. 11.

⁵⁰ HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo: Visão, 1985.

da ideologia – nas tomadas de decisão e na realização de escolhas.⁵¹ (b) Ambos acreditam que o mundo seja não-ergódico e povoado por incerteza. (c) Ambos se preocupam com a compreensão dos processos através dos quais se formam as crenças humanas (Hayek chegou até mesmo a delinear uma teoria a esse respeito).⁵² (d) Ambos acreditam que o problema central das sociedades é coordenar esforços e obter interações consensuais, ao invés de violentas ou coercitivas. (e) Ambos acreditam que a diversidade institucional que amplia as opções de escolha (inclusive para a reinvenção institucional) é mais efetiva do ponto de vista da evolução da ordem social. (f) A limitação efetiva (e não apenas formal) do poder estatal é um problema central na teoria de ambos. (g) A visão de North do desenvolvimento como um *epifenômeno* é consistente com a visão de Hayek de que as sociedades surgem como *ordens espontâneas*.

Há, por outro lado, diferenças importantes entre North e Hayek. Algumas são técnicas e dizem respeito às concepções de cultura e conhecimento; outras são mais palpáveis e relevantes. Dentre essas últimas, destaca-se o tratamento distinto dado ao papel dos preços como mecanismo de coordenação na sociedade. North entende que Hayek depositara excessiva confiança na capacidade de um sistema de preços servir como mecanismo para coordenação do *conhecimento* ("knowledge"). Quanto mais especializada se torna a sociedade, tanto mais disperso se torna o conhecimento, e tanto mais difícil (e custosa) se torna a coordenação e combinação deste conhecimento de maneira produtiva. Isto é: a crescente especialização nas sociedades modernas teria tido, na visão de North, um duplo efeito: por um lado permitira um aumento da produtividade, mas por outro teria acentuado os custos de mensuração dos bens e serviços negociados em mercado. Com o aumento desses custos de mensuração, o sistema de preços já não seria capaz de integrar o conhecimento disperso.

⁵¹ NORTH, nota 4, p. 5 ("A aceitação sem crítica do pressuposto de racionalidade é devastadora para a maioria dos temas com os quais os cientistas sociais se deparam e é uma grande pedra no caminho de progresso futuro. O pressuposto de racionalidade não está errado, mas sua aceitação impede um entendimento mais aprofundado do processo de tomada de decisão diante das incertezas no mundo complexo que criamos").

⁵² Vide HAYEK, Friedrich. *The Sensory Order: An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology*. Chicago: University of Chicago Press (1952).



Consequentemente, já não seria mais possível fugir da *engenharia social*. Dentro de certos limites, a regulação ter-se-ia imposto como um imperativo do mundo moderno. Hayek enxergara na regulação estatal o grande algoz da liberdade. A esse respeito, pondera North: "Hayek estava certamente correto que nosso conhecimento é sempre, e na melhor das hipóteses, fragmentário, e seus estudos pioneiros sobre as ciências cognitivas forneceram a fundação para lidarmos com as imperfeições da nossa compreensão (*understanding*). Mas Hayek não entendeu que nós não temos escolha [e precisamos] realizar engenharia social, ainda que certamente concordemos com seu argumento vencedor [na disputa com] os planejadores socialistas a respeito da eficácia [superior] do sistema de preços sobre as alternativas."⁵³

F. Sexto Enigma: Qual é o Papel do Direito Estatal?

Cabe ao direito instrumentalizar a cooperação na sociedade, reduzindo os chamados custos de transação. Mas como o direito é apenas parte do arcabouço institucional que condiciona a ação das pessoas, os mecanismos através dos quais o direito pode reduzir os custos de transação são complexos.

Em primeiro lugar, os custos de transação para funcionamento e administração do sistema estão correlacionados com o grau de legitimidade do sistema político. Isto é, a legitimidade da ordem política impacta as possibilidades concretas de coordenação de esforços na sociedade: quanto menos legítima for a ordem política, tanto maior será a incidência de *caronas* ("*free riders*"). Há assim um *tradeoff* – isto é, vantagens e desvantagens – entre o custo pecuniário de se atingir um determinado resultado (v.g. a criação de bônus de desempenho para professores da rede pública) e o imperativo moral para se atingir o mesmo resultado sem o incentivo pecuniário (v.g. a crença de que lecionar de maneira diligente tomada como um dever moral). Lidar com este *tradeoff* é difícil, não apenas pelas dificuldades de mensuração

⁵³ NORTH, nota 4.



das vantagens e desvantagens, mas também porque essas vantagens e desvantagens mudam com o tempo e com as circunstâncias.⁵⁴

Em segundo lugar, há uma interação dinâmica (isto é, uma relação de ação e reação contínua) entre as normas sociais e as normas formalmente positivadas pelo direito. Nesse processo quase dialético de formação das instituições, um elemento desempenha um papel importante: as crenças humanas. A conclusão de North é a de que a elaboração de uma teoria das instituições requereria uma teoria sobre a formação das crenças humanas. O problema, contudo, é que a humanidade ainda não possui uma boa teoria das crenças humanas. As ciências cognitivas possivelmente ofereceriam um caminho a ser trilhado pela pesquisa no futuro, mas este caminho ainda é incerto.⁵⁵

G. Sétimo Enigma: A Quem Interessa a Rule of Law?

Embora North não articule claramente um conceito de *rule of law*, está claro que esta compreenderia pelo menos a proteção de direitos de propriedade, a proteção à contratação privada, a limitação de poderes do soberano e a garantia de cumprimento (*enforcement*) desses direitos em bases impessoais. Posta nesses termos, contudo, a *rule of law* ofereceria uma gama de direitos e serviços *para as elites*. O paradoxo, portanto, é o de que a *rule of law* seria condição para a passagem de OAL para OAA; e, ao mesmo tempo, num primeiro momento beneficiaria apenas as elites. Ademais, dada a ausência de teleologia evolutiva na passagem de OAL para OAA, o “espalhamento” da *rule of law* das elites para as “não-elites” é um processo incerto, potencialmente lento, e sujeito a retrocessos.

⁵⁴ Estas observações também estão detalhadas em MYHRMAN, Johan e WEINGAST, Barry R. Douglass C. North's Contributions to Economics and Economic History. The Scandinavian Journal of Economics, Vol. 96, No. 2 (1994), p. 191.

⁵⁵ Em *Understanding the Process of Economic Change* (nota 4), North se põs a reconstruir o debate que se trava no campo das ciências cognitivas sobre se o cérebro pode ser modelado como um computador, ou se o raciocínio humano segue um modelo *conexionista* (“connectionist”). Sua conclusão sobre essa literatura é a de que o cérebro humano resolve problemas através de um método de *reconhecimento de padrões*.

VI. Conclusão

O desenvolvimento requer a criação de uma ordem jurídica que proteja o indivíduo perante o estado e facilite a coordenação, a divisão de trabalho e a especialização. Mudanças nesse sentido são incrementais, incertas, sujeitas a retrocessos, dependentes da trajetória institucional, imbricadas com as instituições informais e fortemente dependentes dos interesses das elites. E não há receitas óbvias. A obra de North fornece um ferramental interessante e inovador para se pensar problemas das transições históricas. A partir dele é possível pensar de forma criativa nos riscos, nas limitações e também nas possibilidades de reforma. Não é pouco, mas talvez seja menos do que muitos tentam enxergar nas entrelinhas de seus escritos.

North não possui uma agenda propositiva clara. Muito ao contrário, sua contribuição teórica é eminentemente descritiva e centrada na formulação de uma teoria da relação entre evolução institucional e mudança econômica. Em particular, a obra de North procura explicar a persistência de ineficiência e de racionalidades não econômicas na sociedade, enfocando os processos que historicamente permitiram que a sociedade se deslocasse entre diferentes estados de *equilíbrio*.⁵⁶

A empreitada teórica de North é a formulação de uma teoria que possa, de um lado, explicar a persistência de ineficiência econômica em muitas nações, e, de outro, explicar como algumas sociedades conseguem romper ciclos de subdesenvolvimento. Ao cabo de um processo de evolução metodológica, North passou a postular que as instituições são o principal fator a determinar o desempenho das economias dos países no longo-prazo. Desse modo, sua teoria do desenvolvimento depende de um modelo de evolução institucional. O problema é que, na visão de North, seria preciso conceber uma teoria sobre a formação das

⁵⁶ Contudo, o neo-institucionalismo em sua vertente inspirada na obra de Oliver Williamson tem características marcadamente prescritivas. Neste sentido, vide HIRSCH e LOUNSBURY, nota 14, p. 878-882.



crenças humanas antes de se delinear uma teoria sobre a forma das instituições; e neste particular a humanidade ainda não sabe o suficiente.

A ênfase de North em substitutos informais para instituições formais tem recebido muito menos atenção do que sua análise sobre direitos de propriedade e liberdade de contratar. A razão disso reside nas vantagens programáticas de se enfocar as instituições jurídicas formais. Essas são mais fáceis de se identificar, analisar e alterar, e, por isso, oferecem um campo atraente para grandes organizações burocráticas (como o Banco Mundial) que necessitam produzir resultados constantemente palpáveis, mensuráveis e demonstráveis.⁵⁷ Já as instituições informais, às quais North dá igual importância, requerem pesquisas empíricas mais complexas e, além disso, os impactos de intervenções externas sobre as instituições informais são bem menos quantificáveis e bem mais incertos. A ênfase nas instituições formais é, portanto, a principal forma através da qual a obra de North é apropriada pelas grandes burocracias internacionais. Sua contribuição, contudo, é bem mais abrangente. Sua leitura é indispensável e enriquecedora, mas sua mensagem é também enigmática.

⁵⁷ Vide GINSBURG, nota 47, p. 851.

A ARTE DO DIREITO E MACROECONOMIA

Originalmente publicado em inglês como "The art of Law & Macroeconomics", *University of Pittsburgh Law Review*, v. 74, issue 2, 2012.



Índice

I. INTRODUÇÃO

II. A EXPLICAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO & MACROECONOMIA

A. A Juridificação da Política Macroeconômica

B. Como o Direito importa

1. *Legitimação baseada em resultados e procedimentos*
2. *A Centralidade do Direito Administrativo*
3. *A rejeição do Decisionismo em Democracias Constitucionais*

C. Preceitos legais para elaboração de políticas macroeconômicas

1. *Políticas consistentes não são necessariamente baseadas em regras*
2. *O funcionamento sistêmico de regras jurídicas não é completamente previsível*
3. *O discurso jurídico pode restringir a tomada de decisão*

IV. SOBRE A NATUREZA DO DIREITO & MACROECONOMIA

A. Visão geral

B. Uma Taxonomia tríplice para a Economia

C. A Arte da Economia entre substância e retórica

D. Os desafios da Arte do Direito & Macro

V. CONCLUSÃO

A ARTE DO DIREITO E MACROECONOMIA¹

If assured knowledge is fragmentary and disconnected, if there are voids which must be filled to complete a system of knowledge, the manner and means of this filling is a question of elemental importance for insight into the nature of conduct. At the least, this filling of void spaces in knowledge (...) cannot be a matter of mere rational inference, for it is in conscious knowledge that the void spaces exist, and if their filling could be done by inference alone, that would be tantamount to the existence of sufficient knowledge.

George L.S. Shackle, *Epistemics & Economics*, 1972, p. 155

I. Introdução

Os esforços para relacionar os conhecimentos jurídico e econômico têm sido historicamente ligados ao amplo contexto sócio-econômico. Em estudo seminal sobre a relação entre direito e macroeconomia, Mark Kelman afirmou que a história do Direito & Economia poderia ser compreendida como resultando das ambições de cada “mini-geração” de acadêmicos². Nos anos de 1930 e 1940, no do contexto de depressão econômica e do ativismo estatal, a primeira geração debruçou-se sobre o problema da má-alocação de recursos causada pela prática de preços anticompetitivos, focando-se principalmente no direito antitruste³. Animados pela recuperação econômica após a década de 1960, a segunda geração expandiu o

¹ No original, “*The Art of Law & Macroeconomics*”, publicado na *University of Pittsburgh Law Review*, v. 74, 2012. Tradução de Eduardo da Silva Mattos e Bruno Polonio Renzetti, com pequenas revisões do autor.

² KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1219.

³ Contribuições seminais incluem SIMONS, Henry Calvert. *Economic policy for a free society*. p. 47-49, 57-60; BOWMAN, Ward S. Toward Less Monopoly. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 101, n. 5, 1953, p. 615-630; MASON, Edward S. Monopoly in Law and Economics. *The Yale Law Journal*, v. 47, n. 1, 1937, p. 45-49. Ver também BÖHM, Franz; EUCKEN, Walter; GROSSMANN-DOERTH, Hans. The Ordo manifesto of 1936. In: PEACOCK, Alan; WILLGERODT, Hans (eds.). *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, defendendo uma “constituição econômica” que iria abranger uma decisão política acerca da vida econômica da nação.



alcance da análise econômica para tópicos centrais do direito privado, tais como a responsabilidade civil⁴, propriedade⁵ e contratos⁶; bem como criminalidade⁷, processo⁸ e, em certo grau, até mesmo o direito constitucional⁹. Tendo escrito seu trabalho em 1993, Kelman somente poderia sugerir timidamente – mas acertadamente – que, na década de 1990, uma terceira geração de jus-economistas gradativamente mudaria o foco de atenção para a organização e a governança de empreendimentos, especialmente para as estruturas societárias e relações contratuais de longo-prazo¹⁰. Kelman também acertou ao prever que essa terceira geração tentaria deslocar o foco da eficiência alocativa estática para o estudo institucional e jurídico das condições para o crescimento e para a eficiência produtiva dinâmica.

De fato, os trabalhos sobre Direito & Economia se tornaram, durante as últimas décadas, menos provincianos e mais internacionalizados. Assim, o estudo dos mecanismos de precificação da *Common Law* cedeu espaço ao debate sobre desenvolvimento internacional e inovação, que se tornaram objetos centrais de investigação¹¹. Um importante condutor dessa mudança foi a tentativa de se fornecer

⁴ Ver COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960; CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, 1961.

⁵ Ver DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, 1967; CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, 1972.

⁶ Ver CHEUNG, Steven NS. Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements. *Journal of Law and Economics*, v. 12, 1969; WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, v. 22, n. 2, 1979.

⁷ Ver BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, 1968; TULLOCK, Gordon. An economic approach to crime. *Social science quarterly*, v. 50, n. 1, 1969; EHRLICH, Isaac. Participation in illegitimate activities: A theoretical and empirical investigation. *The Journal of Political Economy*, v. 81, n. 3, 1973.

⁸ Ver LANDES, William M. An economic analysis of the courts. *Journal of law and economics*, v. 14, n. 1, 1971; POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, 1973; GOULD, John P. The economics of legal conflicts. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, 1973.

⁹ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*.

¹⁰ KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1222. Trabalhos representativos incluem EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *The economic structure of corporate law*; HANSMANN, Henry. *The ownership of enterprise*; ROE, Mark J. *Strong managers, weak owners: The political roots of American corporate finance*.

¹¹ KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1222.



um arcabouço institucional sólido para uma economia pós-Soviética, capitalista e globalizada¹². O insucesso das primeiras reformas econômicas em países do antigo bloco comunista abriu espaço para que as reformas legislativas e melhorias institucionais fossem também pensadas como estratégias para o desenvolvimento¹³. A reboque dessa conjuntura histórica a preocupação com instituições – particularmente na forma da Nova Economia Institucional (NEI) – ganhou força nos círculos políticos e acadêmicos.

Na atual crise econômica mundial, a discussão sobre a relação entre o direito e a macroeconomia é oportuna. No pós-crise financeira de 2007-2008, os vieses de confiança no livre mercado e a suspeita quanto às falhas de governo e à regulação dos trabalhos – traços típicos do movimento de Direito & Economia – não podem mais ser tomados como certos. Aqui há tanto razões contextuais quanto teóricas. Primeiramente, verifica-se que governos ao redor do mundo procuram cada vez mais controlar suas economias e preservar (ou aumentar) sua influência global¹⁴. Ian Bremmer definiu esse fenômeno como uma virada global em direção ao capitalismo de estado – isto é, o sistema sob o qual o Estado é o agente econômico dominante que se utiliza de instrumentos de mercado principalmente para benefícios políticos¹⁵. Com variações de grau em cada país, esse novo cenário envolve um aumento quantitativo na regulação de diversas indústrias, um aumento geral do controle governamental sobre recursos naturais e sobre as finanças (tanto no âmbito

¹² Ver, por exemplo, POSNER, Richard A. Creating a legal framework for economic development. *The World Bank Research Observer*, v. 13, n. 1, 1998; DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: Elements of reform*. p. 50; RUBIN, Paul H. Growing a legal system in the post-communist economies. *Cornell International Law Journal*, v. 27, p. 1, 1994.

¹³ Ver DAM, Kenneth W. *The law-growth nexus: The rule of law and economic development*; CAROTHERS, Thomas. *Aiding democracy abroad: the learning curve*; SHIHATA, Ibrahim FI (Ed.). *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*; GRAY, Cheryl W. Legal process and economic development: a case study of Indonesia. *World Development*, v. 19, n. 7, 1991.

¹⁴ BREMMER, Ian. *The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations?* p. 151-155.

¹⁵ BREMMER, Ian. *The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations?*. Ver também TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario. Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. *Univ. of Wisconsin Legal studies Research Paper*, n. 1207, 2012; BOWER, Joseph L.; LEONARD, Herman B.; PAINE, Lynn Sharp. *Capitalism at risk: rethinking the role of business*; *Special Report, State Capitalism*, THE ECONOMIST, Jan. 21, 2012, p. 54.

doméstico como no exterior, por meio de fundos soberanos), e um aumento nas políticas comerciais protecionistas¹⁶.

A política está inevitavelmente interligada com o pensamento e com a prática econômicos, característica particularmente clara nos debates travados sobre política macroeconômica. Afinal, a macroeconomia é o ramo da economia dedicado a nada menos do que a compreensão de agregados que são politicamente relevantes, tais como os níveis de investimento, emprego, crescimento, inflação, consumo e ciclos econômicos. De importância especial é o fato de que a erupção da crise de 2007 é agora retratada nos círculos políticos como consequência da falta de regulação e da confiança excessiva nos mecanismos de mercado¹⁷. Sem surpresa, esses eventos transformaram-se em ataques direcionados aos fundamentos teóricos basilares do Direito & Economia como usualmente estudado.

Ainda que raramente explicitada, a noção amplamente reconhecida de que as bases do Direito & Economia assentam-se sobre a ideia de microfundamentação (*microfoundations*) da economia é de particular importância. A teoria dos microfundamentos traça a origem de fenômenos agregados ao comportamento e às interações dos indivíduos¹⁸. Pressupõe-se a existência de uma teoria unificada para explicar a economia como um todo, subsumindo a macroeconomia à microeconomia¹⁹. O pressuposto central é o individualismo metodológico, isto é, a visão de que fenômenos sociais podem ser precisamente explicados se for possível provar que estes fenômenos resultam de estados

¹⁶ BREMMER, Ian. *The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations?* p. 151-155.

¹⁷ Particularmente, ver o depoimento de Alan Greenspan no congresso em 23 de outubro de 2008. *The Financial Crisis and the Role of Federal Regulators: Hearing Before the Comm. on Oversight and Gov't Relations*, 110th Cong., 2008. "[T]hose of us who have looked to the self-interest of lending institutions to protect shareholder's equity, myself especially, are in a state of shocked disbelief". Para uma abordagem mais técnica, ver BLANCHARD, Olivier. *The Future of Macroeconomic Policy: Nine Tentative Conclusions*, *IMFDIRECT* (Mar. 13, 2011), disponível em <http://blog-imfdirect.imf.org/2011/03/13/future-of-macroeconomic-policy/>

¹⁸ Ver JANSSEN, Maarten . *Microfoundations*. In: DURLAUF, Steven N.; BLUME, Larry. (eds.). *The new Palgrave dictionary of economics*.

¹⁹ JANSSEN, Maarten . *Microfoundations*. In: DURLAUF, Steven N.; BLUME, Larry. (eds.). *The new Palgrave dictionary of economics*.



intencionais que motivam os atores individuais²⁰. O individualismo metodológico pressupõe-se que agentes econômicos racionalmente maximizam sua satisfação não somente em situações de mercado, mas também em interações fora do mercado.

Até agora, a disciplina (ou o movimento, ou a área) de Direito & Economia tem sido recorrentemente caracterizada como a ciência que estuda incentivos eficientes direcionados a atores racionais, que interagem em meio a um mar de leis e regulações estatais²¹. A preocupação do Direito & Economia com a eficiência em contratos, propriedade, responsabilidade civil e organizações só tem sentido prático porque carrega consigo o pressuposto implícito de que a macro-eficiência depende da micro-eficiência. Isto é, a forma de se fazer com que toda economia se torne mais eficiente é tornando cada interação entre indivíduos e dentro de organizações igualmente mais eficiente. Não existiria razão boa o suficiente para se buscar um equilíbrio parcial superior em um dado cenário micro (uma relação contratual, por exemplo) caso os estudiosos acreditassem que os resultados agregados (ou macro) estivessem em equilíbrio inferior. Ninguém defenderia aumentar o tamanho de algumas fatias de um bolo imaginando que, ao fazê-lo, o tamanho do bolo estaria, no fim das contas, diminuindo.

O debate acadêmico sobre a teoria dos microfundamentos econômicos precede, em muito, a crise de 2007²², e, na verdade, tem sido parte da crítica ao Direito & Economia²³. A principal objeção aos microfundamentos é que aplicações da

²⁰ Ver, em geral, HEATH, Joseph. Methodological Individualism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/>.

²¹ ULEN, Thomas S. Law and Economics in the Future of Legal Scholarship, Education, and Practice. *Review of Business and Economics*, v. 53, n. 3, 2008. p. 220. "I think that the most lasting effect of the revolution wrought or being wrought by law and economics on legal scholarship is methodological: its importation into law of the scientific method of inquiry".

²² Ver COLANDER, David (ed.). *Beyond Microfoundations: Post Walrasian Economics*, em especial o Overview; HODGSON, Geoffrey M. Why the problem of reductionism in biology has implications for economics. *World Futures: Journal of General Evolution*, v. 37, n. 2-3, 1993; FOSTER, John. *Evolutionary macroeconomics*. Para uma revisão dessa literature, ver VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M.; GOWDY, John M. The microfoundations of macroeconomics: an evolutionary perspective. *Cambridge Journal of Economics*, v. 27, n. 1, 2003; WEINTRAUB, E. Roy. The microfoundations of macroeconomics: a critical survey. *Journal of Economic Literature*, 1977.

²³ Ver KENNEDY, Duncan. The role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of commodities. *American University Law Review*, v. 34, 1985, p. 963; KENNEDY, Duncan. Cost-benefit

teoria de equilíbrio geral (grosso modo, a ideia de que existe um conjunto tal de preços que leve a condições ótimas em todos os mercados) não resultam de uma abordagem microeconômica consistente²⁴. Simplificando, não há uma boa teoria de formação de expectativas acima do nível do agente individual, de forma que os efeitos agregados da interação em mercados específicos são incertos²⁵. Como bem colocado por Colander (*et al.*), “o comportamento do agregado não precisa corresponder ao comportamento dos componentes, assim como também não pode ser, na maioria das vezes, considerado unicamente como uma derivação desses últimos”²⁶. Outras objeções recaem sobre o significado econômico da ideia de racionalidade²⁷ e, mais importante, sobre fato de que modelos que incluem características realísticas de comportamento tendem a possuir múltiplos equilíbrios²⁸.

Como se vê, a mais recente crise econômica não inaugurou as críticas contra os microfundamentos; criou, todavia, um novo vetor contrário a eles²⁹.

analysis of entitlement problems: a critique. *Stanford Law Review*, v. 33, 1981; DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value?. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980.

²⁴ Tradução livre. No original: “applications of general equilibrium theory [roughly, the idea that a set of prices exists that will result in optimality in all markets] do not follow from a consistent micro approach”. VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M.; GOWDY, John M. The microfoundations of macroeconomics: an evolutionary perspective. *Cambridge Journal of Economics*, v. 27, n. 1, 2003, p. 66.

²⁵ Tradução livre. No original: “good theory of expectations formation above the level of individual agent”. VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M.; GOWDY, John M. The microfoundations of macroeconomics: an evolutionary perspective. *Cambridge Journal of Economics*, v. 27, n. 1, 2003, p. 66.

²⁶ Tradução livre. No original: “the behavior of the aggregate need not correspond to the behavior of the components, nor can it generally be derived from a consideration of the latter alone.” COLANDER, David; HOWITT, Peter; KIRMAN, Alan; LEIJONHUFVUD, Axel; MEHLING, Perry. Beyond DSGE models: toward an empirically based macroeconomics. *The American Economic Review*, v. 98, n. 2, 2008, p. 236-237. Ainda, “in a complex system aggregate behavior cannot be deduced from an analysis of individuals alone, [so] representative agent models fail to address the most basic questions of macroeconomics”.

²⁷ COLANDER, David; HOWITT, Peter; KIRMAN, Alan; LEIJONHUFVUD, Axel; MEHLING, Perry. Beyond DSGE models: toward an empirically based macroeconomics. *The American Economic Review*, v. 98, n. 2, 2008, p. 236-237. Ainda, “[t]he assumptions we make about individuals in microeconomics are based on introspection, not on any mass of coherent empirical evidence or even on any intuitive plausibility criteria. The only justification of the hyper-rational, self-interested agent typically used in standard macro models was that it was consistent with the characterization used in micro theorizing. And even that justification is now disappearing with the rise of behavioral economics”.

²⁸ NICOLAIDES, Phedon. Limits to the expansion of neoclassical economics. *Cambridge Journal of Economics*, v. 12, n. 3, 1988; DOW, Sheila C. Mainstream economic methodology. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 1, 1997.

²⁹ Ver MEEUSEN, Wim. Whither the microeconomic foundations of macroeconomic theory? *Brussels Economic Review*, v. 54, n. 1, 2011, em que se discute uma série de desafios trazidos à teoria dos microfundamentos no bojo da crise de 2007-2008.

Algumas das últimas críticas argumentam que o uso do individualismo metodológico (bem como de sua descendente direta, a teoria das expectativas racionais) deveria ser melhorado ou tornado mais realista. Joseph Stiglitz, por exemplo, sugeriu recentemente que se deveriam procurar os microfundamentos “corretos”³⁰. Provavelmente isso pode ser alcançado ao se aprimorar os modelos atuais com conceitos e experimentos da psicologia comportamental³¹. Outras críticas são mais basilares. Akerlof e Shiller, por exemplo, reiteradamente argumentam que os agentes de mercado se tornam, sistematicamente, vítimas do comportamento de manada e que tais agentes estão, em muitas ocasiões, distantes do modelo de racionalidade que caracteriza a maioria das análises econômicas atuais³². De maneira radical, e em um espírito de Keynesianismo renovado, Katharina Pistor, uma jurista, recentemente apresentou argumentos baseados na premissa de que mercados financeiros são profundamente debilitados por conhecimento imperfeito e por restrições de liquidez, e que eles não poderiam ser considerados “informacionalmente” eficientes³³.

No que pode se tornar uma nova onda teórica, alguns juristas com inclinação à economia³⁴ declaram-se abertamente Keynesianos – como surpreendentemente fez Richard Posner, o maior representante daquilo que já foi chamado de Direito & Economia “padrão”³⁵. A inspiração na teoria econômica de John

³⁰ STIGLITZ, Joseph E. A Balanced Debate About Reforming Macroeconomics. IMFdirect, 22 de março de 2011, disponível em <http://blog-imfdirect.imf.org/2011/03/22/balanced-debate-about-reforming-macroeconomics/>. Para o autor, “perhaps the major failing of some of the earlier models was that, while the attempt to incorporate micro-foundations was laudable, it was important that they be the right micro-foundations”.

³¹ Ver, em geral, SUNSTEIN, Cass R (ed.). *Behavioral law and economics*.

³² Ver, por exemplo, AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Animal spirits: How human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*.

³³ PISTOR, Katharina. On the Theoretical Foundations for Regulating Financial Markets Or, What If It Is Not All about Information Costs?, junho de 2012, não publicado. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2113675.

³⁴ Por “juristas com inclinação à economia” refere-se a aqueles dedicados, nas palavras de Eric Posner, ao “law law and economics”, ao invés do “economics law and economics”. Ver a participação de Erick Posner na nota da Universidade de Chicago, “The Future of Law and Economics: Essays by Ten Law School Scholars”, disponível em <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandeconomy-future>.

³⁵ POSNER, Richard A. *How I Became a Keynesian*, THE REPUBLIC, 23 de setembro de 2009, p. 34. Ver, em geral, POSNER, Richard A. *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; POSNER, Richard A. *The crisis of capitalist*

Maynard Keynes significa, no mínimo, a aceitação de que o risco de instabilidade econômica é perene, de que a incerteza possui um papel central nessa instabilidade e, a crença de que a regulação oferece saídas para se reduzir as chances de instabilidade³⁶. Isso não significa, evidentemente, que todos os juristas interessados no método econômico sejam agora Keynesianos. Por exemplo, Richard Epstein, em episódio recente, declarou publicamente sua rejeição ao Keynesianismo³⁷, e Ronald Gilson e Reinier Kraakman trabalham em restaurar a credibilidade da Hipótese da Eficiência do Mercado de Capitais³⁸ – um primo da teoria dos microfundamentos. Em resumo, e como se poderia esperar, tem-se atualmente, de um lado, um debate florescente sobre a metodologia que guiará o Direito & Economia daqui para frente. De outro, uma notável convergência temática: muitos juristas foram conduzidos, agora, a estudar as peculiaridades da indústria financeira, sua conexão com os ciclos econômicos e as implicações sistêmicas das quebras de grandes agentes financeiros³⁹.

A lição é a seguinte: enquanto o legado intelectual da crise de 2007 continua sendo incerto, o novo cenário político provavelmente fará com que os acadêmicos do direito voltem suas atenções para tópicos nos quais a dimensão

democracy. Ver também LISTOKIN, Yair, *Equity, Efficiency, and Stability: The Importance of Macroeconomics for Evaluating Income Tax Policy*. *Yale Journal on Regulation*, v. 29, 2012.

³⁶ GORDON, Richard L. *Law and Macroeconomics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *The Online Encyclopedia of Law & Economics*.

³⁷ Ver, por exemplo, EPSTEIN, Richard A. *Why I will never be a Keynesian*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 33, p. 387, 2010.

³⁸ GILSON, Ronald J.; KRAAKMAN, Reinier. *Market Efficiency after the Financial Crisis: It's Still Information Costs*, abril de 2012 (inédito). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2396608.

³⁹ Ver, por exemplo, PISTOR, Katharina. *On the Theoretical Foundations for Regulating Financial Markets Or, What If It Is Not All about Information Costs?*; SCHWARCZ, Steven L. *Regulating complexity in financial markets*. *Washington University Law Review*, v. 87, 2009; ROMANO, Roberta. *For Diversity in the International Regulation of Financial Institutions: Rethinking the Basel Architecture*, abril de 2012 (inédito), disponível em <http://www3.nd.edu/~ndlaw/prog-law-economics/Romano.pdf>; GORDON, Jeffrey N. *Executive Compensation and Corporate Governance in Financial Firms: The Case for Convertible Equity-Based Pay*. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 373, 2010; GORDON, Jeffrey N.; MULLER, Christopher. *Confronting Financial Crisis: Dodd-Frank's Dangers and the Case for a Systemic Emergency Insurance Fund*. *Yale Journal on Regulation*, v. 28, p. 151, 2011; COFFEE JR, John C. *Systemic risk after Dodd-Frank: contingent capital and the need for regulatory strategies beyond oversight*. *Columbia Law Review*, v. 111, n. 4, 2011; KIRSHNER, Jodie A. *The Indian Anomaly: Rethinking Credit Rating Agency Regulation from the Economic Perspective of Hyman Minsky*, setembro de 2012, não publicado, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2160857; GERDING, Erik F. *Credit Derivatives, Leverage, and Financial Regulation's Missing Macroeconomic Dimension*. *Berkeley Business Law Journal*, v. 8, 2011.

macroeconômica é particularmente relevante. Esses tópicos incluem não somente iniciativas regulatórias nos mercados financeiros, mas mais importante (e a depender de como a crise econômica se desenvolverá a partir de agora), poderão incluir políticas cambiais, monetárias e orçamentárias. Ademais, e devido às agudas consequências distributivas da política macroeconômica, juristas provavelmente serão levados a analisar a constitucionalidade, a legalidade e a legitimidade dessas políticas. Ao fazê-lo, eles não estarão dispensados de examinar argumentos construídos no ramo que se convencionou chamar de macroeconomia. No entanto, na medida da necessidade de certo raciocínio macroeconômico, acadêmicos se sentirão menos pressionados a justificar suas conclusões com microfundamentos⁴⁰.

O restante desse artigo explora a pouco estudada, mas cada vez mais importante, relação entre o direito e a macroeconomia, oferecendo três contribuições. A Parte II explica a ausência do Direito & Macroeconomia até o presente momento. Argumenta-se que a falta de identificação de uma “corrente principal” (*mainstream*) dentro da literatura macroeconômica reduz o apelo retórico dos argumentos jurídicos baseados na macroeconomia. A Parte III explica e exemplifica o modo com o qual o direito e o conhecimento jurídico são importantes para a regulação macroeconômica. Aduz-se que o conhecimento jurídico é útil porque a regulação macroeconômica é restringida pelo sistema jurídico, ainda que a noção de sistema jurídico seja maior que a mera compilação de regras legisladas. A Parte IV recupera uma concepção de economia formulada ao fim do século XIX por John Neville Keynes, que oferece uma clara distinção entre a ciência, a ética e a aplicação da economia, estabelecendo, ainda, um arcabouço em que o conhecimento jurídico é de particular interesse para a formulação de políticas macroeconômicas. A Parte V conclui.

⁴⁰ Exemplos recentes incluem DALLAS, Lynne. Short-termism, the financial crisis, and corporate governance. *Journal of Corporation Law*, v. 37, 2011; NESVETAILOVA, Anastasia. The crisis of invented money: Liquidity illusion and the global credit meltdown. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 11, n. 1, 2010; WHALEN, Charles J. Rethinking economics for a new era of financial regulation: the political economy of Hyman Minsky. *Chapman Law Review*, v. 15, 2011; GABILONDO, Jose. Dodd-Frank, Liability Structure, and Financial Instability Cycles: Neither a (Ponzi) Borrower Nor a Lender Be. *Wake Forest Law Review*, v. 46, 2011; DAU-SCHMIDT, Kenneth G. Keynes Was Right! *Indiana Law Journal*, v. 87, 2012.

II. A explicação da inexistência do Direito & Macroeconomia

Quando acadêmicos se referem a “Direito & Economia”, o que se tem em mente é a relação entre direito e micro – ao invés de macro – economia⁴¹. A microeconomia estuda as ações de agentes individuais, como empresas e consumidores, e como seus respectivos comportamentos determinam preços e quantidades em certos mercados. O que torna atrativa a aplicação da microeconomia a questões jurídicas é sua robustez teórica. É que em comparação com a microeconomia, a macroeconomia não é teoricamente robusta. Essa é a principal explicação do porquê de um campo de Direito & Macroeconomia não ter prosperado até agora.

A microeconomia pode ser considerada robusta porque as principais dificuldades com que ela lida não se encontram no nível de seus fundamentos teóricos, mas sim no nível de sua aplicação⁴². Ao aplicar a metodologia microeconômica a uma questão jurídica, um estudioso pode se valer da chamada linha *mainstream* da microeconomia, uma espécie de atalho para as “verdades” aceitas. É possível, assim, empregar conceitos simples e amplamente corroborados pela intuição como, por exemplo, de que curvas de demanda inclinam-se para baixo e

⁴¹ KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1216; ULEN, Thomas S. Lessons of Law and Economics. *The Journal of Legal Economics*, v. 2, 1992, p. 105. Para exceções que tentam integrar racionalidade jurídica e macroeconômica, ver DONOHUE III, John J.; SIEGELMAN, Peter. Law and macroeconomics: Employment discrimination litigation over the business cycle. *Southern California Law Review*, v. 66, 1992, p. 709; HUMES, Jeremiah C. Macroeconomic Analysis of the Law: The Missing Piece of the Law and Economics Puzzle. *Washburn Law Journal*, v. 42, 2002, p. 959; KYSAR, Douglas A. Sustainability, distribution, and the macroeconomic analysis of law. *Boston College Law Review*, v. 43, 2001, p. 5; RAMIREZ, Steven A. The Law and Macroeconomics of the New Deal at 70. *Maryland Law Review*, v. 62, 2003, p. 520-521. Gary Becker, vencedor do prêmio Nobel de Economia, recentemente argumentou que trabalhos como dos economistas Daron Acemoglu e Andrei Shleifer, dentre outros, podem ser vistos como parte de um “emerging and exciting subfield of macro law and economics”, pois eles analisariam “the connections between legal systems and long-term rates of growth, the degree of economic inequality, aggregate investments, and other macroeconomic variables.” Ver a participação de Gary Becker e Richard Posner na nota da Universidade de Chicago, “The Future of Law and Economics: Essays by Ten Law School Scholars”, disponível em <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandecon-future>. Becker provavelmente se referia a contribuições como ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A.; WOREN, Dan. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*; e SHLEIFER, Andrei. *The failure of judges and the rise of regulators*.

⁴² POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. p. 140.



curvas de oferta, para cima⁴³. Pode-se, também, confiar na ideia de que indivíduos, dadas suas preferências, fazem aquilo que acreditam ser o melhor para si⁴⁴; que a eficiência resulta da maximização de bem-estar ou riqueza; e, mais importante, que normas jurídicas criam custos e incentivos implícitos.

Evidentemente, isso não significa que a microeconomia *mainstream* seja inquestionável no nível de sua fundamentação teórica⁴⁵. Ao contrário, a aplicação desse arcabouço às questões jurídicas tem sido o assunto de um persistente debate. Todavia, a existência de uma corrente principal de pensamento dentro da microeconomia significa, em primeiro lugar, que a teoria pode ser entendida por meio da geração de modelos e hipóteses testáveis, especialmente com a introdução de custos de transação e de psicologia comportamental nas variáveis⁴⁶. Em segundo lugar, a existência de um *mainstream* significa que, em uma discussão jurídica, um argumento que adote individualismo metodológico pode trazer certo grau de persuasão, isto é, pode ser um argumento retoricamente relevante⁴⁷. A lição normalmente tirada por adeptos do Direito & Economia é que sua base teórica é sólida; seu maior desafio é empírico.

Para fins de ilustração, considere a ideia de que quebras contratuais podem ser, em algumas situações, eficientes⁴⁸ - o que provavelmente é "a

⁴³ Esse é o motivo, como colocado por Mark Kelman, pelo qual "the economic subdisciplines that have dominated legal discourse (...) are readily explained, even if more sophisticated versions require mathematical skills lawyers infrequently possess". KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1217.

⁴⁴ Ou, como colocado por Gary Becker, "individuals maximize their utility from basic preferences that do not change rapidly over time". BECKER, Gary. *A treatise on the family*. p. ix.

⁴⁵ Ver, por exemplo, HODGSON, Geoff. Behind methodological individualism. *Cambridge Journal of Economics*, v. 10, n. 3, 1986, p. 211. O autor rejeita uma "doctrine within which all explanations of social phenomena have to be couched in terms of statements about individuals" e também nota que a expressão do individualismo metodológico "carries [a pro-market] ideological charge".

⁴⁶ COOTER, Robert. Maturing into normal science: The effect of empirical legal studies on law and economics. *University of Illinois Law Review*, 2011 – argumentando que estudos empíricos em direito seriam a maturação do Direito & Economia, formando a tão esperada ciência do direito.

⁴⁷ MCCLOSKEY, Donald N. The Rhetoric of Law and Economics. *Michigan Law Review*, v. 86, n. 4, 1987-1988.

⁴⁸ Esse é o argumento trazido originalmente por Robert Birmingham, segundo o qual "[r]epudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered". BIRMINGHAM, Robert L. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. *Rutgers Law*



contribuição mais importante (em termos de impacto) da análise econômica ao direito contratual”⁴⁹. A questão básica posta a um jurista é descobrir quais doutrinas jurídicas induzirão os indivíduos a quebrar as promessas contratuais quando isso for eficiente, e a cumprir as promessas quando a quebra for ineficiente⁵⁰. É possível pensar-se em diferentes formas para essas doutrinas, simplesmente aceitando-se que promitentes e promissários respondem a incentivos de forma bastante aproximada àquela pela qual compradores e vendedores reagem a preços no mercado. A resolução desse quebra-cabeça que indica qual doutrina é a melhor depende, todavia, de dados empíricos que costumam ser imprecisos ou indisponíveis.

Ao contrário do que ocorre com a microeconomia, as dificuldades da análise macroeconômica repousam tanto no nível dos fundamentos teóricos quanto no nível empírico⁵¹. A macroeconomia é o ramo da economia que estuda fenômenos econômicos agregados, tais como recessões, crescimento, desemprego, estabilidade monetária, taxas de câmbio, comércio internacional, finanças, dentre outros⁵². Enquanto a microeconomia possui uma corrente principal de pensamento facilmente identificável, indicar o *mainstream* na macroeconomia é uma tarefa complicada. Para alguns, o *mainstream* da macroeconomia pode ser equiparada ao Keynesianismo⁵³.

Review, v. 24, 1969-1970, p. 284. A “teoria” da quebra contratual eficiente (*efficient breach*) foi assim nomeada por Charles Goetz e Robert Scott. Ver GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 4, 1977.

⁴⁹ Tradução livre. No original: “the most important contribution (in terms of impact) of economic analysis to contract law.” HATZIS, Aristides N. Rights and obligations of third parties. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *The Online Encyclopedia of Law & Economics*. p. 211.

⁵⁰ Ver, por exemplo, POSNER, Eric A. Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?. *Yale Law Journal*, v. 112, n. 4, 2003- concluindo que Direito & Economia não produz teorias plausíveis sobre doutrinas contratuais.

⁵¹ O dissenso sobre a abordagem dos microfundamentos na macroeconomia deveria servir, pelo menos, como um aviso. Vide notas 22 a 28, *supra*.

⁵² Ver, por exemplo, DORNBUSCH, Rudiger; FISCHER, Stanley. *Macroeconomics*. p. 3 – “Macroeconomics is concerned with the behavior of the economy as a whole—with booms and recessions, the economy’s total output of goods and services, the growth of output, the rates of inflation and unemployment, the balance of payments, and exchange rates”; e BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomics*. p. 1 – “Macroeconomics studies aggregate economic variables, such as production for the economy as a whole (aggregate output) or the average price of all goods (the aggregate price level). In contrast, microeconomics studies production and prices in specific markets”.

⁵³ RAMIREZ, Steven A. The Law and Macroeconomics of the New Deal at 70. *Maryland Law Review*, v. 62, 2003, p. 555.

Trata-se basicamente do conjunto de doutrinas econômicas formuladas por John Maynard Keynes em seu clássico *The General Theory of Employment, Interest and Money* (“A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”), publicado em 1936. Mas, em um olhar mais atento, essas doutrinas não podem simplesmente ser equiparadas ao *mainstream*. Diversas críticas durante o século XX expuseram as fragilidades e as limitações da teoria keynesiana e governos ao redor do mundo adotaram políticas antikeynesianas em diversas ocasiões – frequentemente por boas razões⁵⁴.

Evidentemente, a ideia de economia *mainstream* nunca corresponde a um conjunto estático de ideias – seja na micro ou na macroeconomia⁵⁵. A distinção entre o que está incluído ou não no “*mainstream*” tende a variar não somente histórica mas também geograficamente. O ponto, todavia, é que a amplitude da divergência é muito maior na macro do que na microeconomia. Quando uma jurista decide aplicar a metodologia microeconômica para analisar um problema, seu público pode esperar que ela irá pressupor um processo decisório marginalista e com maximização racional, e que ela irá aplicar conceitos analíticos como escassez, equilíbrio parcial, incentivos, eficiência, e assim por diante. Por outro lado, a aplicação da teoria macroeconômica a problemas jurídicos levanta, inevitavelmente, uma questão desconfortável: qual visão (ou teoria) da macroeconomia deve ser empregada?⁵⁶

Para entender os motivos desse questionamento, considere um exemplo concreto que foi examinado em estudos próprios sobre a regulação brasileira de câmbio⁵⁷. Os controles de câmbio são regulações empregadas pelo governo para

⁵⁴ Influentes teorias não-keynesianas incluem a hipótese do ciclo de vida e da renda permanente de Milton Friedman, o teorema Modigliani-Miller, a taxa natural de desemprego de Friedman e Phelps, a teorização sobre expectativas racionais na política monetária de Robert Lucas, e a teorização da equivalência ricardiana de Robert Barro. Ver AKERLOF, George A. The missing motivation in macroeconomics. *The American Economic Review*, v. 97, n. 1, 2007. p. 5.

⁵⁵ Ver, por exemplo, COLANDER, David; HOLT, Richard; ROSSER JR, Barkley. The changing face of mainstream economics. *Review of Political Economy*, v. 16, n. 4, 2004 – criticando economistas heterodoxos por deixarem de se atentar a desenvolvimentos em curso dentro do pensamento *mainstream* da economia.

⁵⁶ KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1217.

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 50, 2010.



tributar, limitar ou banir tipos específicos de transações cambiais ou remessas de capitais para o exterior. Desde a década de 1930, o Brasil tinha leis federais estabelecendo um sistema de controle cambial sob o qual o fluxo internacional de capitais tipicamente dependia de autorizações específicas prévias do governo para a maioria das transações. Todavia, no começo da década de 1990, algumas normas editadas pelo Banco Central do Brasil substituíram o sistema autorizativo por um de caráter declaratório ⁵⁸.

A legalidade desses regulamentos do Banco Central foi questionada em juízo. No curso das discussões, procuradores da República ajuizaram ações defendendo que tais regulamentos contradiziam uma lei federal hierarquicamente superior que previa um controle cambial rigoroso⁵⁹. Os regulamentos deveriam ser considerados ilegais porque uma lei federal – tanto no Brasil, quanto em qualquer outro país com uma democracia constitucional ocidental – só pode sofrer emenda através de outra lei federal, e não por meros regulamentos emanados por um órgão do governo federal como o Banco Central.

Fato é que tais regulamentos foram de encontro ao espírito da lei federal, mas não contrariaram a literalidade do texto da lei. Nos tribunais, o Banco Central arguiu que seus regulamentos preencheram lacunas existentes na legislação federal⁶⁰. Ainda, o argumento pragmático utilizado em favor da legalidade de tais regulamentos foi de que eles se mostravam necessários para que o Brasil pudesse atrair maior capital estrangeiro e investimentos. Maior abertura econômica e menor controle cambial foram, assim, descritos como atributos necessários para que o Brasil pudesse se beneficiar da globalização.

O problema, entretanto, é que não há consenso entre os macroeconomistas se controle cambial é um mecanismo regulatório desejável ou não.

⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 50, 2010.

⁵⁹ A saber, a Lei nº. 4.131, de 3 de Setembro de 1962.

⁶⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 50, 2010. p. 172.



Keynes defendia – e os atuais keynesianos ainda sustentam⁶¹ – que maior abertura financeira pode causar problemas macroeconômicos, incluindo inflação e desemprego⁶². Nesse sentido, em alguns casos as autoridades monetárias deveriam usar os controles cambiais de maneira discricionária com o objetivo de evitar valorização excessiva da moeda, impedir ataques especulativos ou permitir redução na taxa básica de juros⁶³. No mesmo sentido, macroeconomistas de linha keynesiana entraram no debate para argumentar que, pragmaticamente, seria melhor considerar ilegais os regulamentos, de forma a preservar a capacidade do Banco Central de controlar firmemente o fluxo de capital internacional quando necessário.

Os tribunais brasileiros finalmente decidiram pela legalidade desses regulamentos⁶⁴, mas esta não é uma preocupação específica deste trabalho. O que se deseja ressaltar é que uma análise macroeconômica do direito depende de suposições acerca da abrangência do funcionamento de agregados econômicos, ainda que tais suposições sejam, elas mesmas, controversas. Novamente, o ponto principal é que os fundamentos teóricos da macroeconomia não são robustos, e que todos os desafios práticos acabam rapidamente se tornando muito teóricos. A macroeconomia, portanto, é incapaz de oferecer aos estudiosos um critério externo, “objetivo”, em que eles possam basear suas conclusões. Quando um debate jurídico é conduzido com base na racionalidade macroeconômica, os argumentos tendem a ser menos

⁶¹ KRUGMAN, Paul. *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*; KRUGMAN, Paul. Saving Asia: It's Time to Get Radical, *FORTUNE*, Sept. 7, 1998, p. 74–80.

⁶² PALLEY, Thomas I. Rethinking the Economics of Capital Mobility and Capital Controls. *Political Econ. Research Inst., Univ. of Mass. at Amherst, Working Papers* No. 193, 2009, p. 13. Disponível em http://www.peri.uass.edu/fileadmin/pdf/working_papers/working_papers_151-200/WP193.pdf.

⁶³ PALLEY, Thomas I. Rethinking the Economics of Capital Mobility and Capital Controls. *Political Econ. Research Inst., Univ. of Mass. at Amherst, Working Papers* No. 193, 2009, p. 13. Disponível em http://www.peri.uass.edu/fileadmin/pdf/working_papers/working_papers_151-200/WP193.pdf. Ver também ROGOFF, Kenneth S. Straight talk—Rethinking capital controls: When should we keep an open mind? *Finance & Development*, v. 39, n. 4, 2002, disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/12/rogooff.htm>; OSTRY, Jonathan; GHOSH, A. R.; HABERMEIER, K.; CHAMON, M.; QURESHI, M. S.; REINHARDT, D. Capital inflows: The role of controls. IMF STAFF POSITION NOTE SPN/10/04, fevereiro de 2010, disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1004.pdf>; OSTRY, Jonathan; GHOSH, A. R.; HABERMEIER, K.; CHAMON, M.; QURESHI, M. S.; LAEVEN, L.; KOKENYNE, A. Managing capital inflows: what tools to use? *IMF STAFF DISCUSSION NOTE* SDN/11/06, abril de 2011, disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1106.pdf>.

⁶⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 50, 2010. p. 172.

convincentes do que aqueles baseados nas teorias e doutrinas jurídicas. Um debate opondo neoclássicos e keynesianos e suas respectivas racionalidades macroeconômicas não é mais convincente do que aquele entre defensores do direito natural e do positivismo jurídico, pois ninguém realmente sabe a resposta. Destarte, não há quase nenhuma vantagem retórica em adicionar a racionalidade macroeconômica em disputas envolvendo interpretação legal.

Mais uma vez, o debate macroeconômico sobre o controle cambial nos dá uma boa ilustração⁶⁵: ainda que sejam praticamente inexistentes nos Estados Unidos, os controles cambiais ainda são muito difundidos em mercados emergentes, o que torna esse assunto relevante, especialmente no contexto das recentes preocupações com uma “guerra cambial” internacional⁶⁶. Os atuais debates macroeconômicos acerca dos controles cambiais são enquadrados em duas linhas de perspectivas dicotômicas, que tendem a ser chamadas de “ortodoxa” e “heterodoxa”⁶⁷.

A ortodoxia critica o uso de controles cambiais, combinando, principalmente, dois argumentos. Em primeiro lugar, o argumento neoclássico de eficiência microeconômica postula que a mobilidade do capital aumenta a poupança nacional e os níveis de investimento, melhora a alocação de portfólio, e aumenta o

⁶⁵ Para um resumo da discussão macroeconômica sobre controle de taxas de câmbio, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. *Foreign Exchange Controls and the Governance of State-Capitalism*, maio de 2011, não publicado, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1855031>.

⁶⁶ Uma “guerra cambial” é uma situação internacional em que os países competem uns contra os outros visando reduzir a taxa de câmbio de suas respectivas moedas nacionais de modo a impulsionar o crescimento econômico, via exportações. Para uma visão positiva sobre as perspectivas de uma guerra cambial mais grave, ver EICHENGREEN, Barry. *Exorbitant Privilege: The rise and fall of the Dollar and the Future of the International Monetary System*; EICHENGREEN, Barry. *Financial Shock and Awe*. *Foreign Policy*, v. 6, 2010, disponível em http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/10/06/financial_shock_and_awe; EICHENGREEN, Barry. *The dollar dilemma*. *Foreign Affairs*, v. 88, n. 5, 2009. Para uma visão pessimista, RICKARDS, James. *Currency wars: The making of the next global crisis*. Ver também *How to Stop a Currency War*, THE ECONOMIST, 16 de outubro de 2010, p. 13; WOLF, Martin. *Currencies Clash in New Age of Beggar-my-neighbour*, FINANCIAL TIMES, 29 de setembro de 2010, p. 15.

⁶⁷ LEE, Frederic S. *Heterodox economics*. In: DURLAUF, Steven N.; BLUME, Larry. (eds.). *The new Palgrave dictionary of economics*. Disponível em http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_H000175. O autor nota que palavras tais como “ortodoxia” e “heterodoxia” são, via de regra, utilizadas como termos guarda-chuva para indicar, respectivamente, o pensamento *mainstream* e o pensamento não-*mainstream*.

comércio e o investimento estrangeiro direto⁶⁸. Em segundo lugar, o argumento da escolha pública (*public choice*) postula que a mobilidade do capital gera uma “corrida ao topo” (*race to the top*) entre os países, pois governos competem para melhorar sua governança com o objetivo de atrair capital estrangeiro e comércio⁶⁹. Contrapostas a esses argumentos, existem duas perspectivas heterodoxas relevantes que fundamentam a defesa de controles cambiais. Primeiro, a macroeconomia keynesiana rejeita a visão neoclássica sobre os fatores que determinam as taxas de câmbio, taxas de juros, poupança e investimento, e postula que, em certos casos, controles cambiais podem ser necessários para conter desequilíbrios criados pelos fluxos internacionais de capital⁷⁰. Segundo, a perspectiva das falhas de mercado lida com as “imperfeições” microeconômicas, cuja solução seria a aplicação de controles cambiais⁷¹.

Em homenagem ao espírito científico, é conveniente tentar resolver questões teóricas por meio de análises empíricas. Infelizmente, como é comum à maioria (se não a todas) questões macroeconômicas, os debates sobre a utilidade de controles cambiais são empiricamente incertos⁷². Dada a falta de consenso empírico, tais debates tendem simplesmente a apoiarem-se em fundamentos diferentes⁷³. Nesse sentido epistêmico, as visões macroeconômicas podem ser consideradas, ao final, como ideológicas: cada visão postula um tipo diferente de instrumentalidade macroeconômica e pressupõe – mas não pode provar – diferentes resultados.

A existência de divergências bem enraizadas entre as diferentes correntes macroeconômicas não se limita, evidentemente, aos controles de câmbio. Elas cobrem essencialmente todo e qualquer tópico macroeconômico, desde desemprego até comércio internacional, tributação e inflação, apenas para nomear

⁶⁸ PALLEY, Thomas I. Rethinking the Economics of Capital Mobility and Capital Controls. Political Econ. Research Inst., Univ. of Mass. at Amherst, Working Papers No. 193, 2009. p. 5.

⁶⁹ *Id.* p. 9.

⁷⁰ *Id.* p. 13-14.

⁷¹ *Id.* p. 17.

⁷² SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 50, 2010. p. 64.

⁷³ Ver BERGMANN, Barbara R. The current state of economics: needs lots of work. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 600, n. 1, 2005. p. 58



alguns⁷⁴. Dado que cada corrente macroeconômica parte de uma ideologia epistemológica diferente, suas divergências sobre questões práticas acabam, inevitavelmente, transformando-se em questões relacionadas aos fundamentos teóricos. Quando transportadas para um debate jurídico, essas discordâncias tornam-se inevitavelmente argumentos econômicos de segunda categoria. Perde-se a segurança jurídica e nada se ganha em compensação. Essa é a principal razão de o Direito & Economia continuar a ser baseado exclusivamente na micro, ao invés de macro, economia.

Resumindo, se o Direito & Economia é a aplicação da teoria microeconômica aos problemas jurídicos, então o Direito & Macroeconomia poderia ser a aplicação da teoria macroeconômica a problemas jurídicos. Assim, o Direito & Macroeconomia consistiria em discussões sobre as leis que promovem, por exemplo, crescimento econômico, estabilidade monetária e maior nível de emprego⁷⁵. O principal problema de se tomar esse caminho é que existe muito menos consenso sobre o funcionamento da macroeconomia do que há sobre o comportamento de mercados específicos (isto é, a microeconomia). Toda conclusão sobre um problema macroeconômico é, essencialmente, altamente questionável, não somente no nível de sua aplicação, mas também em níveis teóricos e fundamentais. Como resultado, o tipo de projeto científico que caracteriza o Direito & (Micro) Economia não é prontamente replicável no Direito & Macroeconomia.

À luz do discutido acima, a visão que prevalece é que uma convergência significativa entre o conhecimento jurídico e o macroeconômico deve ser suspensa até que os economistas finalmente consigam chegar a um acordo sobre como funciona a macroeconomia. Isso provavelmente demandará muito tempo. O argumento deste

⁷⁴ Ver, em geral, SNOWDON, Brian; VANE, Howard; WYNARCZYK, Peter. *A Modern Guide to Macroeconomics: An Introduction to Competing Schools of Thought*.

⁷⁵ Isso foi, de fato, feito por alguns juristas. Veja-se, por exemplo, RAMIREZ, Steven A. The Law and Macroeconomics of the New Deal at 70. *Maryland Law Review*, v. 62, 2003, p. 520, (na tentativa de "place the law and macroeconomics of the New Deal in its proper historical perspective; that is, as a superior normative approach to legal issues relating to macroeconomic infrastructure"). Ver, também, DONOHUE III, John J.; SIEGELMAN, Peter. Law and macroeconomics: Employment discrimination litigation over the business cycle. *Southern California Law Review*, v. 66, 1992, p. 710.



artigo é de que existem modos alternativos de se pensar o relacionamento entre direito e macroeconomia no atual momento.

III. O caráter refratário do Direito perante a política macroeconômica

Em uma democracia constitucional, a implementação de políticas macroeconômicas demanda tradicionalmente o uso do discurso jurídico e traz o risco de litígios judiciais. Consequentemente, o sistema jurídico pode ser visto como um obstáculo (em vez de um simples instrumento) para a formulação de políticas públicas. Nesse sentido, pode-se falar, metaforicamente, de uma “refração” jurídica a políticas macroeconômicas. Na física, refração é a mudança na direção de uma onda devido a uma mudança em seu meio de propagação. Assim como um feixe refratário é desviado da direção original do feixe incidente quando atravessa a água, a política macroeconômica também o é quando instrumentalizada pelo ordenamento jurídico. Assim, juristas podem contribuir com a política macroeconômica com base em suas compreensões sobre a racionalidade intrínseca e a estrutura do sistema jurídico. Para articular essas ideias, primeiramente será esclarecido o papel da judicialização da política macroeconômica, para, então, tratar-se de observações teóricas sobre o papel do direito como uma estrutura de formulação de políticas macroeconômicas. Por fim, propõem-se três preceitos para a formulação de políticas macroeconômicas baseados na compreensão geral do ordenamento jurídico em democracias ocidentais.

A. A Juridificação da Política Macroeconômica

A legislação estatal é um componente essencial do desenho institucional, que restringe a regulação macroeconômica – e isso não é uma observação trivial. A teoria macroeconômica tende a supor que resultados econômicos em diferentes conjunturas são tão semelhantes ao ponto de fatores

institucionais localizados poderem ser ignorados na intenção de se gerar modelos previsíveis. Na verdade, tanto economistas de vertente intervencionista (keynesianas) quanto aqueles de vertente não-intervencionista (neoclássicas) têm frequentemente se mostrado céticos quanto a instituições. Aqueles atribuem o sucesso econômico a uma gestão burocrática ótima, enquanto estes o atribuem às decisões racionais de agentes de mercado, dado um “conjunto de oportunidades tecnicamente determinado”⁷⁶. Portanto, uma contribuição significativa do conhecimento jurídico à política macroeconômica prescinde de uma explicação prévia e mais detalhada sobre por que o direito importa.

Nas democracias constitucionais atuais, as batalhas políticas são comumente travadas nos tribunais por duas razões principais. Primeiro, o Estado regulador descentralizou a atividade normativa. Uma justificável preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade representou um apelo para que a burocracia formalizasse suas políticas por meio de regulamentos, comunicados e outras formas de disposições jurídicas. Dessa forma, a elaboração de políticas públicas se tornou cada vez mais juridificada, fenômeno que recentemente só se acelerou com ao aumento da globalização⁷⁷. Segundo, no Estado regulatório, os tribunais passaram a desempenhar um papel mais ativo na modelagem da regulação – algumas vezes por meio da aplicação de direitos constitucionais e outras vezes por meio do controle judicial de leis e regulações emanadas por parlamentares e burocratas⁷⁸. Evidentemente, os países não são todos iguais e nem todas as políticas macroeconômicas se encaixam no controle judicial. Mesmo assim, é possível dizer que

⁷⁶ Tradução livre. No original: “technically-determined opportunity set”. KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1218.

⁷⁷ BLICHER, Lars Ch; MOLANDER, Anders. What is juridification?. *Centre for European Studies, University of Oslo, Working Paper No. 14*, 2005 (delinendo cinco dimensões da juridificação, a saber: “First, constitutive juridification is a process where norms constitutive for a political order are established or changed to the effect of adding to the competencies of the legal system. Second, juridification is a process through which law comes to regulate an increasing number of different activities. Third, juridification is a process whereby conflicts increasingly are being solved by or with reference to law. Fourth, juridification is a process by which the legal system and the legal profession get more power as contrasted with formal authority. Finally, juridification as legal framing is the process by which people increasingly tend to think of themselves and others as legal subjects.”).“

⁷⁸ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford Handbooks Online, 2008. p. 87-88.

esses desenvolvimentos trouxeram o direito, os advogados e o pensamento jurídico à frente das discussões sobre regulação macroeconômica.

As implicações da juridificação de políticas econômicas para a teorização macroeconômica e para a formulação de políticas públicas não são bem compreendidas. Macroeconomistas tendem a enxergar o direito ou como uma caixa-preta – simplesmente complicada demais para ser modelado – ou, o que é mais comum, como um conjunto de ferramentas que podem ser criadas por especialistas e, então, livremente empregadas pela administração estatal em resposta a diversos desafios econômicos. Há pouca dúvida de que a formulação de políticas macroeconômicas é limitada e restringida pela política. É sabido que governos nacionais repetidamente falham em adotar reformas que aumentem a eficiência devido a interesses mesquinhos e *lobbies*⁷⁹. De forma bastante clara, o problema é que as políticas macroeconômicas têm não somente consequências sobre as eficiências, mas também efeitos distributivos⁸⁰. Destarte, as políticas macroeconômicas acabam sendo, em grande medida, capturadas por grupos de interesse⁸¹.

Deixando a política de lado, contudo, a juridificação é, por si só, outra limitação à regulação macroeconômica. A juridificação – novamente, a formalização de políticas públicas por meio de leis e outras previsões legais – refrata as políticas macroeconômicas principalmente porque a aplicação concreta de leis pode ser diferente da intenção original do legislador. As proibições, permissões e outras regras que formam a política macroeconômica não são “ferramentas” etéreas e inefáveis, mas sim previsões legais. Previsões legais levantam diversos desafios tradicionalmente estudados pela academia jurídica, sendo a interpretação o mais evidente. Em razão de leis serem sempre interpretadas no contexto de um ordenamento jurídico mais amplo, elas quase sempre estão contaminadas por algum

⁷⁹ Ver, por exemplo, FERNANDEZ, Raquel; RODRIK, Dani. Resistance to reform: Status quo bias in the presence of individual-specific uncertainty. *The American economic review*, v. 81, n. 5, 1991.

⁸⁰ Ver ALFARO, Laura. Capital controls: a political economy approach. *Review of International Economics*, v. 12, n. 4, 2004.

⁸¹ BROZ, J. Lawrence; FRIEDEN, Jeffry. The political economy of exchange rates. In: WITTMAN, Donald A.; WEINGAST, Barry R. (eds.). *Oxford Handbook of Political Economy*.



grau de indeterminação. O problema da indeterminação surge até mesmo onde leis nunca são contestadas.

B. Como o Direito importa

Se as leis não são simplesmente uma forma de tecnologia que pode livremente ser empregada por tecnocratas, o que são elas? O conceito de lei é uma das preocupações mais antigas da Teoria do Direito e foge do objetivo do presente artigo oferecer uma resposta, ou mesmo resumir a literatura do assunto. Um foco específico na relação entre direito e macroeconomia, todavia, aponta três importantes aspectos do ordenamento jurídico. Primeiro, resultados econômicos reforçam a legitimidade da lei, mas essa legitimidade também depende da observância de certos procedimentos e do respeito a certos direitos. Segundo, a política macroeconômica é comumente posta em prática por meio do direito administrativo, ainda que este não só sustente determinado desenho institucional, mas também uma ideologia que molda a interpretação da lei em casos concretos. E, terceiro, em uma democracia constitucional, a regulação macroeconômica deve preservar alguns aspectos, entre os quais, o controle judicial. Para fins de ilustração, a Suprema Corte da Alemanha recentemente julgou se a participação alemã em fundos permanentes de resgate financeiro era constitucional⁸². Como colocado pelo *Los*

⁸² Em julho de 2011, os países membros da Zona do Euro assinaram um tratado estabelecendo um mecanismo permanente de estabilidade, conhecido como *European Stability Mechanism* (ESM). O ESM garante empréstimos emergenciais e, espera-se que ele sirva como proteção (*firewall*) contra crises financeiras. Antes de entrar em vigor, o tratado precisava ser ratificado por pelo menos noventa por cento dos países membros. Vide CURZAN, Jared. A Critical Linkage: The Role of German Constitutional Law in the European Economic Crisis and the Future of the Eurozone. *Fordham International Law Journal*, v. 35, 2011. p. 1564. A constitucionalidade do ESM foi questionada nos tribunais de diversos países, incluindo na Alemanha – seu maior apoiador. Em 12 de setembro de 2012, a Suprema Corte Alemã julgou improcedente uma tentativa de bloquear a ratificação do ESM na Alemanha. Contudo, a Suprema Corte determinou as condições dentro das quais o Parlamento Alemão deveria votar antes de o país ampliar sua exposição ao ESM. Ver WEARDEN, Graeme, *German Court Approves Bailout Fund, With Conditions—Eurozone Crisis*, THE GUARDIAN BUSINESS BLOG, 12 de setembro de 2012, disponível em <http://www.guardian.co.uk/business/2012/sep/12/eurozone-crisis-german-court-bailout-fund>.

Angeles Times, os juízes alemães seguraram o “destino da Europa em suas mãos”⁸³. A lição é inequívoca: a elaboração de políticas macroeconômicas vive constantemente sob a sombra de sua invalidação pelos tribunais.

1. Legitimação baseada em resultados e procedimentos

Em democracias constitucionais, a legitimidade de regulação macroeconômica é baseada tanto em procedimentos quanto em resultados. Quando baseada em procedimentos, preocupa-se em saber se a regulação está minimamente baseada no Estado de Direito. Quando baseada em resultados, está relacionada a consequências reais percebidas como tendo sido decorrentes da regulação. O direito é importante para a regulação macroeconômica porque disciplina procedimentos e propicia resultados. Claramente, a regulação que não segue os requisitos procedimentais é constitucionalmente inaceitável em democracias ocidentais. No entanto, regulação que não conduza a resultados desejáveis acaba por ser não só econômica, mas também, politicamente inviável.

Essa estrutura dual de legitimação é baseada em considerações tanto teóricas quanto práticas. Teoricamente, conjugam-se as preocupações da deliberação democrática e da delegação de poderes. De um lado, em uma democracia, a regulação deveria, em última análise, ter como premissa a deliberação popular focada no bem comum⁸⁴. Em uma sociedade plural, entretanto, encontrar o bem comum é uma atividade frustrada pela existência de compreensões incompatíveis de valor⁸⁵. Consequentemente, procedimentos justos e previamente ajustados tendem a se tornar a base de convenções coletivas; assim surge a noção de legitimidade

⁸³ Tradução livre. No original: “Europe’s fate in their hands”. CHU, Henry, *German Judges May Hold Europe’s Fate in Their Hands*, L.A. TIMES, 11 de setembro de 2012, disponível em <http://articles.latimes.com/2012/sep/11/world/la-fg-germany-court-20120911>

⁸⁴ COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (eds.). *Deliberative democracy: Essays on reason and politics*. p. 68-69.

⁸⁵ *Id.*... p. 407-408.

procedimental⁸⁶. Por outro lado, não somos deixados com uma visão puramente procedimental da democracia porque algumas escolhas coletivas, ainda que democráticas, são muito repulsivas para serem aceitas⁸⁷. Pode-se dizer, adicionalmente, que democracias de massa são, também, sistemas de competição por liderança política, onde os cidadãos autorizam alguns líderes a buscarem políticas que são, de muitas maneiras, escolhidas por esses líderes⁸⁸. Se as políticas públicas e a regulação fracassam em avançar nos interesses dos cidadãos, então a população tem uma boa razão para rejeitar não somente tais políticas, mas também seus campeões políticos⁸⁹.

Pragmaticamente, o problema principal colocado por essa estrutura dual da legitimação regulatória é que procedimentos e resultados podem promover *trade-offs* entre si⁹⁰. A ideia de que a adesão a procedimentos predefinidos melhora os resultados somente pode ser válida, isso se o for, no longo prazo. Reconhecidamente, a legitimidade procedimental pode até reforçar a confiança popular, melhorar a cooperação voluntária e reduzir *free-riding*, levando assim a uma legitimação de resultados⁹¹. Contudo, nada disso tende a acontecer no curto prazo. No entanto, muitos dos problemas pragmáticos enfrentados pelas elites políticas e burocráticas, como o desemprego ou empobrecimento, colocam certa pressão e naturalmente transmitem um senso de urgência.

Além disso, a legitimação procedimental tende a ser custosa e demorada. A clássica doutrina da legitimação procedimental, encontrada em

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. p. 311-312.

⁸⁷ COHEN, Joshua. Procedure and Substance in Deliberative Democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William (eds.). *Deliberative democracy: Essays on reason and politics*. p. 408-409.

⁸⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. p. 269-283.

⁸⁹ *Id.* p. 269-283

⁹⁰ Nesse tópico, ver COPELOVITCH, Mark S. Picking Up (and Rearranging) the Pieces: The great recession and the politics of global financial governance. Trabalho em andamento, preparado para o Workshop "Politics in Time of Crisis II", Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, Heidelberg, Germany, 3 e 4 de dezembro de 2010

⁹¹ Ver, em geral, NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*; NORTH, Douglass C. *Understanding the process of economic change*. Ver também SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 2, 2011.



estudiosos do século XVIII como Montesquieu, pressupunha a existência de um governo pequeno que não intervém constantemente na economia. Pelo contrário, Estados regulatórios dos dias atuais procuram ativamente gerir indicadores macroeconômicos. Considerações sobre conveniência justificam largos graus de delegação de poder para a burocracia porque, como posto por Richard Posner, “você não pode ter um governo grande – o governo que tenta fazer mais do que o simples Estado guarda-noturno – somente com tribunais e legislativos”⁹². Esse é o motivo pelo qual as democracias modernas tendem a confiar a regulação macroeconômica a uma burocracia relativamente independente, que é julgada pelos resultados percebidos que ela “entrega”⁹³.

Aqui, percebe-se a importância do termo “percebido”. A tarefa de ordenar complexos sistemas, como os financeiros, é desafiadora. Por exemplo, ao lado de Mises e Hayek, libertários sustentam que o mercado é uma ordem espontânea onde consequências não intencionais são tão disseminadas a ponto de tornar impossível a previsão de resultados⁹⁴. Talvez assim seja, mas, em meio à crise, até os mais ferrenhos adeptos de posições libertárias tendem a se tornar mais tolerantes em relação a soluções corretivas que, acredita-se, iriam restabelecer a estabilidade e prosperidade. Assim como “não existem ateus nas trincheiras”, não existem libertários em crises financeiras⁹⁵. De qualquer forma, se reguladores forem sagazes (ou sortudos) o suficiente para colherem as láureas políticas de uma recuperação subsequente – algo que pode, em verdade, ocorrer independentemente de seus reais méritos – eles serão vistos como sábios e a regulação será olhada como algo que

⁹² Tradução livre. No original: “You cannot have big government – the government that tries to do more than secure the night watchman state – with just courts and legislatures”. POSNER, Richard A. *The Rise and Fall of Administrative Law*. *Chicago-Kent Law Review*, v. 72, 1996. p. 953.

⁹³ Ver LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalism. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 598, n. 1, 2005. Nas palavras do autor, “democratic governance is no longer about the delegation of authority to elected representative but a form of second-level indirect representative democracy—citizens elect representatives who control and supervise ‘experts’ who formulate and administer policies in an autonomous fashion from their regulatory bastions”.

⁹⁴ Ver VON MISES, Ludwig. *Economic calculation in the socialist commonwealth*. Disponível também em <http://mises.org/pdf/econcalc.pdf>; e HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty: Rules and order*. p. 35-52.

⁹⁵ Conforme sarcástica observação em FRANKEL, Jeffrey. Responding to crises. *Cato Journal*, v. 27, 2007. p. 165.



funciona. Os políticos que indicaram tais burocratas provavelmente serão, também, beneficiados por esse sucesso.

2. A Centralidade do Direito Administrativo

Em democracias, o direito público é o domínio no qual as duas formas de legitimação macroeconômica se estabelecem em arranjos com finalidades práticas. O meio-termo entre resultados e procedimentos é mais visível no campo do direito administrativo. O direito administrativo instaura ilhas de tecnocracia dentro do Estado. Faz-se isso ao se definir competências técnicas para órgãos especializados que são encarregados de utilizar sua expertise técnica em tópicos macroeconômicos. Ao mesmo tempo, o direito administrativo também sujeita tais órgãos técnicos a limitações procedimentais de dois tipos.

Primeiro, o direito administrativo incorpora certo desenho institucional. Por desenho institucional, quer-se dizer o conjunto de regras, sistema de freios e contrapesos e requisitos de transparência que limitam autoridades governamentais. Algumas dessas restrições têm a ver com instituições fundamentais à sociedade e estão tipicamente refletidas no direito constitucional. São exemplos o controle judicial e a extensão dos poderes do Executivo. Outras restrições, como a independência do Banco Central, a habilidade do governo federal em financiar estados, ou a capacidade do Banco Central em emitir moeda para financiar o governo federal são mais restritas e propriamente disciplinadas pelo direito administrativo infraconstitucional.

Segundo, o direito administrativo ampara alguns valores que, juntos, criam uma ideologia jurídica. Considera-se, aqui, que uma ideologia jurídica é um modelo intelectual que proporciona uma visão abrangente de tópicos comumente estudados dentro da teoria e doutrina jurídica. No direito administrativo, questões comuns incluem as fronteiras entre questões de fato e questões de direito, a limitação da discricionariedade administrativa, critérios para controle judicial, a extensão necessária da fundamentação nas decisões dos tribunais, entre outros. Estas visões



abrangentes, emprestando a expressão de Tom Ginsburg, servem para “regular a regulação”⁹⁶.

Resumindo, o debate sobre desenho institucional é centrado nos limites legais explícitos que governarão a forma com que Estado intervém na economia. Por sua vez, o debate sobre ideologia jurídica tem a ver com a filosofia jurídica que inspira a interpretação de tais limitações. É importante apontar a distinção entre desenho institucional e ideologia jurídica para ressaltar que o direito refrata a formulação de políticas macroeconômicas, não somente porque estabelece incentivos explícitos, mas também porque incorpora uma “visão global” que é associada com julgamentos morais e éticos sobre a justiça da maneira com que questões legais e regulatórias deveriam ser decididas⁹⁷.

3. A rejeição do Decisionismo em Democracias Constitucionais

Os conceitos de “legalismo” e “decisionismo” compreendem duas ideologias jurídicas básicas e opostas dentro do direito administrativo. A espinha dorsal do legalismo é o princípio da legalidade; sua implicação prática é a defesa do formalismo jurídico. A tomada de decisão administrativa é, assim, enquadrada como a aplicação de regras gerais a casos individuais. A conformidade entre a atuação burocrática e o comando legal é o parâmetro para se medir a legalidade de uma decisão. Considerando que a elaboração de normas é vista como algo separado da imposição de normas, espera-se que agentes estatais abstenham-se de alterar a situação jurídica *a posteriori* por meio de desvios discricionários em relação ao direito

⁹⁶ Tradução livre. No original: “regulate regulation”. GINSBURG, Tom. The judicialization of administrative governance: causes, consequences and limits. In: GINSBURG, Tom; CHEN, Albert HY (eds.). *Administrative law and governance in Asia: comparative perspectives*. p. 1.

⁹⁷ Ver RODRIK, Dani. Institutions for high-quality growth: what they are and how to acquire them. *NBER Working Paper* No. 7540, 2000, disponível em <http://www.nber.org/papers/w7540>. Textualmente, “[the legislator] needs to ensure that she provides her subjects with the right mix of ‘ideology’ (a belief system) and threat of violence to forestall rebellion from below”).

posto. Além disso, espera-se que as leis sejam gerais em sua natureza, determináveis, prospectivas, públicas e relativamente estáveis⁹⁸.

A ideologia jurídica diametralmente oposta ao legalismo é o decisionismo. O seu traço distintivo é a aceitação de que a atuação estatal pode estar situada para além da ameaça de aplicação das normas jurídicas⁹⁹. Dessa forma, o decisionismo se encaixa confortavelmente dentro do que jusfilósofo William Scheurman chamou de “teoria jurídica da ausência do direito”¹⁰⁰. Esta vertente da teoria jurídica explora críticas fundamentais ao legalismo e ao formalismo jurídico¹⁰¹. O ataque gira em torno da alegada indeterminação do direito positivo. A tese da indeterminação é a afirmação de que os instrumentais jurídicos são “vasos vazios” (*empty vessels*), dentro dos quais juízes e burocratas podem se engajar em regulamentação política e social¹⁰². De acordo com as versões mais radicais da tese de indeterminação, instrumentais jurídicos permitiriam praticamente qualquer solução aplicável a uma questão jurídica em apreço¹⁰³. Se isso de fato é assim, então a aplicação legal é inevitavelmente deliberada e estritamente política. Seguindo essa argumentação, a noção de legalismo seria insignificante, isso se não fosse deletéria. Como pode ser visto, a rejeição do legalismo repousa menos em razões principiológicas (como injustiça), e mais em razões pragmáticas (ineficácia, por exemplo).

⁹⁸ Ver FULLER, Lon L. *The morality of Law*. Ver também RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. p. 214-219. Para uma revisão sobre estado de direito, ver TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law*.

⁹⁹ PISTOR, Katharina; XU, Chenggang. Governing Emerging Stock Markets: Legal vs Administrative Governance. *Corporate Governance: an International Review*, v. 13, n. 1, 2005.

¹⁰⁰ Tradução livre. No original: “jurisprudence of lawlessness”. SCHEURMAN, William E.; SCHMITT, Carl. *The end of law*. p. 15-17. Não se deve confundir tal expressão com o discurso de Thomas J. Kernan em 1906, *The Jurisprudence of Lawlessness*. Enquanto aquele apresenta uma discussão filosófica dos limites da lei e da ciência jurídica em uma sociedade liberal, o último contém um catálogo de circunstâncias nas quais juris absolveram com base na tão conhecida “lei não escrita” (*unwritten law*). Ver KERNAN, Thomas J. *The Jurisprudence of Lawlessness*. 29 *Annual Report of the American Bar Association*, 1906. p. 450, 452-456.

¹⁰¹ SCHEURMAN, William E.; SCHMITT, Carl. *The end of law*. p. 2.

¹⁰² *Id.* p. 7-8.

¹⁰³ A formulação clássica desse argumento pode ser encontrada em KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. In: HUTCHINSON, Allan C. (org). *Critical Legal Studies*.

Carl Schmitt, o paradigmático estudioso iliberal do início do século XX, ofereceu a mais profunda defesa do decisionismo. Em seu clássico libelo contra o legalismo, Schmitt definiu o liberalismo como uma forma de “romantismo político”¹⁰⁴, e formalismo jurídico como uma “ficção infantil”¹⁰⁵. Como implicação, Schmitt argumentou que a legitimidade da tomada de decisões burocráticas baseada em regras era implausível. As implicações do decisionismo para o direito administrativo atual dizem respeito à ideia segundo a qual aqueles que tomam decisões deveriam obter sua legitimidade política não de leis, mas, ao contrário, de amplas noções sociológicas, como tradição (religiosa ou não), proteção de objetivos revolucionários (por exemplo, o crescimento econômico ou estabilidade), ou valores coletivos independentemente da maneira com que definidos ou interpretados).

No entanto, uma crítica ao formalismo e à teoria jurídica do legalismo não precisa desconsiderar completamente o liberalismo, como fez Schmitt. Como notado por Judith Shklar, “uma coisa é favorecer o ideal de um *Estado de Direito* [aproximadamente, *Rule of Law* na tradição da *Common Law*] acima de todas as pressões ideológicas e religiosas; outra bem diferente é insistir na necessidade de se tratar Direito e Moral como entidades conceitualmente totalmente distintas”¹⁰⁶. Nesse sentido, a ideologia jurídica predominante nas democracias modernas não é o legalismo, tampouco o decisionismo, mas sim o constitucionalismo. As ideias centrais do constitucionalismo são que o governo deve ter seus poderes legalmente limitados, que sua legitimidade depende da observância de tais limitações, e que tais limitações são baseadas tanto na lei quanto em valores ¹⁰⁷.

O constitucionalismo se manifesta mais claramente por meio do controle judicial. Essa é a doutrina e a prática institucional dentro da qual as ações de agentes

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *Political Romanticism*, 1999, OAKES, Guy (trad.), 1986.

¹⁰⁵ Ver PAULSON, Stanley L. The Theory of Public Law in Germany 1914–1945. *Oxford J. Legal Studies*, 25, n. 3, 2005. p. 537.

¹⁰⁶ Tradução livre. No original: “one thing to favor the ideal of a Rechtsstaat [roughly, rule of law] above all ideological and religious pressures, and quite another to insist upon the conceptual necessity of treating law and morals as totally distinct entities.” SHKLAR, Judith N. *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*.

¹⁰⁷ WALUCHOW, Wil. Constitutionalism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism>.



estatais e políticos podem ser objeto de avaliação e invalidação por tribunais independentes. Em razão dessa característica, o constitucionalismo não dispensa completamente o legalismo, pois frequentemente o controle judicial é justificado como aplicação das leis escritas. Por outro lado, o constitucionalismo está em constante atrito com a persistente prática do decisionismo que perdura devido à existência de “buracos negros” no direito administrativo. Esses buracos negros são, nas palavras de Adrian Vermeule “domínios nos quais diplomas legais, decisões judiciais e a prática institucional, explícita ou implicitamente, isentam o Executivo de restrições legais”¹⁰⁸.

A teoria macroeconômica não presta praticamente qualquer atenção à ideologia jurídica. O problema não está em ignorar a ideologia jurídica, mas em simplesmente naturalizá-la. Tipicamente, existe uma associação mecânica entre um tipo específico de desenho institucional e um tipo específico de ideologia jurídica, que é considerada como “natural” e, assim, não problemática. Primeiramente, implicitamente espera-se que modelos de livre mercado tenham suas premissas baseadas no legalismo, isto é, grosso modo, que os mercados sejam regidos por normas. Em segundo lugar, espera-se que políticas intervencionistas baseiem-se em decisionismo, isto é, que tais políticas tenham suas premissas em ações burocráticas que estejam situadas para além da ameaça de aplicação das normas jurídicas. A associação automática entre a formulação de políticas de “desregulação passiva” e regras de um lado, e do “ativismo centralizado” e discricionariedade política de outro, é um traço definitivo do pensamento macroeconômico¹⁰⁹.

Essa associação naturalizada é, contudo, falha. Estados regulatórios democráticos pretendem manter o constitucionalismo junto com a intervenção econômica. A legitimidade da regulação macroeconômica desses países depende não

¹⁰⁸ Tradução livre. No original: “domains in which statutes, judicial decisions and institutional practice either explicitly or implicitly exempt the executive from legal constraints”. VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, 2009. p. 1095-1096. Ver também STEYN, Johan. Guantanamo Bay: The Legal Black Hole. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, 2004; e DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law*.

¹⁰⁹ Tradução livre. No original: “passive deregulatory” e “centralized activism”. KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1218. (Contrastando políticas de “desregulação passiva” e de “ativismo centralizado”).

apenas de resultados, mas também de procedimentos democráticos. Assim, a regulação macroeconômica deve se adaptar aos preceitos normativamente cogentes do constitucionalismo.

C. Preceitos legais para elaboração de políticas macroeconômicas

Nos parágrafos que se seguem, explica-se como o conhecimento sobre aspectos básicos de teorização jurídica e sobre prática judicial pode lançar luz sob a formulação de políticas macroeconômicas.

1. *Políticas consistentes não são necessariamente baseadas em regras*

O argumento de que regras claras e estáveis são necessárias para prosperidade econômica se tornou, hoje, praticamente um truísmo. A famosa lição Weberiana é a de que regras definidas servem para estabilizar expectativas e premiar a previsibilidade necessária para a coordenação de mercado¹¹⁰. No entanto, o valor econômico da previsibilidade gera um *trade-off* com a necessidade de reforma do sistema jurídico para eliminar leis arcaicas, mal concebidas, injustas ou distorcidas. Por tal motivo, o direito em geral, e o direito administrativo em especial, está sempre preso entre o passado e o futuro. Por um lado, o direito é necessário para preservar a ordem social e evitar a violência¹¹¹. Por outro, o direito é um instrumento para transformação, e em alguns casos é, ele próprio, a transformação¹¹².

¹¹⁰ WEBER, Max. *Economy and society*. p. 337. ("The universal predominance of the market consociation requires ... a legal system the functioning of which is calculable in accordance with rational rules").

¹¹¹ NORTH, Douglass; et al. *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. p. 15.

¹¹² ARENDT, Hannah. *On revolution*, 1963, p. 8.



Encontrar um equilíbrio entre continuidade e transitoriedade é, também, um problema de macroeconomistas. O problema se manifesta mais claramente nas discussões advindas do embate entre políticas ótimas e políticas consistentes¹¹³. Uma política ótima é aquela que maximiza a função de bem-estar social a partir de um certo período no tempo até uma data futura indefinida. Uma política consistente maximiza a função de bem-estar social, mas se mantém invariável ao longo do tempo.

Em artigo seminal que eventualmente rendeu o Prêmio Nobel a seus autores, Finn Kydland e Edward Prescott argumentaram que uma política monetária consistente é superior a uma política monetária ótima¹¹⁴. A estrutura do argumento de Kydland e Prescott é a seguinte: primeiro, equaciona-se uma política consistente com uma política baseada em regras claras e estáveis e, então, equaciona-se uma política ótima com discricionariedade burocrática e, finalmente, explica-se porque as primeiras políticas são superiores às últimas¹¹⁵. Tendo feito isso, eles concluíram o artigo da seguinte maneira:

Se não tentarmos selecionar políticas de uma maneira ótima, então como elas deveriam ser selecionadas? Nossa resposta é que, como Lucas (1976) propôs, a teoria econômica seja utilizada para avaliar opções de regras de políticas públicas e selecionar aquela com boas características operacionais. Em uma sociedade democrática, provavelmente é preferível que as regras selecionadas sejam simples e facilmente compreendidas, para que seja óbvio quando um formulador de políticas desvie da política original. Poderiam existir arranjos institucionais que tornassem difícil e demorado o

¹¹³ COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 63-64.

¹¹⁴ KYDLAND, Finn; PRESCOTT, Edward. Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans. *The Journal of Political Economy*, v. 85, n. 3. 1977, p. 473.

¹¹⁵ Em sua discussão sobre a arte da política monetária, David Colander oferece uma excelente metáfora para ilustrar a ideia de Kydland e Prescott: "[Suppose there is] a child who wants ice cream and will scream incessantly if he or she does not get it. Let us say that the optimal policy is to give in. That might not be a reasonable policy. The consistent policy is to establish a rule from which it is impossible to deviate: No ice cream unless you eat your vegetables. Knowing that his or her parents cannot deviate from that rule, any rational child (and many-real world children) will modify his or her behavior, since the unmodified behavior will not produce ice cream and will make everyone worse off. The rule gets parents what they want and it involves less screaming, but this rule can only be implemented by limiting parents' discretion: they cannot give in, because they have made it impossible to do so". Ver COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 64.



processo de alteração de regras de políticas em quaisquer situações, exceto emergenciais. Um possível arranjo institucional é somente tornar efetivas medidas legislativas do Congresso de cunho monetário e fiscal após um período de 2 anos. Isso tornaria impossível uma política discricionária¹¹⁶.

Claramente, pode-se traçar a origem desse argumento a uma grande e antiga tradição que enxerga regras como sendo superiores à discricionariedade. Esse ponto de vista está em acordo com a tradição monetarista defendida por Milton Friedman e, antes dele, por Henry Simmons, segundo a qual “um sistema empresarial não pode funcionar de forma eficaz em face de extrema incerteza quanto à atuação das autoridades monetárias, ou, no mesmo sentido, quanto à legislação monetária”¹¹⁷. Essa visão também está de acordo com a tradição liberal que fortemente prefere o império da lei (“*rule of law*”) ao “império do homem” (“*rule of men*”)”¹¹⁸. Ademais, e na medida em que se incorpora a ideia de que os agentes de mercado podem negociar e alcançar resultados eficientes quando operam dentro de um sistema de regras estáveis e previsíveis, também se pode dizer que o modelo de Kydland e Prescott está de acordo com o Teorema de Coase.

O principal problema, contudo, é que essa descrição da maneira como o direito constitucional e o administrativo podem tornar “impossíveis” as políticas discricionárias idealiza direito¹¹⁹. Assume-se que a lei é um tipo de tecnologia – expressa sob a misteriosa rubrica de “arranjos institucionais” – que pode ser inserida

¹¹⁶ Tradução livre. No original: “If we are not to attempt to select policy optimally, how should it be selected? Our answer is, as Lucas (1976) proposed, that economic theory be used to evaluate alternative policy rules and that one with good operating characteristics be selected. In a democratic society, it is probably preferable that selected rules be simple and easily understood, so it is obvious when a policymaker deviates from the policy. There could be institutional arrangements which make it a difficult and time-consuming process to change the policy rules in all but emergency situations. One possible institutional arrangement is for Congress to legislate monetary and fiscal policy rules and these rules to become effective only after a 2-year delay. This would make discretionary policy all but impossible”. KYDLAND, Finn; PRESCOTT, Edward. Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans. *The Journal of Political Economy*, v. 85, n. 3. 1977, p. 487.

¹¹⁷ Tradução livre. No original: “an enterprise system cannot function effectively in the face of extreme uncertainty as to the action of monetary authorities or, for that matter, as to monetary legislation”. Ver SIMONS, Henry C. Rules Versus Authorities in Monetary Policy. *Journal of Political Economy*, v. 44, n. 1, 1936. p. 3. Ver também FRIEDMAN, Milton. *A program for monetary stability*.

¹¹⁸ Ver, por exemplo, POSNER, Richard A. Hayek, Law, and Cognition. *NYU Journal of Law and Liberty*. v. 1, 2005, p. 147-153.

¹¹⁹ RODRIGUEZ, José R. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, 2010.

em locais adequados para se atingir finalidades específicas. Para isso ser verdade, deve-se assumir que as leis podem ser individual e mecanicamente (ou “formalisticamente”) aplicadas a casos concretos simplesmente pela subsunção de certo conjunto de fatos a regras abstratas. Em casos concretos, entretanto, a aplicação do direito não segue esse padrão.

Para ver o porquê, considere que as previsões legais que formalizam a regulação macroeconômica estão impregnadas com indeterminações legais. Esse problema pode ser resumido da seguinte forma: se a aplicação de uma regra a um caso concreto demanda ponderação sobre seu significado, então não se pode dizer que tal regra é um bom norte para ação da maneira como requerem os modelos macroeconômicos. Na verdade, décadas de teorização jurídica durante o século XX mostraram que é bastante difícil encontrar casos nos quais exista apenas uma única interpretação possível de um texto legal para um problema concreto em apreço¹²⁰.

Uma resposta intuitiva para o problema da indeterminação legal é tentar redigir regras estritas, que sejam as mais precisas possíveis. Isso iria, possivelmente, reduzir o espaço para discricionariedade de burocratas ou de juízes aplicando tais regras. Essa estratégia, contudo, pode não funcionar como planejado. A experiência mostra que, à medida que o fenômeno regulatório se torna mais complexo, princípios podem entregar resultados mais consistentes do que regras¹²¹. A busca repetida de precisão em regras individuais pode aumentar a imprecisão de um sistema complexo de regras¹²². Onde sistemas jurídicos são excessivamente detalhados, é quase sempre possível encontrar uma regra que pode fundamentar qualquer decisão que se queira. Esse processo de “procura de regras” (*rule seeking*) pode, na verdade, ampliar a discricionariedade ao invés de diminuí-la¹²³. A implicação

¹²⁰ Ver, por exemplo, FULLER, Lon L. *The morality of Law*; Kelsen, Hans. *Pure theory of law*; KENNEDY, Duncan. Legal formalism. In: SMELSER, Neil; BATES, Paul (ed.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. p. 8634-8638.

¹²¹ BRAITHWAITE, John. Rules and principles: A theory of legal certainty. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, 2002.

¹²² Id. Ver também BLACK, Julia. *Rules and Regulators*; BLACK, Julia. Talking about regulation. *Public Law*, v. 1, 1998.

¹²³ RODRIGUEZ, José R. Segurança Jurídica e Estratégias Legislativas: Restauração e Reforma. *Direito GV Working Paper*, n. 64, 2011.



disso é que políticas consistentes, sejam elas monetárias ou não, não são necessariamente baseadas em regras.

2. O funcionamento sistêmico de regras jurídicas não é completamente previsível

O real funcionamento de uma norma dentro de um sistema jurídico pode ser diferente do que a expectativa original do regulador. Leis e instituições criadas em diferentes contextos históricos coabitam o sistema jurídico e criam um marco regulatório que é inerentemente instável. É ilusório imaginar que se pode reconstruir um sistema regulatório do zero¹²⁴. Também é uma ilusão imaginar que é possível evitar que os atores políticos tentem influenciar a maneira com que o sistema jurídico será interpretado e aplicado em casos concretos¹²⁵.

Permita-se ilustrar esse ponto com uma recente controvérsia regulatória que ocorreu nos Estados Unidos. Visando evitar risco sistêmico e uma crise de crédito (isto é, uma redução na disponibilidade geral de crédito), o US Federal Reserve ("Fed", entidade análoga a um Banco Central) instituiu, durante a crise de 2007-2008, onze programas por meio dos quais emprestou ou prestou garantias a instituições financeiras que enfrentavam restrições de liquidez¹²⁶. Todavia, o Fed não divulgou publicamente os nomes ou valores de cada transação, e talvez por uma boa razão: o recebimento de auxílio financeiro ou empréstimos de liquidez tendem a estigmatizar os bancos beneficiários por causa da sinalização negativa criada no mercado¹²⁷. Na

¹²⁴ *Ib.*, 2011.

¹²⁵ *Ib.*, n. 64, 2011.

¹²⁶ PITTMAN, Mark. Court Orders Fed to Disclose Emergency Bank Loans (Update2). *Bloomberg*, 25 de Agosto de 2009. Disponível em: www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=a7CC61ZsieV4

¹²⁷ GOODHART, Charles. Liquidity Management. *Paper prepared for the 2009 Federal Reserve Bank of Kansas Symposium entitled Financial Stability and Macroeconomic Policy*. Disponível em www.kc.frb.org/publicat/sympos/2009/papers/Goodhart.09.11.09.pdf.



realidade, não revelar os nomes dos bancos beneficiários tem sido a prática do Fed desde 1914.

Recentemente, entretanto, o Fed foi forçado a alterar sua política. Assim o fez contra sua vontade – não por causa de uma política específica ou lei projetada para esse objetivo, mas sim por causa de uma decisão judicial. A *Bloomberg News* processou o Fed com base no *Freedom Information Act* (Lei de Liberdade de Informação)¹²⁸. Transformado em lei por Lyndon B. Johnson em 1966, o *Freedom Information Act* é uma lei federal que permite a divulgação integral ou parcial de informações inéditas e documentos controlados pelo governo dos Estados Unidos. Embora a lei, originalmente, não almejasse incluir redescontos e outras operações de “salvamento” financeiro, a demanda da *Bloomberg* foi finalmente julgada procedente após dois anos de batalha judicial.

A lição é que o problema das consequências jurídicas indesejadas é uma deficiência a mais em um sistema baseado em regras. Consequências jurídicas indesejadas surgem não somente das bem conhecidas (mas muitas vezes esquecidas) limitações das capacidades cognitivas humanas, mas também do fato de que agentes de mercado reagem estrategicamente à regulação (em um processo por vezes chamado de “dialética regulatória”)¹²⁹. Essas consequências indesejadas também estão relacionadas aos mecanismos de *feedback* existentes entre as esferas econômica, política e jurídica¹³⁰. E, finalmente, como ilustrado pelo exemplo acima, consequências indesejadas podem resultar simplesmente de funcionamentos imprevisíveis de um sistema jurídico complexo dentro de uma democracia constitucional.

¹²⁸ 5 U.S.C. § 551 (2006).

¹²⁹ Tradução livre. No original: “regulatory dialectic”. Ver KANE, Edward. Accelerating Inflation, Technological Innovation, and the Decreasing Effectiveness of Banking Regulation. *The Journal of Finance*, v. 36, n. 2, 1981. p. 355.

¹³⁰ Ver, por exemplo, FOHLIN, Caroline M. Economic, Political, and Legal Factors in Financial System Development: International Patterns in Historical Perspective. *Social Science Working Paper No. 1089*, 2000. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=267674.

3. *O discurso jurídico pode restringir a tomada de decisão*

A discussão acima mostrou que o aumento da precisão das regras não é, necessariamente, a melhor maneira de se atingir políticas consistentes. O motivo é que fenômenos complexos podem demandar princípios ao invés de regras. Um ponto relacionado a isso é que a segurança jurídica não pode ser obtida exclusivamente com base em uma combinação superior de regras e princípios, mas, em vez disso, em um discurso jurídico. Discurso jurídico é corriqueiramente retratado exclusivamente sob viés negativo; como é notório, até mesmo advogados se referem ao discurso jurídico como um meio de perverter a regulação via *rule seeking*, ou de outra forma que seja. Contudo, o discurso jurídico pode ser utilizado para solidificar e formar racionalidades públicas que embasam a regulação, produzindo, assim, segurança jurídica.

Para ver o porquê, considere-se, primeiramente, que a juridificação de políticas públicas clama pelo uso de discurso jurídico. Mesmo onde inexiste consenso sobre a interpretação exata de uma regra, litígios não podem ser conduzidos exclusivamente em termos de interesses e poder¹³¹. A fundamentação de decisões serve o propósito de esclarecer aos agentes de mercado (e, em alguns casos, aos cidadãos em geral) a racionalidade por trás da regulação. Ao mesmo tempo, a fundamentação ou motivação na aplicação da regulação preserva a ideologia jurídica segundo a qual casos difíceis devem ser decididos com base no melhor argumento disponível, servindo como arma contra os perigos do decisionismo¹³².

Em segundo lugar, nas democracias modernas, fornecer fundamentação no processo de tomada de decisão é particularmente importante porque a estrutura política básica não é mais aquela de uma clássica, ou “pura”, separação dos poderes¹³³. Uma pura separação dos poderes supõe que o estabelecimento e a manutenção de

¹³¹ Para um argumento semelhante, no contexto de litígios na OMC, ver BENOLIEL, Daniel; SALAMA, Bruno M. Towards an intellectual property bargaining theory: The post-WTO era. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 32, n. 1, 2010. p. 265-266.

¹³² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*.

¹³³ RODRIGUEZ, José R. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, 2010.

liberdades políticas demandam que o governo seja dividido em três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹³⁴. Para cada um desses poderes existe uma função de governo correspondente e identificável, e cada poder é limitado a exercer sua própria função¹³⁵. Dentro de um sistema puro de separação dos poderes, juízes iriam mecanicamente (ou “formalisticamente”) aplicar o direito. Pressupõe-se que a discussão política já foi travada no parlamento¹³⁶.

Nas democracias constitucionais contemporâneas, todavia, é comum encontrar tribunais cada vez mais ativistas que influenciam a regulação e as políticas públicas de modo bastante inesperado. A questão, então, é como restringir a atuação de juízes para evitar que eles atuem de maneira arbitrária. Uma das respostas é o sistema institucional de freios e contrapesos. Por exemplo, o parlamento pode criar uma lei que tenha o efeito prático de reformar a jurisprudência existente. Uma resposta menos óbvia é que o discurso também pode ser usado para essa finalidade. A lição é que é possível combinar uma regulação baseada em princípios com procedimentos que restrinjam as possibilidades de interpretação de juízes e reguladores na aplicação da lei a casos concretos¹³⁷.

IV. Sobre a natureza do Direito & Macroeconomia

Tendo sido analisada a forma com que o conhecimento jurídico importa para a formação de políticas macroeconômicas, surge uma questão sobre a natureza dessa relação. Em vista da ampla difusão da literatura de Direito & Economia, estamos habituados a pensar a relação entre direito e economia como sendo baseada na dicotomia entre análise positiva/normativa. Isto é, a pesquisa jurídica que se baseia em modelos econômicos ou está analisando uma descrição de como incentivos

¹³⁴ VILLE, M.J.C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. p. 14.

¹³⁵ *Id.* p. 14.

¹³⁶ RODRIGUEZ, José R. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, 2010. p. 52.

¹³⁷ *Id.* .



afetam o mundo (a dimensão positiva) ou, então, está analisando assuntos de ética aplicada e justiça (a dimensão normativa). A presente seção argumenta que o Direito & Macroeconomia, como aqui concebido, é mais adequadamente enquadrado como uma arte – um exercício voltado a questões aplicadas – do que como uma ciência. Faz-se isso resgatando e explicando a mais útil (mas injustificadamente esquecida) distinção entre economia positiva, economia normativa e a arte da economia, trazida por John Neville Keynes.

A. Visão geral

John Neville Keynes (1852–1949) foi o economista inglês que viveu três anos a mais que seu muito mais famoso filho, John Maynard Keynes (1883–1946). A contribuição mais duradoura de Neville Keynes à economia é um tratado intitulado *The Scope and Method of Political Economy* (Escopo e Método de Economia Política)¹³⁸. Originalmente publicada em 1891, e revisada a partir de então, essa foi a primeira análise sistemática sobre o método econômico em língua inglesa. Neville Keynes a escreveu como resposta a uma controvérsia existente sobre o método e o caráter epistemológico da economia que era central ao pensamento econômico de seu tempo – e, na verdade, um que assombra a profissão econômica até hoje¹³⁹. A controvérsia é se o estudo da economia é uma atividade de cunho científico, que estabelece hipóteses baseadas na dedução de supostas verdades sobre o mundo (tais como que pessoas racionalmente maximizam utilidade), ou se o estudo da economia é um exame do funcionamento de instituições, avaliadas dentro de um contexto histórico específico (tais como os impactos de um conjunto específico de crenças no desempenho econômico).

¹³⁸ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 22.

¹³⁹ Na Europa Continental, essa controvérsia ficou conhecida como o “Methodenstreit”. Noo final dos anos de 1880 e início dos anos de 1890, ela opôs os herdeiros continentais da Escola Inglesa, a saber, a Escola Austríaca de Economia (liderada por Carl Menger) contra os expositores da Escola História Alemã, liderada por Gustav von Schmoller. Ver KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 17, 120, 171.



No final do século XIX, Neville Keynes estruturou essa controvérsia como o embate entre o que ele considerava como sendo as duas escolas dominantes do pensamento econômico, as escolas Inglesa e Alemã de economia¹⁴⁰. A Escola Inglesa era representada por nomes notáveis, como John S. Mill, John E. Cairnes, Nassau W. Senior e Walter Bagehot¹⁴¹ e postulava que a economia era uma ciência neutra quanto a valores, e que usava o método dedutivo para identificar uniformidades econômicas¹⁴². A dedução científica era possível pela descoberta de “simples e indiscutíveis fatos da natureza humana – como, por exemplo, que homens, em suas negociações econômicas, são influenciados pelo desejo de riqueza – tomados em conexão com as propriedades físicas do solo e a constituição fisiológica do homem”¹⁴³.

Enquanto a Escola Inglesa pretendia ser dedutiva e abstrata, a Escola Alemã de economia pretendia ser ética e realista. A Escola Alemã também é conhecida como a Escola Histórica de Economia, vez que os seus membros mais proeminentes consideravam que a história era a principal fonte de conhecimento sobre questões econômicas. Seus expositores acreditavam que a economia era algo específico de cada cultura e que, portanto, não seria generalizável ao longo do tempo e do espaço. Como explicado por Neville Keynes, autores “moderados” como Wilhelm G.F. Roscher e Adolph Wagner procuraram uma conciliação entre indução e

¹⁴⁰ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 16. “The two schools, thus broadly distinguished, are sometimes spoken of as the English and the German respectively. These designations have the merit of brevity (...). They must not, however be interpreted too literally. In particular, it fails to assign a sufficiently important place to the mass of historical and statistical material that the labor of English economists has provided (...). Again, the so-called German doctrines, whatever may have been their origin, are no longer the peculiar possession of any one country.”

¹⁴¹ Neville Keynes cita os seguintes livros: John Stuart Mill, *Principles Of Political Economy With Some Of Their Applications To Social Philosophy* (7th Ed. 1909); John Elliot Cairnes, *The Character And Logical Method Of Political Economy* (1875); Nassau W. Senior, *Political Economy* (3d Ed. 1854); Walter Bagehot, *Economic Studies* (1880). KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 22.

¹⁴² KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 12.

¹⁴³ Tradução livre. No original: “simple and indisputable facts of human nature—as for example that in their economic dealings men are influenced by the desire for wealth—taken in connexion with the physical properties of the soil, and man’s physiological constitution”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 12.

dedução¹⁴⁴. No entanto, autores “radicais”, como o notório Gustav von Schmoller, iriam “praticamente identificar a economia política e a história econômica, ou de alguma forma dissolver a economia política dentro da filosofia da história econômica”¹⁴⁵.

Apesar das suas divisões internas, a Escola Alemã (particularmente a vertente defendida por Schmoller) desafiou duas ideias centrais da Escola de Inglesa¹⁴⁶. Primeiro, ela rejeitou a possibilidade de se traçar uma linha clara entre a pesquisa positiva e normativa; isto é, entre o “ser” e o “dever ser”¹⁴⁷. Ao invés de descobrir “verdades” sobre a realidade, a Escola Alemã imaginou o escopo do economista como sendo o de pesar e comparar os méritos morais dos motivos que induziam ao desempenho da atividade econômica¹⁴⁸. É nesse sentido que a Escola Alemã se considerava ética ao invés de científica. Em especial, uma tarefa ética do economista era “estabelecer um ideal de desenvolvimento econômico tendo em vista a vida intelectual e moral, bem como a meramente material”¹⁴⁹.

Em segundo lugar, a Escola Alemã rejeitou reflexões *a priori* feitas acerca de questões econômicas. Ela desacreditava teorias que não eram derivadas da experiência histórica, bem como priorizava a análise empírica e histórica acima da lógica e da matemática. A Escola também sustentava que a economia não poderia ser compreendida se não em estreita relação com outros ramos da ciência social¹⁵⁰. Assim, ao invés de deduzir conclusões com base no modelo do “homem econômico”,

¹⁴⁴ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 19. Outros membros da Escola Alemã cujos trabalhos são mencionados ou discutidos por Neville Keynes incluem Bruno Hildebrand, Karl G. A. Knies, e Adolph Wagner.

¹⁴⁵ Tradução livre. No original: “practically identify political economy and economic history, or at any rate resolve political economy into the philosophy of economic history”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 18-19.

¹⁴⁶ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 19. Também notando que “we must not exaggerate the opposition between what may be called the classical English school and the new school”.

¹⁴⁷ *Id.* p. 17.

¹⁴⁸ *Id.* p. 17.

¹⁴⁹ Tradução livre. No original: “to set forth an ideal of economic development having in view the intellectual and moral, as well as the merely material, life”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 17.

¹⁵⁰ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 17.

economistas deveriam, primeiro, recorrer à observação específica, e só então buscar generalizações. Consequentemente, o foco da pesquisa econômica deveria repousar sobre homens reais, “movidos por diversos motivos, e influenciados pelas condições reais da época e da sociedade em que vivem”¹⁵¹.

A introdução de um livro de Vilfredo Pareto, um dos mais famosos defensores da metodologia econômica axiomática-dedutiva que caracterizava a Escola Inglesa (e, posteriormente, a Austríaca), contém uma narrativa que ilustra o tom da controvérsia metodológica em apreço:

Palestrando frente a uma convenção de cientistas em Genebra, Pareto foi interrompido por uma arguição condescendente de Gustav von Schmoller, economista da então alemã Strassburg [sic]. “Mas existem leis na economia?” Schmoller não tinha contato pessoal com Pareto até então. Após a palestra, Pareto reconheceu o provocador na rua e se aproximou dele com suas roupas surradas e aparência de mendigo: “Por favor, senhor, você poderia me indicar um restaurante onde se possa comer de graça?” “Não onde você possa comer de graça, meu bom homem”, o alemão respondeu, “mas existe um lugar onde você pode comer por muito pouco!” “Então *existem* leis na economia!”, riu Pareto enquanto se virou e foi embora¹⁵².

¹⁵¹ Tradução livre. No original: “moved by diverse motives, and influenced by the actual conditions of the age and society in which they live”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 17.

¹⁵² Tradução livre. No original: “Giving a lecture before a convention of scientists at Geneva, Pareto was interrupted from the audience by a patronizing call from Gustav von Schmoller, an economist of the then German Strassburg [sic]. ‘But are there laws in economics?’ Schmoller had no personal acquaintance with Pareto at the time. After the lecture Pareto recognized the heckler on the street and sidled up to him in his shabby clothes and in guise of a beggar: ‘Please, sir, can you direct me to a restaurant where one can eat for nothing?’ ‘Not where you can eat for nothing, my good man,’ the German replied, ‘but there is a place where you can eat for very little!’ ‘So, there are laws in economics!’ laughed Pareto as he turned away”. ULEN, Thomas S. Law and Economics in the Future of Legal Scholarship, Education, and Practice. *Review of Business and Economics*, v. 53, n. 3, 2008. p. 255. O autor citava PARETO, Vilfredo. *The mind and society: a treatise on general sociology*, p. xviii (Arthur Livingston ed., 1935). O artigo de Ulen também argumenta que “in the modern legal academy, law and economics is playing the role of Pareto and traditional doctrinal scholars are playing the role of Schmoller”.

B. Uma Taxonomia tríplice para a Economia

Neville Keynes procurou estabelecer um meio termo entre o abstracionismo inglês e o historicismo alemão. Ele queria manter as vantagens do pensamento dedutivo que caracterizava os primeiros, sem incorrer nas deficiências apontadas pelos últimos. Para conseguir isso, propôs que a economia deveria ser vista parcialmente como uma ciência positiva, preocupada em encontrar verdades sobre como o mundo funciona, parcialmente como uma investigação ética, e parcialmente como uma arte preocupada com os preceitos práticos para ação. O que Neville Keynes fez, portanto, foi a postular a existência de uma terceira dimensão – a “arte” da economia – que deveria ser acrescentada às duas dimensões padrão (economia positiva e normativa)¹⁵³.

Neville Keynes argumentou que a dimensão positiva da economia é propriamente científica. Seu objetivo é elaborar modelos sobre o mundo econômico, isto é, compreender a “ordem dos fenômenos econômicos, suas coexistências ou sequências, dentro de condições existentes ou pressupostas”¹⁵⁴. A dimensão normativa está preocupada com o “padrão em relação ao qual o valor social das atividades e condições econômicas podem ser julgados”¹⁵⁵. Ao mesmo tempo, no entanto, Neville Keynes argumentou que os problemas concretos enfrentados pelos formuladores de políticas públicas não são propriamente científicos, tampouco normativos.

Desafios econômicos concretos não podem ser resolvidos exclusivamente por meio de considerações econômicas. Em vez disso, eles exigem a entrada de outras fontes (*inputs*) políticas e sociais. Além disso, a solução para os problemas práticos

¹⁵³ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 21. “The distinction here indicated is indeed threefold rather than two-fold as is usually implied”.

¹⁵⁴ Tradução livre. No original: “order of economic phenomena, their coexistences or sequences, under existing or assumed conditions”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 21.

¹⁵⁵ Tradução livre. No original: “standard by reference to which the social worth of economic activities and conditions may be judged”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 21.

não pode ser vista exclusivamente como um exercício de ética aplicada. Como consequência, lidar com problemas práticos é uma arte, a arte da “investigação de regras econômicas, ou seja, a determinação de máximas ou preceitos de obediência aos quais determinados fins podem ser mais bem atingidos”¹⁵⁶. Na verdade, como se argumentou no presente artigo, esse lado prático ou aplicado da formulação de políticas é exatamente onde o pensamento jurídico e macroeconomia podem frutuosamente convergir.

Neville Keynes oferece dois exemplos que ilustram distintamente sua taxonomia tríplice da economia. Ele considera, em primeiro lugar, o fenômeno do pagamento de juros¹⁵⁷. A primeira pergunta é por que os juros são pagos, e o que determina qual será a taxa paga. Esta é uma investigação positiva, uma questão para a ciência econômica. Em segundo lugar, há questão sobre o que seria uma taxa de juros justa, um debate normativo e uma questão para o que Neville Keynes chama de “ética da economia política”¹⁵⁸. Em terceiro lugar, há o debate prático sobre se o Estado deveria interferir em arranjos privados sobre o pagamento de juros, e, em caso afirmativo, quais meios deveriam ser empregados de modo que o padrão normativamente desejado possa ser atingido, nem que o seja ao menos aproximadamente¹⁵⁹. A formulação de preceitos econômicos desse tipo é objeto da “arte da economia política”.

O outro exemplo apresentado por Neville Keynes se refere à tributação¹⁶⁰. A investigação positiva gira em torno de temas como a própria existência da tributação e a influência de diferentes formas de tributação sobre valores relativos. Essas são questões científicas sobre o que “é”¹⁶¹. Elas são diferentes, por exemplo, de

¹⁵⁶ Tradução livre. No original: “investigation of economic rules, i.e., the determination of maxims or precepts by obedience to which given ends may best be attained.” KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 21.

¹⁵⁷ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 21.

¹⁵⁸ *Id.* p. 22.

¹⁵⁹ *Id.* p. 22, 32-33.

¹⁶⁰ *Id.* p. 21.

¹⁶¹ *Id.* p. 22.



investigações sobre como as formas ideais de tributação “deveriam ser”¹⁶². Elas também são diferentes das discussões sobre problemas aplicados, como, por exemplo, o de encontrar o regime de tributação adequado em um dado lugar e tempo específico. Para exemplificar, diz Neville Keynes, alcançar a “igualdade de tributação” pode exigir um sistema de tributação progressiva ou a combinação sensata entre impostos diretos e indiretos¹⁶³. Essa última é a arte de encontrar as regras ou preceitos específicos que melhor permitem alcançar os fins desejados.

Ao postular tal divisão tríplice da economia, Neville Keynes seletivamente se apropria de algumas ideias da Escola Inglesa e de outras ideias da Escola Alemã. Da Escola Inglesa, Neville Keynes mantém a noção de que a economia pode ser uma atividade científica. Ele concorda com a distinção, de um lado, entre a descoberta de princípios econômicos e, de outro, suas aplicações. Ao fazê-lo, Neville Keynes aceita que é possível explicar fenômenos econômicos sem passar por um juízo de validade moral ou pelo estabelecimento de uma meta para o progresso econômico. Ou seja, é possível procurar por leis econômicas que existam independentemente tanto dos valores éticos do observador quanto de suas preocupações com desafios políticos concretos¹⁶⁴.

Ao mesmo tempo, ao postular que a ciência econômica deveria ser distinguida da arte da economia, Neville Keynes rejeitou a suposição da Escola Inglesa de que a aplicação da ciência econômica positiva para problemas concretos era, em si, científica. Pois, para casos concretos, a aplicação de teorias abstratas e livres de valores acerca da economia necessita fazer concessões a outras reflexões e isso é contrário ao caminho científico¹⁶⁵. Ele sustentou que “um fato universalmente reconhecido é que apenas alguns problemas práticos admitem soluções completas baseadas unicamente em fundamentos econômicos”¹⁶⁶.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.* . p. 24. O autor argumenta que, ao buscar ser científica, a Escola Inglesa se tornou moral.

¹⁶⁶ Tradução livre. No original: “a universally recognized fact [is] that but few practical problems admit of complete solution on economic grounds alone”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 30.



Neville Keynes também faz uma apropriação seletiva das contribuições da Escola Alemã. Ele admitiu que Schmoller e outros estavam corretos em ressaltar a importância da história para o pensamento econômico. O reconhecimento de que a história é importante significa que a dedução econômica depende dos valores que os homens concebem para si próprios em cada lugar e a cada tempo. No entanto, Neville Keynes rejeitou a insistência da Escola Alemã de que a descrição e o prognóstico econômico eram inevitavelmente ligados. Ele argumentou, em vez disso, que a formulação de prognósticos éticos sobre a economia pressupõe, logicamente, a existência de uma teoria de como a economia funciona¹⁶⁷.

Especificamente, segundo Neville Keynes, não é possível decidir se é moralmente correto o Estado intervir em mercados – por exemplo, limitando as taxas de juros ou tornando a tributação progressiva – sem se ter uma teoria sobre quais serão os resultados¹⁶⁸. Para ilustrar, ele notou que:

uma política industrial e financeira pode ser corretamente dirigida somente se baseada [em conhecimento teórico proporcionado pela ciência]; e caso nós busquemos construir ideais sociais, ou decidir sobre os passos adequados para seu atingimento, uma preliminar indispensável é o estudo das consequências econômicas prováveis de ocorrerem em razão da variação das condições econômicas¹⁶⁹.

Neville Keynes afirmou que, sem tal estimativa das consequências, questões econômicas práticas paradoxalmente acabariam solucionadas sem referência aos seus aspectos éticos¹⁷⁰.

Neville Keynes, ele próprio um inglês, parece ter encontrado a inspiração para a abertura de concessões à Escola Alemã na obra de Adam Smith. Neville Keynes

¹⁶⁷ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 23.

¹⁶⁸ *Id.* p. 23.

¹⁶⁹ Tradução livre. No original: "industrial and financial policy can be rightly directed, only if based upon [the theoretical knowledge that science affords]; and whether we seek to construct social ideals, or to decide upon adequate steps towards their attainment, an indispensable preliminary is a study of the economic consequences likely to result from varying economic conditions". KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 29.

¹⁷⁰ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 23.

via Smith como um homem cujo pensamento econômico teve a virtude de ser livre de “excesso” metodológico¹⁷¹. Como argumentado por Neville Keynes, Adam Smith não tinha rejeitado o raciocínio *a priori* (típico da Escola Inglesa), tampouco o raciocínio *a posteriori* (típico da Escola Alemã)¹⁷². Em vez disso, Smith aceitou uma pluralidade de métodos, na medida em que reconheceu que eles o ajudariam a investigar o fenômeno da riqueza¹⁷³. Por tal motivo, a “autoridade” de Smith foi reivindicada tanto pela Escola Inglesa quanto pela Alemã¹⁷⁴. Smith, segundo Neville Keynes, “acreditava em uma ‘ordem’ natural dos eventos, que poderiam ser deduzidos *a priori* a partir de reflexões gerais, mas ele constantemente verificava seus resultados recorrendo ao curso real da história”¹⁷⁵. Assim, pode-se dizer que a arte da economia concebida por Neville Keynes tinha muito desse espírito *Smithiano* de conciliação metodológica.

C. A Arte da Economia entre substância e retórica

Hoje, recuperar a categoria da arte da economia é algo crítico para se pensar de maneira construtiva a respeito de diversos desafios, incluindo a governança da intervenção estatal e o ressurgimento do capitalismo de estado ao redor do mundo. Será demonstrada posteriormente a maneira com que o conhecimento jurídico se relaciona com a arte da macroeconomia nos desafios dos dias de hoje. Mas

¹⁷¹ *Id.* p. 11.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.* “It has been said of [Adam Smith] that he first raised political economy to the dignity of a deductive science. But he has also been regarded as the founder of the historical-method in political economy.”

¹⁷⁵ Tradução livre. No original: “believed in a ‘natural’ order of events, which might be deduced a priori from general considerations, but he constantly checked his results by appeals to the actual course of history”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 11. Sobre esse caráter dual da metodologia na contribuição de Smith, ver GREGG, Samuel. GREGG, Samuel. Smith versus Keynes: Economics and Political Economy in the Post-Crisis Era. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 33, 2010. p. 459–463. Ver também WEST, E.G. *Adam Smith: the man and his works*. p. 20, enfatizando as preocupações de Smith com os efeitos das condições legais, institucionais e genericamente ambientais sobre o desenvolvimento humano.

para construir tais argumentos, primeiro devem-se endereçar algumas objeções à taxonomia tríplice da economia proposta por Neville Keynes.

Como consideração inicial, a importância de se discutir a metodologia econômica é, por si só, controversa. Acadêmicos de Direito & Economia, em especial, orgulham-se em dizer que “fazem” Direito & Economia, ao invés de simplesmente “falar” sobre ele. Diferentemente de vários outros campos da atividade humana, onde a prudência é a maior virtude, na academia a soberba é antes um ativo do que um passivo. Sintomaticamente, parece que essa atitude de desdém em relação a questões metodológicas tem sido útil para ajudar juristas economistas a formular numerosas observações perspicazes dentro de vários campos, particularmente àqueles pertencentes ao direito privado (notavelmente contratos, direito de propriedade e responsabilidade civil). No entanto, não há qualquer boa razão para se descartar uma questão metodológica *tout court*, simplesmente porque ela não passa no teste de aplicabilidade imediata. Acadêmicos são pagos por suas universidades para ensinar, pensar e escrever; e aplicabilidade imediata é, em última análise, tarefa dos formuladores de políticas. Em Direito & Economia, o fascínio com aplicabilidade imediata pode transformar acadêmicos perspicazes (incluindo juristas) no proverbial “escravo de algum falecido economista”¹⁷⁶. Nesse sentido, recuperar a noção de economia, em parte, como uma arte ajuda, ao invés de prejudicar, a investigação científica.

Uma objeção mais firme à taxonomia tríplice de Neville Keynes é que ela quase não resistiu ao teste do tempo, se é que resistiu de alguma forma. A dicotomia positiva/normativa está agora enraizada na profissão econômica e na academia. Um passo decisivo nessa direção foi a publicação do influente artigo de Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics* (1953) – “A Metodologia da Economia

¹⁷⁶ Tradução livre. No original: “slave of some defunct economist”. KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment interest and money*. p. 383. “The ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influence, are usually the slaves of some defunct economist. Madmen in authority, who hear voices in the air, are distilling their frenzy from some academic scribbler of a few years back. I am sure that the power of vested interests is vastly exaggerated compared with the gradual encroachment of ideas”.



Positiva". É um fato interessante e muitas vezes despercebido que as primeiras palavras de Friedman em tal artigo são citações de Neville Keynes, como segue:

Em seu admirável livro sobre o *Escopo e Método de Economia Política*, John Neville Keynes diferencia "uma ciência positiva (...) um corpo de conhecimento sistematizado preocupado com o que é; uma ciência normativa ou regulatória (...) um corpo de conhecimento sistematizado que discute o que deveria ser (...); uma arte (...) um sistema de regras para se obter uma determinada finalidade"; comenta que "a confusão entre elas é comum e tem sido a fonte de diversos equívocos perniciosos"; e estimula a importância de se "reconhecer uma ciência positiva distinta da economia política"¹⁷⁷.

Comentando sobre o artigo de Friedman, David Colander observa que "o que é particularmente irônico sobre o desaparecimento a arte da economia é que ela desapareceu à plena vista"¹⁷⁸. De fato, o artigo de Milton Friedman centra-se na distinção entre a economia positiva e normativa, mas em nenhum momento ele negou a existência da arte da economia. Pelo contrário, reafirmando o que havia sido dito anteriormente sobre Neville Keynes ter um bom argumento, Friedman expressamente mencionou a arte da economia no mesmo famoso artigo, como segue:

Economia normativa e a arte de economia, por outro lado, não podem ser independentes da economia positiva. Qualquer conclusão sobre uma política repousa necessariamente em uma previsão sobre as consequências de se fazer uma coisa em

¹⁷⁷ Tradução livre. No original: "In his admirable book on *The Scope and Method of Political Economy*, John Neville Keynes distinguishes among 'a positive science (...) a body of systematized knowledge concerning what is; a normative or regulative science (...) a body of systematized knowledge discussing criteria of what ought to be (...). ; an art (...) a system of rules for the attainment of a given end'; comments that 'confusion between them is common and has been the source of many mischievous errors'; and urges the importance of 'recognizing a distinct positive science of political economy'". FRIEDMAN, Milton. *The methodology of positive economics*. In: FRIEDMAN, Milton. *Essays in positive economics*. p. 3.

¹⁷⁸ Tradução livre. No original: "what is particularly ironic about losing the art of economics is that it was lost while in plain sight." COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 19.



vez de outra, previsão essa que deve ser baseada – implícita ou explicitamente – na economia positiva ¹⁷⁹.

Sendo justo, o próprio Neville Keynes por vezes exibiu uma atitude ambígua quanto à arte da economia ¹⁸⁰. Ele salientou reiteradas vezes que as fronteiras entre as Escolas Inglesa e Alemã eram muito mais fortes nas afirmações formais de seus proponentes acerca de metodologia do que no conteúdo das obras reais dos melhores economistas de cada Escola ¹⁸¹. Naturalmente, Neville Keynes notou a disparidade existente na importância relativa que os autores de cada escola atribuíam a diferentes aspectos de suas obras ¹⁸². E, talvez mais revelador, Neville Keynes percebeu que havia uma diferença na postura de cada escola em relação à doutrina econômica do *laissez faire* e, também, em relação à intervenção do governo (como esperado, a Escola Inglesa era mais afeita ao *laissez faire* e contrária à intervenção governamental do que a Escola Alemã) ¹⁸³. Mas ao se analisar desafios concretos, a distinção entre as duas Escolas era “somente de grau, estritamente falando” ¹⁸⁴.

No entanto, é importante defender a arte da economia, disse Neville Keynes, principalmente porque ela produz “clareza de pensamento” ¹⁸⁵. Em primeiro lugar, ela justifica que a investigação positiva de fenômenos econômicos seja buscada independentemente de uma aplicabilidade prática e imediata. Reconhecidamente, o estudo de regularidades econômicas não é um fim em si mesmo ¹⁸⁶. O método

¹⁷⁹ Tradução livre. No original: “Normative economics and the art of economics, on the other hand, cannot be independent of positive economics. Any policy conclusion necessarily rests on a prediction about the consequences of doing one thing rather than another, a prediction that must be based — implicitly or explicitly — on positive economics”. FRIEDMAN, Milton. *The methodology of positive economics*. In: FRIEDMAN, Milton. *Essays in positive economics*. p. 5.

¹⁸⁰ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 31.

¹⁸¹ *Id.* p. 11. Para uma reafirmação desse argumento em uma redação econômica moderna, ver MCCLOSKEY, Deirdre. *The rhetoric of economics*.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.* p. 18.

¹⁸⁴ Tradução livre. No original: “strictly speaking one of degree only”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 20.

¹⁸⁵ Tradução livre. No original: “clearness of thought”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 31.

¹⁸⁶ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 26.



científico determina que um estudo científico deva ser realizado sem o objetivo específico de se resolver uma dada questão prática, ou acomodar uma visão ética específica¹⁸⁷. Pois a economia positiva é um raciocínio abstrato sobre problemas abstratos, e relevância imediata não deveria ser uma preocupação do cientista positivista. Para ilustrar, como colocado por David Colander, se a física teórica fosse obrigada a manter relevância política, os experimentos mentais de Einstein teriam sido vistos como desperdício de tempo¹⁸⁸.

Em segundo lugar, a categoria da arte da economia legitima a criação de departamentos especiais de filosofia política e social que lidam com questões práticas nas quais reflexões econômicas são importantes¹⁸⁹. Conforme coloca Neville Keynes, o termo arte “tem o mérito especial de não sugerir um corpo definido de princípios com limites cientificamente demarcados”. Se resolver desafios regulatórios práticos demandasse apenas contribuições (*inputs*) econômicas, então a atividade científica seria coincidente com a atividade de aplicação prática. Uma vez feitas as devidas ponderações sobre a complexidade do mundo real, o argumento de que as preocupações de aplicação política podem ser reduzidas à Economia torna-se tão desarrazoado que apenas um acadêmico ousaria considerá-lo¹⁹⁰.

Em terceiro lugar, ter um ramo da economia interessado com questões práticas livra os economistas para se aprofundarem em quais objetivos econômicos são apropriados. Neville Keynes argumenta que o reconhecimento de que existem regularidades econômicas não significa que reflexões de ordem moral sejam irrelevantes para a economia. Pelo contrário, “nem atividades econômicas, nem qualquer outra classe de atividades humanas pode ser feita corretamente independente de leis morais”¹⁹¹. No entanto, uma coisa é estudar a potencial

¹⁸⁷ *Id.* p. 26.

¹⁸⁸ COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 21.

¹⁸⁹ KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 31.

¹⁹⁰ Para argumento semelhante, ver COOTER, Robert D. Law and the Imperialism of Economics: an Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. *UCLA Law Review*, v. 29, 1981-1982. p. 1266.

¹⁹¹ Tradução livre. No original: “neither economic activities nor any other class of human activities can rightly be made independent of moral laws”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 24.



influência exercida pelos ideais econômicos sobre os resultados econômicos; outra bem diferente é discutir a validade objetiva de tais ideais em si mesmos¹⁹².

Em seu livro *The Lost Art of Economics* (1991) (“A Arte da Economia Perdida”), David Colander discute motivos adicionais para se manter a categoria da arte da economia: auxiliar da formulação de políticas¹⁹³, melhorar o ensino da economia¹⁹⁴, e libertar os economistas da “artefobia”¹⁹⁵. O raciocínio de Colander é convincente o suficiente, mas a natureza do ensino econômico ou da economia em si não são as principais preocupações aqui. Em vez disso, o ponto é demonstrar onde e como a arte da economia e o raciocínio jurídico convergem.

D. Os desafios da Arte do Direito & Macro

Neville Keynes estava certo ao afirmar que em questões políticas concretas “também devem ser levadas em consideração reflexões éticas, sociais e políticas que escapam à esfera da economia política tida como ciência”¹⁹⁶. Dado que o direito é um fenômeno social, a referência de Neville Keynes a “considerações de ordem social” pode ser interpretada como incluindo o direito. Por outro lado, o fato de o direito não ter sido individualmente destacado de outras reflexões sociais sugere que ele entendeu que o direito e o conhecimento jurídico não eram de interesse ou relevância especial. De várias maneiras, a desconsideração do direito e do conhecimento jurídico por Neville Keynes é compreensível. Escrevendo na Era Vitoriana, ele estava imerso em um sistema político de liberalismo conservador. Ele não testemunhou a ascensão de direitos constitucionais no discurso público, ou então

¹⁹² KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 25.

¹⁹³ COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 69.

¹⁹⁴ COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 69.

¹⁹⁵ Tradução livre. No original: “artiphobia”. COLANDER, David. *The lost art of economics: essays in economics and the economics profession*. p. 124.

¹⁹⁶ Tradução livre. No original: “account must also be taken of ethical, social, and political considerations that lie outside the sphere of political economy regarded as a science”. KEYNES, John Neville. *The Scope and Method of Political Economy*. p. 30.



o surgimento do Estado regulador. Ele desfrutou de tempos de restrição judicial (*judicial restraint*) por parte dos tribunais e de uma reforma política gradual implementada pelo parlamento. Por outro lado, vivemos em um ambiente completamente diferente, visto que os tribunais (e, portanto, também os advogados) deslocaram-se da periferia para o centro do debate político.

Evidentemente, não se nega que a maioria das políticas macroeconômicas sejam “legais”, no sentido de que agentes estatais competentes as executam¹⁹⁷. Dessa forma, o direito é considerado meramente como o instrumento da regulação macroeconômica. Isso, todavia, é incorreto. Políticas macroeconômicas não são simplesmente instrumentalizadas pelo direito; elas também são refratadas pelo direito. A implicação disso é que os objetivos da política macroeconômica – a canalização da poupança para investimentos produtivos, o aumento das exportações, a geração de empregos e crescimento, o aumento da arrecadação tributária, o controle da inflação, dentre outros – não são automáticos e também dependem de estruturas, regras e raciocínios jurídicos¹⁹⁸.

A refração da regulação macroeconômica ao atravessar o direito carrega uma implicação importante. Ela significa que questões de política macroeconômica não podem ser debatidas, como é comum, tomando-se por base simplesmente impactos presumidos sobre a eficiência ou sobre o crescimento econômico. Em vez disso, um exame de estruturas jurídicas em cada cenário é útil para entender as possibilidades concretas das intervenções macroeconômicas propostas. Evidentemente isso não significa que questões macroeconômicas devam (ou mesmo possam) ser simplesmente remodeladas como questões jurídicas. Contudo, isso significa que o conhecimento jurídico pode melhorar a regulação macroeconômica.

¹⁹⁷ KELMAN, Mark. Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics. *Stanford Law Review*, v. 45, n. 5, 1993. p. 1216-1217.

¹⁹⁸ Para argumento semelhante, ver LOTHIAN, Tamara. Rethinking Finance Through Law: A Theoretical Perspective. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 412, 2011. Ver também LOTHIAN, Tamara; MANGABEIRA UNGER, Roberto. Crisis, Slump, Superstition and Recovery: Thinking and Acting Beyond Vulgar Keynesianism. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 394, 2011.

Em especial, para questões macroeconômicas aplicadas (ao contrário daquelas meramente teóricas), o conhecimento jurídico vai se tornar cada vez mais importante, de duas maneiras, talvez conflitantes. Por um lado, o conhecimento jurídico é necessário para se formular conceitos doutrinários voltados à conveniência e à eficiência, como é intrínseco à intervenção macroeconômica. Por outro, acadêmicos do direito podem contribuir com a regulação macroeconômica ao rejeitar o decisionismo. Decisionismo significa poder incontrolável: ele tem servido historicamente para justificar um amplo espectro de regimes autoritários. A defesa da ideologia jurídica do constitucionalismo é sempre mais importante na medida em que os países se direcionam para o capitalismo de estado, visto que a defesa do devido processo e do formalismo jurídico podem servir como armas políticas contra os bem conhecidos riscos de o capitalismo de estado se transformar em tirania. Em última análise, essa é a essência da Arte do Direito & Macroeconomia.

V. Conclusão

Acadêmicos tipicamente retratam os desenvolvimentos em seus respectivos campos de estudo como resultado de avanços internos, com teorias e conceitos mais recentes substituindo os mais antigos com base nos cânones intrínsecos à agenda de análise do campo. Com o Direito & Economia – grosso modo, a área acadêmica de confluência das “correntes oceânicas” do pensamento jurídico e econômico¹⁹⁹ – não é diferente. A sua ambição de funcionar como uma ciência “dura” (*hard science*) significa que todo desenvolvimento pode ser atribuído a uma nova ideia de um “empreendedor intelectual”²⁰⁰ em algum aspecto da teoria e da prática

¹⁹⁹ COOTER, Robert. Justice at the confluence of law and economics. *Social Justice Research*, v. 1, n. 1, 1987. “As a boy I camped on a sandbar off the Caroline coast at the confluence of two ocean currents that made the waters rough but fertile. As an economist in a law school, I am at the confluence of two intellectual traditions.”

²⁰⁰ RIBSTEIN, Larry E. Henry Manne: Intellectual Entrepreneur. Material não publicado, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1094904. Ver em geral: POZEN, David. We are all entrepreneurs now. *Wake Forest Law Review*, v. 43, 2008. p. 283.



jurídica²⁰¹. Ainda, as tentativas de se relacionar os conhecimentos jurídico e econômico também podem ser traçadas ao amplo contexto socioeconômico no qual os acadêmicos operam, e a crise financeira de 2007-2008 é um desses casos. A magnitude e relevância política da crise atraíram muitos juristas com inclinação ao estudo da economia ao estudo dos bancos e da indústria financeira, algo que eles anteriormente relutavam ou se mostravam desinteressados em fazer. Agora, tais estudiosos têm consequentemente sido expostos a conceitos tipicamente tratados dentro de macro (ao invés de micro) economia. Como resultado, um campo que anteriormente era domínio exclusivo do direito e microeconomia pode agora também incorporar tópicos de macroeconomia.

O presente artigo demonstrou que juristas podem fornecer uma contribuição significativa (mesmo que talvez modesta) à regulação macroeconômica. Eles podem fazer isso ao oferecer preceitos jurídicos – direcionamentos aos formuladores de política – que são baseados na premissa de que políticas macroeconômicas fazem parte de um sistema de regras, princípios e instituições jurídicas. De fato, uma efetiva intervenção macroeconômica demanda não somente a compreensão de indivíduos, mas também da estrutura de suas interações²⁰². Vez que, em uma democracia constitucional, essa estrutura é em grande parte estabelecida pelo direito, juristas podem contribuir com a política macroeconômica com base em suas compreensões da racionalidade e estrutura interna do sistema jurídico. Ao fazê-lo, juristas não estarão contribuindo com a ciência, mas sim com a arte da economia.

²⁰¹ ULEN, Thomas S. Very Like a Whale: Inaugural Lecture for the Alumni Distinguished Professor of Law, 15 de outubro de 1997. Disponível em <http://igpa.uillinois.edu/system/files/WP62-whale.pdf> e AYRES, Ian. Very Like a Law Professor: An Essay in Honor of Tom Ulen. *University of Illinois Law Review*, 2011. p. 1767.

²⁰² COLANDER, David; HOWITT, Peter; KIRMAN, Alan; LEIJONHUFVUD, Axel; MEHRLING, Perry. Beyond DSGE models: toward an empirically based macroeconomics. *The American Economic Review*, v. 98, n. 2, 2008. Ver também SCHELLING, Thomas C. *Micromotives and macrobehavior*, mostrando que o comportamento macro pode partir do que as unidades individuais estão tentando alcançar, e HOWITT, Peter. Coordination issues in long-run growth. In: TESFATSION, Leigh; JUDD, Kenneth (eds.). *Handbook of computational economics*, v. 2, 2006.

DIREITO E CONSEQUÊNCIA: EM BUSCA DE UM DISCURSO SOBRE O MÉTODO

Originalmente publicado, em **coautoria com Mariana Pargendler**, como
artigo na *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, 2013.

DIREITO E CONSEQUÊNCIA: EM BUSCA DE UM DISCURSO SOBRE O MÉTODO ²⁰³

Introdução

O fosso que separa a pesquisa em direito da pesquisa em outras áreas do saber humano nunca foi tão estreito quanto hoje. Embalada pela cantilena da interdisciplinaridade, a produção acadêmica em direito tem crescentemente lançado mão do método prevalente em outras ciências naturais e sociais, conferindo maior ênfase à formulação de teorias “falseáveis”²⁰⁴ e ao desenvolvimento de estudos empíricos e experimentais aptos a testá-las.²⁰⁵ O fenômeno, aliás, é hoje observável

²⁰³ Agradecemos aos comentários de Humberto Ávila, Vicente P. Braga, Ângela Donaggio, Maíra Machado, Marta Rocha Machado, Rafael Mafei, Judith Martins-Costa, Salem Nasser, José Rodrigo Rodriguez, Lígia Sica e Osny da Silva Filho, assim como dos participantes do colóquio “Análise Econômica do Direito: Teoria, Empiria e Método Científico”, promovido pela FGV Direito Rio em agosto de 2012, e do Workshop de Pesquisa da Direito GV. Um agradecimento especial também às detalhadas críticas e sugestões de Diego Arguelhes e Fernando Leal. Thiago Reis auxiliou-nos com a pesquisa. A responsabilidade por todos os erros remanescentes é exclusivamente nossa.

²⁰⁴ Na filosofia da ciência, a falseabilidade é a característica básica para tornar uma proposição propriamente condizente com o método científico. Uma proposição (ou hipótese) falseável é aquela que, *se for falsa*, então a observação e a experimentação irão, em algum momento, demonstrar a falsidade. Por exemplo: a proposição *todos os cisnes são brancos* é falseável porque é possível encontrar um cisne de outra cor que mostrará a falsidade da proposição. Já a proposição *todos os homens são seres humanos* é não falseável e sim definicional (ou tautológica), porque nenhuma observação do mundo poderá demonstrar que existe algum homem não humano. O grande problema nas chamadas ciências sociais é que muitas das suas proposições são teoricamente falseáveis, mas não o são na prática. Por exemplo, a proposição *a economia de mercado aumenta a eficiência econômica* é teoricamente testável, mas as variáveis são tantas a ponto de tornar a proposição, na prática, não falseável.

²⁰⁵ Este fenômeno é ainda mais acentuado nos Estados Unidos, país no qual, desde o movimento do realismo jurídico do início do século XX, a análise dogmática tradicional paulatinamente perdeu seu inicial prestígio. A esse respeito, ver, a título meramente exemplificativo, POSNER, Richard. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, n. 4, v. 100, p. 761-780,



em toda parte: não apenas nos Estados Unidos, onde se originou, mas também na Europa continental, para onde se espalhou.²⁰⁶

Sintomaticamente, em nosso país proliferam instituições destinadas a fomentar estudos empíricos em direito com o duplo objetivo de descrever o direito posto e de examinar os efeitos concretos das normas jurídicas e decisões judiciais.²⁰⁷ Multiplicam-se, também, os trabalhos empíricos em direito, tanto qualitativos como quantitativos, assim como os fóruns destinados a debater e incentivar esse tipo de produção acadêmica.²⁰⁸ Estudos teóricos em “direito e...”²⁰⁹ têm, igualmente, ganhado terreno no Brasil nos últimos anos.²¹⁰

1987; EDWARDS, Harry T. The growing disjunction between legal education and the legal profession. *Michigan Law Review*, n. 91, p. 34-70, 1992-1993; ULEN, Thomas. A Nobel Prize in legal science? Theory, empirical work, and the scientific method in the study of law. *University of Illinois Law Review*, n. 4, p. 875-920, 2002; COOTER, Robert. Maturing into normal science: the effect of empirical legal studies on law and economics. *University of Illinois Law Review*, n. 5, p. 1475-1483, 2011.

²⁰⁶ Ver, por exemplo, a European Association of Law & Economics, que no ano de 2012 realiza seu 29º encontro anual. Disponível em: <www.eale.org>.

²⁰⁷ Vê-se, a título exemplificativo do fenômeno no Brasil, a instituição da Associação Brasileira de Jurimetria, em 2009, com o objetivo de “investigar e incentivar a aplicação da estatística e da probabilidade no estudo do direito e de suas instituições” (Disponível em: <www.abjur.org.br/quem-somos-historico.php>. Acesso em: 26 ago. 2012.); a recente criação, pela Direto GV, do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada, o qual visa a “produzir dados consistentes no exame quantitativo do desempenho de órgãos e instituições básicos do Estado de Direito, na análise qualitativa de decisões e opiniões, e outras formas adequadas de diagnóstico da realidade social” (Disponível em: <www.direitogv.com.br/centro-pesquisa-juridica-aplicada>. Acesso em: 26 ago. 2012.); a iniciativa da FGV Direito Rio com o projeto “Supremo em Números”, cujo objetivo, “em oposição ao modelo de análise qualitativa mais difundido, é fundamentar quantitativa e estatisticamente discussões sobre a natureza, a função e o impacto da atuação do STF na democracia brasileira” (Disponível em: <www.supremoemnumeros.com.br/sobre/>. Acesso em: 26 ago. 2012.). Vê-se, também, a atuação do Conselho Nacional de Justiça, ao qual, por mandamento constitucional, compete “elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário”, assim como “elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa” (Constituição Federal, art. 103-B, § 2º, VI e VII).

²⁰⁸ Como exemplos de fóruns especializados, vê-se o Colóquio de Estudos Empíricos, promovido pela FGV Direito Rio, já em sua quarta edição, e o Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, cuja segunda edição ocorreu em setembro de 2012 na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Para exemplos de trabalhos acadêmicos nesta temática, ver notas 23-24 *infra*.

²⁰⁹ A interdisciplinariedade é muitas vezes tratada como a seara do “direito e...”, com o segundo substantivo variando a depender da disciplina em questão. Na academia norte-americana a obra de referência sobre o tema é GALANTER, Marc; EDWARDS, Mark Alan. Law and society & law and economics: common ground, irreconcilable differences, new directions: introduction: the path of the law ands. *Wisconsin Law Review*, n. 1997, v.3, p.375-389, 1997. .

²¹⁰ Destaca-se, nesse sentido, a expansão do movimento de Direito e Economia, cujo respectivo congresso anual brasileiro se encontra em sua quinta edição (Disponível em: <www.abde.com.br>.).



Tal fenômeno, entretanto, veio desacompanhado de uma reflexão mais aguda sobre esse tipo de investigação.²¹¹ A que se deve *no Brasil* o crescente interesse de profissionais e estudiosos do direito por trabalhos empíricos e interdisciplinares? Seriam eles nova manifestação de “ideias fora do lugar”, traço marcante da crítica social à produção acadêmica brasileira?²¹² Ou, ao contrário, estaria a doutrina jurídica, nos moldes tradicionais, com seus dias contados? O presente trabalho busca oferecer elementos para o enfrentamento dessas difíceis questões.

Nossa hipótese básica é a de que, no Brasil, a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequentialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Esta hipótese se divide em três aspectos: (i) um ligado aos seus vetores, (ii) outro ligado à sua fenomenologia jurídica, e (iii) um terceiro ligado aos seus limites.

Vetores. A paulatina mudança no método da produção acadêmica em direito no Brasil se explica menos por fatores internos à academia, sublinhados pela literatura estrangeira,²¹³ e mais por fatores decorrentes da profunda transformação e ampliação do fenômeno jurídico no último século. A transição de um Estado liberal a um Estado democrático regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídicas — de um modelo formalista e baseado em regras a um modelo aberto

²¹¹ Para uma exceção a essa regra, no que toca ao exame das justificativas para o “estudo empírico da dogmática”, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Pesquisa empírica e estado de direito: a dogmática jurídica como controle do poder soberano*. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2012. Ver também GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno M. (Org.). *Direito e economia: textos selecionados*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325-394. Nos Estados Unidos, berço do mais recente desenvolvimento dos estudos interdisciplinares, há alguma bibliografia avaliando o fenômeno. Ver, por exemplo, COLLIER, Charles W. The use and abuse of humanistic theory in law: reexamining the assumptions of interdisciplinary legal scholarship. *Duke Law Journal*, n. 41, 1991; POSNER, Richard A. Legal scholarship today. *Harvard Law Review*, n. 115, 2002; RUBIN, Edward L. On beyond truth: a theory for evaluating legal scholarship. *California Law Review*, n. 80, 1992; e EDWARDS, Harry T. The growing disjunction between legal education and the legal profession. *Michigan Law Review*, n. 91, 1992.

²¹² Cf. SCHWARZ, Roberto (Org.). *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992 (notando também que “[a]o longo de sua reprodução social, incansavelmente o Brasil põe e repõe ideias europeias, sempre em sentido impróprio”).

²¹³ Ver nota 50 *infra* e o texto que a acompanha.

e baseado em princípios —, fizeram crescer entre nós a demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas.

Fenomenologia jurídica. Quer se goste ou não, ponderações sobre as prováveis *consequências fáticas* de determinadas normas jurídicas — antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia etc.) — hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil.²¹⁴ Isso principalmente porque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para a sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins — juízos estes que necessariamente dependem de ilações sobre os efeitos concretos de um ou outro regime jurídico. Assim, a própria incidência normativa dependerá intimamente de suas prováveis consequências futuras.

Limites. Apesar do recurso à discussão das consequências, subsistirá o papel do jurista como formulador de *doutrina* como não ciência. Especificamente, defendemos que a cientificização da produção jurídica (sobretudo no que tange ao exame dos efeitos concretos das regras jurídicas) encontra limites muito claros, por conta de dois motivos insuperáveis:²¹⁵ (i) a incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências concretas de diferentes normas jurídicas) e (ii) a conhecidíssima “guilhotina de Hume” (de acordo com a qual não se pode

²¹⁴ Neste ponto, nossa análise é meramente descritiva e baseada em um diagnóstico sobre um modo de argumentação crescentemente empregado na jurisprudência. É certo que, do ponto de vista normativo — isto é, à luz de quais argumentos *devem valer* nos tribunais —, a questão é altamente controversa e escapa ao objeto deste trabalho. Em última análise, o debate consubstancia o paralelo, no mundo jurídico, do embate filosófico entre éticas deontológicas (fundadas na noção de *dever*) e utilitaristas (que valorizam as consequências das ações). Observe-se, porém, que até mesmo filósofos do direito que defendem a argumentação consequencialista tendem a fazê-lo tão somente para admitir o apelo às *consequências lógicas* da decisão judicial (*i.e.*, implicações jurídicas da *universalização* das razões dadas), porém não às suas *consequências fáticas*, isto é, o impacto probabilístico das decisões no comportamento humano. Ver, *e.g.*, MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983. Para um exame da utilização de argumentos consequencialistas lógicos no direito tributário brasileiro, ver PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

²¹⁵ Em que pese a existência de tentativas heroicas. Ver por exemplo UNGER, Roberto. *Passion*. Nova Iorque: The Free Press, 1984, p. vii (indicando que sua aspiração metodológica é “*to reconceive and reconstruct the ancient and universal practice of attributing normative force to conceptions of personality or society so that this practice can better withstand the criticisms that philosophy since Hume or Kant has leveled against it*”).

deduzir o que “deve ser” com base em uma proposição sobre o que “é”).²¹⁶ Dito de forma simples: a perfeita engenharia do mundo é impossível, e mesmo que fosse possível talvez não fosse desejável, legítima ou legal. Por conseguinte, tem-se a ilegitimidade e inconveniência (esta última, inclusive sob a ótica consequencialista) da utilização do cientificismo e consequencialismo extremados como forma de organização jurídica e social. Ou seja: a cientifização da pesquisa em direito não pode substituir o juízo de ponderação não científica (logo, dogmática e propriamente doutrinária) do jurista — tal como, aliás, a progressiva cientifização da produção acadêmica em economia não teve o condão de erradicar a doutrina econômica naquela disciplina.²¹⁷

Evidentemente, parte do que foi dito acima se resolve apenas no campo da semântica.²¹⁸ É possível distinguir diferentes sentidos das formulações teóricas e empíricas em direito, segundo o método empregado nas demais ciências.²¹⁹ Segundo a célebre acepção de ciência do direito formulada por Hans Kelsen, os estudos científicos em direito buscariam, objetivamente, descrever as normas jurídicas.²²⁰ A diferença dessa abordagem relativamente à expressiva parcela da pesquisa empírica contemporânea refere-se à expansão do universo jurídico objeto de estudo, assim

²¹⁶ A dicotomia entre o mundo dos fatos e dos valores é um tema clássico em filosofia. Fala-se em “guilhotina” porque a construção de Hume determina “partir em dois” os argumentos éticos, separando seus componentes normativos (*i.e.*, juízos sobre o que *deve ser*) e seus pressupostos sobre o funcionamento do mundo (*i.e.*, juízos sobre o que *é*). Ver HUME, David. *Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Deborah Danowski. São Paulo: Imprensa Oficial; Unesp, 2001. livro III, parte I, seção I.

²¹⁷ Conforme exposto na seção III *infra*, a cientifização da produção acadêmica em economia tampouco eliminou o papel da *doutrina* econômica. Sobre o tema, ver ARIDA, Pérsio. A história do pensamento econômico como teoria e retórica. In: REGO, José Marcio. *Retórica na economia*. São Paulo: Editora 34, 1996; e MCCLOSKEY, D. N. *The rhetoric of economics*. Madison: University of Wisconsin Press, 1998.

²¹⁸ Ao tratar da aproximação da produção jurídica ao modelo de estudo científico utilizado pelas ciências naturais e sociais não há como escapar de algumas ressalvas de praxe. O conceito de ciência é historicamente determinado (passando por múltiplas acepções ao longo do tempo até as hoje correntes concepções de Karl Popper e Thomas Kuhn). Mais recentemente, o movimento pós-modernista sustenta que a realidade é, em larga medida, mera construção social contingente, denunciando, assim, a ausência de objetividade ou neutralidade como óbice à aspiração da ciência em descrever a realidade. Inexistindo realidade, tampouco há que se falar em “estudos empíricos”. Esta parece-nos, no entanto, posição extremada.

²¹⁹ Há, por certo, autores expressivos que reconhecem o caráter científico do direito ao mesmo tempo que enfatizam as diferenças entre a ciência jurídica e as demais ciências. Para as concepções da ciência do direito como ciência *sui generis*, vide nota 40 *infra* e o texto a que se refere.

²²⁰ É certo que Kelsen não afasta, nem tampouco condena, a existência de formas de produção jurídica (peças judiciais, obras doutrinárias ou decisões judiciais) que não atendam rigorosamente aos ditames de sua teoria pura, mas tão somente lhe nega o atributo de trabalho *científico* em direito. Ver notas 41-44 *infra*.

como à crescente utilização de métodos quantitativos. No passado, o esforço descritivo usualmente tinha por objeto normas jurídicas ou decisões judiciais individualizadas. Hoje, por força de diversos fatores — como a centralidade assumida pelo Poder Judiciário, a descrença no papel do juiz como simples “boca da lei”, a massificação dos litígios, o advento das agências reguladoras, o prestígio das formas alternativas de soluções de conflitos, entre tantos outros —, tais estudos descritivos da realidade jurídica frequentemente tomam por objeto não somente o texto legal, mas também a análise de um largo número de decisões em sede judicial, arbitral ou administrativa.²²¹

Outra acepção refere-se ao estudo da interação entre direito e realidade social, destinando-se a descrever os efeitos concretos de normas jurídicas e decisões judiciais sobre a organização social, econômica e política. Outrora predominantemente conduzidos por estudiosos de outras áreas do conhecimento (especialmente sociologia, economia e ciência política), tais estudos são hoje não apenas crescentemente consumidos, mas também produzidos por juristas.²²² Mudam, assim, não apenas os autores, mas também os leitores. O tipo de argumentação

²²¹ Ver, exemplificativamente, Fundação Getúlio Vargas. Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito: Dano Moral, n. 27, Convocação 01/2010. Disponível em: <www.portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>. Acesso em: 26 ago. 2012; MACHADO, Maira R. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes financeiros nos tribunais brasileiros. *Cadernos Direito GV*, v. 33, p. 1-226, 2010; PRADO, Viviane Muller; ROSSI, Maria Cecília; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli; PEREIRA, Thomas Henrique Junqueira de Andrade; MARTINS, Leandro. Decisões da CVM em matéria societária no período de 2000 a 2006. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. III, p. 69-88.

²²² No direito comparado, sobretudo no norte-americano, os exemplos são tantos que inviabilizam a individualização. Entre nós, ver, exemplificativamente, GOUVÊA, Carlos Portugal. Derechos sociales en contra de los pobres. In: *El constitucionalismo en transición*. Buenos Aires: Librería, 2012. p. 13-36; GORGA, Érica. Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries. *Northwestern Journal of International Law and Business*, n. 29, 2008; e PÜSCHEL, Flávia Portella et al. *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*. Relatório apresentado ao Ministério da Justiça no âmbito do projeto Pensando o Direito, 2011. Há, ainda, uma terceira acepção, relativa aos estudos que buscam descrever e prever a aplicação do direito por meio da análise dos fatores extrajurídicos (tais como orientação ideológica, gênero, raça, origem etc.) que explicam o comportamento judicial. Embora não sejam esses estudos o centro da análise que segue, até mesmo eles crescentemente interessam aos estudiosos e aplicadores do direito. Veja-se, por exemplo, o estudo de Laarni Escresa e Nuno Garoupa sobre os fatores determinantes do comportamento judicial nas Filipinas e sua influência sobre paradigmática decisão da Suprema Corte daquele país sobre o *impeachment* de um juiz da Suprema Corte em razão de sua parcialidade. GUILHERMO, Laarni Escresa; GAROUPA, Nuno. The role of the Supreme Court in unstable democracies: the case of the Philippine Supreme Court, an empirical analysis 1986-2010. *Asian Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, Apr. 2012.

aceitável em um debate jurídico se amplia, e a fronteira entre o jurídico e o não jurídico se torna mais porosa. O resultado tem sido espantoso: opera-se uma progressiva redução do espaço que separa os estudos descritivos do direito, de um lado, e a expansão de estudos sobre as consequências do direito na realidade econômica e social, de outro.

O presente texto oferece elementos para uma narrativa que dê sentido à aparente *cientificização* da produção jurídica. Ainda que aqui esteja a semente para uma teorização ulterior mais ampla, a ênfase recai, em particular, sobre o contexto jurídico-político brasileiro. Dividimos o restante deste texto da seguinte maneira. A seção I, introdutória, apresenta o que pode ser chamado de uma narrativa “padrão”, ou “tradicional”, a respeito da relação entre direito e ciência. A seção II formula uma explicação dos fatores que determinam a importação de métodos de outras ciências ao estudo jurídico no Brasil. A seção III discute as correspondentes modificações na técnica de aplicação do direito a permitir que o exame das consequências da norma jurídica condicione a sua incidência ou não ao caso concreto. A seção IV apresenta razões epistemológicas e teóricas pelas quais a “cientificização” da produção jurídica não é inevitável nem ilimitada. A seção V conclui.

I. Direito e ciência: a evolução do papel do jurista

O argumento de que a produção em direito tenha se tornado cada vez mais científica é em parte apenas semântico e comparativo. O que significa dizer que os trabalhos se tornaram mais “científicos”? Além disso, qual o referencial de tal assertiva: teria a produção jurídica se tornado mais científica comparativamente a quê?

Estas são, sem dúvida, questões difíceis e com implicações profundas e variadas. Existe (ou poderia existir) uma ciência do direito? Em caso positivo, qual o seu objeto e método? Em caso negativo, qual seria, afinal de contas, o papel do jurista ou do acadêmico em direito? Não cabe aqui reconstruir historicamente esse debate —

tema, aliás, indevidamente omitido por parte da literatura norte-americana recente, que se limita a descrever as definições de ciência em geral sem se ater a obras específicas sobre o alegado caráter científico (ainda que *sui generis*²²³) do direito.²²⁴ Neste trabalho, por ora, cumpre apenas observar que cada uma dessas questões envolve complexidades e sutilezas das mais variadas e que serão apenas tangenciadas na análise que segue.

Iniciemos pela discussão da noção de uma eventual “ciência do direito”. Seu objeto e método permanecem amplamente contestados, dificultando a formação de uma comunidade acadêmica. Deve ser estudado o direito nos livros (*law in the books*) ou o direito em ação (*law in action*)? As abordagens do fenômeno jurídico à luz de outras disciplinas (economia, sociologia, história etc.) interessam ou não à ciência do direito? Seria a “ciência do direito” encarregada de prever como decidirão os tribunais?²²⁵ Estaria ela também destinada a prever as consequências econômicas,

²²³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato. In: COURTIS, Christian (Ed.). *Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madri: Editorial Estrata, 2006. p. 41-68, p. 50 (“el derecho — más allá de ser un ‘saber’ reglado, que se puede aprender y transmitir — no es una ‘ciencia’ con las pretensiones (sentidos) que el término ciencia tiene en los últimos trescientos años en Occidente. El derecho no usa el método hipotético-deductivo y, por ello, sus técnicas de investigación no se confunden ni con los trabajos de matemática, ni con los de las ciencias naturales, no con los de las ciencias históricas y humanas. Por eso, al derecho no se lo denomina, en los términos modernos, ciencia. Cuando hablamos de un trabajo jurídico científico queremos decir algo más modesto: se trata de un trabajo elaborado de acuerdo con las reglas académicas del derecho, producido en universidades. (...) Tanto el derecho como la filosofía son saberes, y son campos de saber con principios, puntos de partida y reglas, es decir, con una cierta gramática que controla su producción”); e p. 53 (“[p]or ende, lo mejor para definir el objeto de un trabajo [jurídico] es percibir que su resultado debe ser una conclusión de carácter práctico-normativo, una guía para la acción del tipo ‘esto debe hacerse porque es lo debido’, o ‘esto no debe hacerse porque está prohibido’, o aun ‘esto puede hacerse ya que está autorizado’, o ‘esto debe cambiarse porque es injusto’ (antisonómico), etc. (...) Como puede verse una vez más, el objeto de estudio — incluso el jurídico — no es el objeto natural, sino un cierto ‘sentido’ del objeto natural (o de cualquier objeto)”).

²²⁴ Ulen, por exemplo, cita Karl Popper, Thomas Kuhn e Thomas Bayes, porém não cita Kelsen, Hart ou outros nomes célebres na teoria do direito. Há uma diferença — sutil, porém fundamental — entre *discordar* e *não tomar conhecimento* daquilo que já existe em teoria jurídica. Cf., Ulen, *A Nobel Prize in legal science?*, op. cit. Há no entanto algumas publicações interessantes sobre o tema nos Estados Unidos. Por exemplo, do argentino SPECTOR, Horacio. *The future of legal science in civil law jurisdictions*. *Louisiana Law Review*, n. 65, 2005.

²²⁵ A atividade de prever o que o juiz fará nem sempre é jurídica. Segundo Oliver Wendell Holmes, o direito seria a previsão de como decidirão os tribunais. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. *Harvard Law Review*, n. 10, p. 460-461, 1897 (“[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”). Em tempos mais recentes, porém, o avanço de estudos econométricos demonstrou que a previsão das decisões judiciais pode ser alcançada por meios absolutamente distintos da forma de saber tradicionalmente entendida como “jurídica”. Veja-se, nesse sentido, a aposta feita sobre a previsão dos resultados de decisões da Suprema Corte norte-americana entre professores de direito, com amplo conhecimento de direito constitucional e das decisões



políticas e sociais de determinadas regras jurídicas ou posicionamentos jurisprudenciais?

Do ponto de vista histórico, o problema da cientificidade do estudo do direito é recente. Juristas gostam de lembrar que o seu ramo tem mais de dois milênios, em comparação com pouco mais de dois séculos de economia. De fato, o estudo do direito precede não somente o estudo da economia, mas também a própria formulação do conceito de ciência. Observa James Gordley que, assim como a filosofia começou com os gregos, a física, com Galileu e Newton, e a economia moderna, com Adam Smith, a tradição jurídica ocidental remonta ao direito romano.²²⁶ O jurisconsulto romano ocupava-se do direito, porém não tinha pretensão alguma de fazer ciência. O que fazia ele então?

A atribuição clássica do jurista na tradição ocidental foi a de produzir *doutrina*.²²⁷ Aponta Humberto Ávila que incumbia à doutrina, em Roma, “atribuir sentido a dispositivos legais, direcionando a conduta dos seus destinatários. Ela era seguida porque tinha autoridade legal e era importante porque orientava tanto a atividade dos operadores como a conduta dos destinatários”.²²⁸ Desde Augustus, as opiniões de célebres juristas romanos gozavam de autoridade e força obrigatória — ou seja, para todos os efeitos práticos eram leis.²²⁹ A célebre “Lei das Citações”, de 426, não somente reconheceu de forma expressa a autoridade das opiniões de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino, como também estabeleceu mecanismos

pretéritas dos membros do tribunal, e professores de ciência política, com apoio em modelos econométricos baseados em fatores extrajurídicos, tal como a afiliação política do presidente que nomeou o juiz, o tribunal de origem e a direção ideológica da decisão. Surpreendentemente, os cientistas políticos ganharam a aposta, acertando o resultado em 75% dos casos, contra a taxa de apenas 59,1% de acerto dos professores. Cf. AYRES, Ian. How computers routed the experts. *Financial Times*, 31 ago. 2007.

²²⁶ GORDLEY, James. The State’s private law and legal academia. *American Journal of Comparative Law*, n. 56, p. 639, 2008.

²²⁷ Este aspecto foge obviamente do âmbito de reflexão de Ulen, o qual concentra sua análise nos Estados Unidos, país de sistema de *common law*, tradição na qual o papel da doutrina é historicamente menos relevante do que na tradição romano-germânica. Ainda assim, a partir de Blackstone, os trabalhos de célebres juristas de *common law* passaram a assemelhar-se ao paradigma romano, sistematizando as decisões judiciais e criando categorias doutrinárias de modo a explicá-las. *Ibid*, p. 641.

²²⁸ ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURALISTAS (ed.). *Cadernos para Debates n. 4: Conversa sobre a Interpretação no Direito (Estudos em Homenagem a Miguel Reale)*. Canela, 2011. p. 141.

²²⁹ *Ibid*.



decisórios em caso de divergência entre os autores: prevaleceria a concepção da maioria deles, porém, em caso de empate, predominaria a *opinio* de Papiniano.²³⁰

Com a progressiva transformação do direito e da prática jurídica, o papel do jurista não se manteve estanque. Sua função como doutrinador e o caráter prescritivo de suas lições persistiram ao longo do tempo, em diferentes moldes. A prática de utilizar a opinião de juristas como fonte de lei se estendeu pela Idade Média e chegou aos nossos tempos. Um bom exemplo pode ser encontrado na doutrina de Bártolo de Saxoferrato,²³¹ o grande jurisconsulto medieval e notável comentarista do direito romano cuja doutrina foi (durante séculos e até a idade contemporânea) tratada como fonte subsidiária de direito em sistemas jurídicos europeus.²³² O singular método de Bártolo pressupunha ser possível compatibilizar os costumes locais com certos ensinamentos supostamente universais e encontráveis no direito romano. Judith Martins-Costa nota que o uso de doutrina estrangeira com força de autoridade reflete a premissa de que as sentenças judiciais possam refletir as opiniões de autores de diversos sistemas jurídicos, como se existisse um *direito comum* supranacional.²³³

No século XX, porém, tal modelo mostrava nítidos sinais de exaustão, e isso por pelo menos duas razões.²³⁴ Primeiro, a democratização das formas de governo ao redor do mundo, assim como o movimento de codificação, operaram parcial substituição do doutrinador pelo legislador, não só na dicção, mas também na

²³⁰ RODRIGUEZ JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 65-106, jan. 2010. p. 70.

²³¹ Atualmente no Brasil, a referência a Bartolo (e à sua corruptela, o *bartolismo*) muitas vezes reflete uma característica histórica do direito brasileiro, a saber, a de que as doutrinas e análises jurídicas são recebidas menos por sua força argumentativa, e mais por seu número de patronos, especialmente estrangeiros e preferencialmente italianos ou alemães.

²³² Ver MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 30-31.

²³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 241. Ver também, MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 193 (notando que “em nossa profunda mentalidade, paradoxalmente, articulou-se ao legalismo a atenção à doutrina como fonte de produção de modelos hermenêuticos, mesmo os derivados da experiência estrangeira. Para os efeitos de uma possível história das mentalidades jurídicas, o termo ‘bartolismo’ indica, pois, esse fenômeno cultural, marca permanente de nossa *forma mentis* estar fortemente arraigada a ideia de a doutrina não apenas desenvolver o papel de formadora dos cânones de interpretação, mas o de tornar-se fonte prescritiva”).

²³⁴ Para uma descrição desses dois fatores, ver ÁVILA, *op. cit.*



própria sistematização do direito. A institucionalização da mutabilidade do direito pela positivação, por sua vez, foi causa de ansiedade relativamente ao caráter científico do direito.²³⁵ Segundo, a crescente busca pelos juristas do ideal científico levou-os a conduzir sua análise sob a retórica da *descrição* do sistema, em vez da retórica da *prescrição*. Contudo, a cultura dos manuais jurídicos que rapidamente se formou passou a esconder os problemas jurídicos concretos por trás de definições abstratas. Não tardou até que o descolamento entre a teoria e a prática do direito passasse a ser objeto de severa crítica.²³⁶

Tal como a democratização da vida política e social — a suscitar dúvidas sobre o “argumento de autoridade” refletido nas posições doutrinárias —, a preocupação com o caráter científico do estudo do direito é bastante recente e remonta ao século XIX. Foi, porém, no século XX que a preocupação ganhou força. O *status* do estudo do direito dentro da comunidade científica — antes presumido sem maiores dificuldades²³⁷ — entrou em jogo, conduzindo à proliferação de estudos e teorias destinados a moldar a chamada “ciência do direito”.²³⁸

²³⁵ Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50 (“A percepção da mutabilidade teve consequências importantes para o saber jurídico. No início do século XIX, essa percepção provocou, a princípio, uma perplexidade. Afinal, dirá alguém, referindo-se à ciência do direito, que ciência é esta se basta uma penada do legislador para que bibliotecas inteiras tornem-se maculatura? (Kirschmann, 1966:26”).

²³⁶ Ver por exemplo Lopes, Regla y compás, op. cit., p. 55 (“[l]a cultura de los manuales impide justamente eso: que los problemas reales y prácticos se conviertan en problemas jurídicos”).

²³⁷ BERMAN, Harold J. The origins of Western legal science. *Harvard Law Review*, n. 90, p. 894-943, 1977. p. 895 (observa que as primeiras universidades surgiram no século XII, época na qual o direito era estudado como “ciência”, isto é, como um conjunto de conhecimentos coerente, específico e dotado de metodologia própria). Evidentemente, esta era uma ciência de conhecimento sobre o objeto; não propriamente dotada daquilo que hoje se convencionou chamar de “espírito científico”. Relativamente ao contexto brasileiro, sustenta Marcos Nobre que historicamente “vigora o ‘princípio da antiguidade’, já que no Brasil o direito é a disciplina universitária mais antiga”. Dessa forma, comparativamente às outras disciplinas de ciências humanas, o direito “parecia se arrogar dentre estas a posição de ciência rainha”. NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, n. 1, 2004. p. 4-5. Disponível em: <www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/NOBRE_Apontamentos%20sobre-%20a%20Pesquisa%20em%20Direito%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.

²³⁸ Entre nós, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1980. p. 45 (descreve a ciência do direito como um “pensamento tecnológico”, o qual embora compartilhe algumas características com o pensamento científico *stricto sensu*, dele se diferencia, pois seus problemas “têm uma relevância prática (possibilitar decisões: legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais etc.) que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia dogmatiza os seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos”); REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. 2. tiragem.

Em sua *Teoria pura do direito*, uma das mais célebres obras sobre o tema, Hans Kelsen propugna a existência de uma ciência do direito, traçando-lhe os métodos e objeto. Seu “princípio metodológico fundamental” seria justamente “garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”, assim libertando “a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”.²³⁹ Para Kelsen, o conceito de direito objeto da ciência jurídica restringe-se às “normas jurídicas”, e a “conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.²⁴⁰ Por fim, conclui que a ciência jurídica “apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais) *prescrever* seja o que for”.²⁴¹ Em suma, para Kelsen, a ciência do direito tem como método a descrição e por objeto o direito, entendido exclusivamente como sinônimo do conjunto de normas jurídicas acompanhadas de sanção e emanadas de autoridade estatal.²⁴²

Os estudos empíricos em dogmática jurídica — por exemplo, os levantamentos quantitativos de decisões judiciais ou agências reguladoras que buscam descrever a aplicação de um ou outro instituto — são, de certa maneira, a

São Paulo: Saraiva, 2001. p. 82 (defende que “há diversos tipos de ciência, igualmente legítimos, cada qual fiel a seus métodos e processos em função da natureza daquilo que estudam”, razão pela qual “no quadro de um pluralismo metodológico, o Direito é uma ciência tão legítima como as demais”).

²³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid., p. 82 (“A ciência jurídica é conhecimento e não constituição (elaboração) do Direito. Na jurisprudência tradicional, porém, domina a opinião de que a ciência jurídica também pode e deve elaborar o Direito. É típico a este propósito o que escreve ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart, 1956, p. 8: ‘Constitui... privilégio quase excessivo da ciência jurídica, entre as ciências culturais, não ter de se limitar a acompanhar ou a seguir o Direito, indo ao lado e atrás dele, mas ser-lhe permitido colaborar no ajustamento do próprio Direito e da vida, tanto da vida do Direito como da vida subordinada ao Direito’. Aí está uma confusão entre ciência jurídica e política do Direito”).

²⁴² Um erro comum é supor-se que Kelsen teria defendido que a interpretação do direito pudesse ser meramente jurídica. Ao contrário, Kelsen entendeu que a interpretação da lei em casos concretos dependeria inevitavelmente de questões de “política jurídica” (cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 396. Richard Posner identifica aqui uma abertura da teoria kelseniana para integração com as ciências sociais (cf. POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. p. 250-291). Essas conclusões são exploradas em SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada: história, direito e economia*. 2013. No prelo (ainda inédito), epílogo.



“versão 2.0” da ciência jurídica sob perspectiva pura ou interna nos moldes kelsenianos. Seu objetivo continua sendo a descrição do direito, porém, para tanto, o método utilizado foi atualizado para melhor refletir o *modus operandi* do sistema jurídico de hoje. Outro esforço, à primeira vista drasticamente diferente, é aquele que busca discernir os efeitos concretos das normas jurídicas no mundo dos fatos. Veja-se, como exemplo desta última modalidade popularizada nos Estados Unidos e crescentemente utilizada no Brasil, o clássico estudo de Robert Ellickson *Of Coase and cattle*.²⁴³

O objetivo deste último trabalho está longe de ser a *descrição* da lógica interna de determinado instituto (no caso, a responsabilidade civil dos proprietários de gado pelos danos causados pelos animais à propriedade de fazendeiros vizinhos) e a sua posição no ordenamento jurídico. Pretende o autor, em vez disso, verificar como diferentes normas jurídicas sobre tal situação afetam o comportamento econômico e social — investigação esta necessariamente baseada em dados empíricos extrajurídicos e, portanto, manifestamente *impura*. E não só: seu estudo conclui, em consonância com o teorema de Coase, que com baixos custos de transação para negociações o regime jurídico é verdadeiramente irrelevante e, surpreendentemente, até mesmo desconhecido, abrindo caminho para frutífera literatura sobre o papel das “regras sociais” (*social norms*) como substituto ao regramento jurídico.

Contudo, conforme será exposto a seguir, a diferença entre *descrever as normas jurídicas* e *descrever as consequências das normas jurídicas sobre a realidade* vem se reduzindo nos últimos tempos. A razão para tanto é a expansão dos elementos que são considerados jurídicos, isto é, aptos a responder à questão fundamental do sistema jurídico — segundo a concepção de Niklas Luhmann, a distinção entre o lícito e ilícito.²⁴⁴ A razão para tanto é que, sob o primado das políticas públicas consubstanciadas em princípios constitucionais, cada vez mais os prováveis efeitos de

²⁴³ ELLICKSON, Robert C. *Of Coase and cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta Count*. *Stanford Law Review*, n. 38, p. 623 e ss., 1986.

²⁴⁴ A respeito da concepção luhmanniana, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 80. Cf., no mesmo sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia*. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, p. 137-170, 2004 p. 140 (“[o] ponto de vista jurídico é essencialmente o de *cumprir uma regra*”).



certas regras ou regimes jurídicos deixam de ser dados extrajurídicos, passando a ocupar um papel central na argumentação jurídica e na aplicação do direito.²⁴⁵

II. O jurista como cientista social

A transformação da literatura jurídica é notória.²⁴⁶ Qual a explicação do fenômeno? A resposta pode ser remontada a uma discussão antiga a respeito da autonomia da empreitada acadêmica ante as condições sociais que motivam e constroem os pesquisadores. Seria a pesquisa acadêmica um recanto autônomo, seara própria de indivíduos curiosos voltados ao extraordinário empreendimento que é a busca do conhecimento? Ou será que a pesquisa científica deve ser vista como uma parte de uma conjuntura cultural mais ampla, uma faceta de uma realidade bem mais complexa a lhe influenciar decisiva e constantemente?

Os defensores da primeira posição costumam atribuir a cientificação da pesquisa em direito a fatores, por assim dizer, de “oferta”. Sugere-se, nesse sentido, que o fenômeno se deva sobretudo a circunstâncias internas à academia — e não raro, acrescente-se, à academia norte-americana e à sua influência em nível internacional.²⁴⁷ De fato, a visão sobre a academia como relativamente alheia à vida jurídica e social não é de todo absurda. Uma série de fatores — como as práticas de

²⁴⁵ Ver, nesse sentido, ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequentialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização. p. 17. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013 (sustenta que argumentos consequentialistas podem ser reconstruídos como argumentos institucionais ou estritamente jurídicos sempre que a norma em questão vise à *promoção* de um determinado estado de coisas).

²⁴⁶ Embora o presente artigo utilize os termos “produção acadêmica” e “literatura jurídica” indistintamente, é importante ressaltar que, no Brasil, expressiva parcela das publicações em direito se deu (e, em certa medida, ainda se dá) fora das universidades. Autores influentíssimos, como Pontes de Miranda ou Hely Lopes Meirelles, entre tantos outros, jamais ocuparam cátedras universitárias. Tal fenômeno remonta à época do Império, na qual os mais proeminentes juristas, de um modo geral, eram políticos, não acadêmicos. Cf. PARGENDLER, Mariana. *A evolução do direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo).

²⁴⁷ Ver, e.g., Ulen, A Nobel Prize in legal science?, op. cit., nota 205 (“My sense (...) is that the increasing theorization of and academic emphasis in legal scholarship are due to internal factors having to do with the history of legal scholarship and legal education’s being situated within great research universities, not to external or market forces in the legal services market”).



contratação, o regime de trabalho com garantia de estabilidade e a governança das instituições universitárias — possibilitam, em tese, que estudos acadêmicos sejam, ao menos imediatamente, inúteis ou até mesmo disfuncionais.

É tanto ou mais plausível, porém, que os estudos em direito — que, antes de mais nada, referem-se a uma *prática* e a uma *profissão* — reflitam também a estrutura sociopolítica subjacente. Esta observação conduz, então, a uma ponderação sobre fatores de “demanda”, por assim dizer, a estimular a pesquisa acadêmica *cientificizada*. Em particular, se é difícil demonstrar causalidade, é mais facilmente detectável a relação (em maior ou menor grau, a depender do contexto²⁴⁸) entre a transformação na articulação social do direito e a paulatina mudança na produção jurídica no último século.

No quadro político brasileiro, essa modificação é impulsionada por três fatores marcantes, a saber: (a) o triunfo da ideologia progressista, (b) a mudança organizacional do modelo estatal e (c) a transição de um modelo formalista e baseado em regras para um modelo aberto e baseado em princípios. Como examinado adiante, cada uma dessas três considerações constitui, a nosso ver, um vetor autônomo da cientificização porque gera uma *demanda* por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas.

A. O vetor ideológico: triunfo do progressismo

O século XX marca a ascensão do progressismo à condição de ideologia basilar do Estado contemporâneo. O progressismo é basicamente a ideologia do adiantamento, desenvolvimento e evolução; sua antítese é o conservadorismo. O progressismo traduz a crença na capacidade humana de deliberadamente ordenar o

²⁴⁸ É certo que o desenvolvimento de estudos aptos a embasar argumentos consequencialistas é mais acentuado nos Estados Unidos do que em outros países. Ver, exemplificativamente, GAROUPA, Nuno; ULEN, Thomas S. The market for legal innovation: law and economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review*, n. 59, 2008, p. 1555 et ss. (descrevendo a maior influência do movimento de direito e economia nos Estados Unidos relativamente à Europa e atribuindo o fenômeno ao menor grau de concorrência na academia jurídica no contexto europeu).

mundo. Em suas versões mais radicais, traz os chamados “perigos” do iluminismo e expressa a crença equivocada de que a ordem social possa ser plenamente engendrada por uma ou algumas pessoas. Nas suas versões mais moderadas, contudo, traz apenas uma justificativa a mais para a regulação. As origens intelectuais do progressismo remontam ao início da era clássica grega, mas o impulso definitivo lhe foi dado pelo vigor construtivista a partir do século XVII, quando a humanidade adentrara efetivamente a era do racionalismo, do cientificismo e do positivismo. No Brasil, a subida de Getúlio Vargas é o fato histórico a marcar o triunfo do progressismo como ideologia estatal dominante.²⁴⁹ Consagrou-se, deste modo, o “uso instrumental do direito” como ferramenta de “engenharia social”.²⁵⁰

No novo contexto intelectual, o debate entre progressistas e conservadores foi paulatinamente deixando o campo retórico das visões transcendentais ou metafísicas do sagrado e passando a se articular na linguagem do incentivo, da utilidade e da felicidade. O grande contendor do progressismo, no plano das ideias, passou assim a estar no chamado conservadorismo *utilitarista histórico*.²⁵¹ Esta é a posição que equipara a conservação de instituições a uma medida de prudência e cautela, já que as instituições trariam uma espécie de sabedoria indizível das gerações passadas.

O Estado que clama para si a missão de ordenar e aperfeiçoar a sociedade — em síntese, o Estado regulatório — é a encarnação institucional da ideologia

²⁴⁹ Neste sentido, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, editada em 1942 e até hoje em vigor, é bastante ilustrativo: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

²⁵⁰ As expressões vêm de LOPES, Regla y compás, op. cit., nota 244, p. 149. Cumpre ressaltar, porém, que a utilização das consequências fáticas como fundamento de decisões jurídicas — inclusive com alusão às consequências econômicas de um ou outro regime — já era particularmente notável nas decisões do Conselho de Estado no século XIX, o qual, embora fosse um órgão formalmente consultivo, desempenhava as funções de um verdadeiro Poder Moderador. Para alguns exemplos desse tipo de argumentação do Conselho de Estado na seara do direito societário, cf. PARGENDLER, Mariana. Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil. *American Journal of Comparative Law*, v. 60, n. 3, p. 806-850, 2012. p. 830 (citando, entre outros exemplos, o voto contrário à posição majoritária do Conselho que interpretara restritivamente o Código Comercial de modo a vedar a constituição de sociedades em comandita por ações no direito brasileiro, o qual justificou ser tal proibição um equívoco “em um país novo, em que é necessário promover associações de comércio e de indústria”).

²⁵¹ Sobre a ideologia conservadora e o utilitarismo histórico, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Sobre a proibição de drogas e a ideologia conservadora. *Revista Discente Direito GV*, 2013, no prelo.



progressista.²⁵² Seus impactos sobre o direito são de duas naturezas. Primeiro, o Estado regulatório trouxe para a esfera propriamente jurídica uma série de atividades que não estavam previamente disciplinadas juridicamente de modo específico. Exemplos vão da discriminação no trabalho à proteção do meio ambiente, passando por regras de segurança e saúde pública, entre muitas outras. A *juridificação* — isto é, o disciplinamento em lei de regras nessas áreas — obrigou os profissionais do direito, inclusive os docentes e pesquisadores, a conhecer temas da biologia, política e economia originalmente tidos como irrelevantes do ponto de vista jurídico, e a integrar saberes desses campos à formulação do direito.

Segundo, e para além desses temas específicos, o progressivismo do Estado regulatório também afetou a prática e a teoria jurídica de uma forma mais ampla. O tema é bem descrito por Fábio Konder Comparato:²⁵³

o “*government by policies*”, em substituição ao “*government by law*”, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva e qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos — materiais e humanos — para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.

Esta busca por objetivos concretos — estejamos nós falando da diminuição da violência doméstica ou da eficiência econômica, da melhoria da saúde pública ou da redução do desmatamento — pode, na terminologia de hoje, ser confortavelmente chamada de *política pública*. A política pública propõe ao jurista o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos, e é neste momento que o saber jurídico tradicional se mostra insuficiente. Um exemplo recente ilustra por quê. A Lei

²⁵² A ideologia progressista, aliás, está manifesta no art. 3º da Constituição de 1988. *In verbis*: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.



nº 11.340, de 7 de agosto de 1996 — conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem à ativista e vítima de violência doméstica que motivou a adoção do diploma —, foi instituída, de acordo com seu preâmbulo, para criar

mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Surgem aqui dois problemas diferentes: uma coisa é saber se os fins a que a lei se propõe — coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher — são legítimos (e é evidente que são); outra coisa, bastante diferente, é saber se os meios jurídicos previstos pela Lei Maria da Penha são hábeis a realizar o seu fim normativo da lei. É conhecido o argumento de muitos, e de não menos do que Immanuel Kant, de que seria próprio ao ofício do jurista “aplicar apenas as leis existentes, mas não investigar se estas necessitam de um melhoramento”.²⁵⁴ Tal é a tradição liberal herdada de antanho, mas claramente posta em xeque em tempos recentes. Tanto assim que o tema dos meios previstos na Lei Maria da Penha foi recentemente objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, questionou-se, *inter alia*, a constitucionalidade de se condicionar as ações penais públicas à representação da vítima relativamente aos crimes objeto da lei. A Corte Suprema, por maioria, conferiu interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha para dispensar a representação da vítima nos crimes em que tal formalidade é exigida pela Lei nº 9.099, de 1995, por entender que a ampla exigência de representação acabaria por “esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres”, sendo, assim, meio inapto à consecução do fim desejado. A divergência entre a posição majoritária e o voto vencido do ministro Cezar Peluso centra-se justamente nas presumidas consequências concretas, no mundo dos fatos,

²⁵⁴ KANT, Immanuel. *A paz perpétua. Um projeto filosófico*. p. 33. Textos Clássicos de Filosofia: Covilhã, 2008. Disponível em: <www.lusosofia.net>. Acesso em: 18 out. 2012.



da exigência legal de representação da vítima — juízo típico das ciências sociais e estranho ao saber jurídico tradicional.

No entender do ministro Lewandowski, “as mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade”, o que justificaria a eliminação do requisito de representação. O ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto vencedor, mesmo afirmando “ter dificuldade em saber se a melhor forma de proteger a mulher é a ação penal pública condicionada à representação da agredida ou a ação incondicionada”. O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, afirmou ser “dever do Supremo, levando em consideração dados sociais, rever as políticas no sentido da proteção”, e assim por diante.

Já o voto vencido do ministro Cezar Peluso, para além de citar “estudos de várias associações da sociedade civil e também do Ipea” sobre a vantagem do processamento das ações pelos juizados especiais, decidiu pela constitucionalidade da ampla exigência de representação. Explicou que a inclusão de semelhante requisito no texto legal não foi leviana, e sim produto de consideração de “elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas”, inclusive “por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal”. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger as mulheres, a análise dos “efeitos práticos da decisão” revelaria o caráter contraproducente do voto majoritário relativamente à proteção e autonomia das mulheres.²⁵⁵

Generalizando, pode-se dizer que a ascensão do *government by policy* propõe ao jurista problemas para os quais o conhecimento jurídico tradicional — interpretar leis e redigi-las, sustentar um argumento para um debate judicial ou desconstruir a coesão de argumentos sobre a interpretação das leis — oferece poucas respostas. A política pública é eminentemente finalística, isto é, está eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não

²⁵⁵ Grifos nossos. Todas as citações supra indicadas referem-se à notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal, porquanto o acórdão ainda não foi publicado. Notícias STF: quinta-feira, 9 fev. 2012. *Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha (9/2/2012)*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>. Acesso em: 26 ago. 2012.

apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados.

O ponto básico é o seguinte: para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça. É preciso, ao contrário, apelar a uma ferramenta descritiva do mundo. Na terminologia empregada por Tercio Sampaio Ferraz Jr., seria possível, então, vislumbrar-se um crescimento na importância de normas sujeitas ao controle de *validade finalística* relativamente às normas sujeitas ao controle de *validade condicional*.²⁵⁶ É neste momento que o conhecimento científico sobre o mundo social passa a ser, por assim dizer, “demandado” pelos profissionais do direito. Abre-se, assim, um novo campo de atuação *possível* para o estudioso do direito, qual seja, o de empregar os métodos e conhecimentos produzidos pelas ciências sociais para prever os efeitos concretos de diferentes normas e regimes jurídicos.²⁵⁷ Embora este *métier* específico seja recente, ele se coaduna confortavelmente com a função histórica do jurista na tradição romano-germânica como guia e auxiliar do aplicador do direito.²⁵⁸

B. O vetor organizacional: o Judiciário no centro do arranjo político

Como dissemos, a integração de métodos científicos à teoria jurídica, por incipiente que seja, também pode ser atribuída à mudança organizacional do modelo estatal. Em muitos países democráticos do Ocidente (e talvez na maioria deles), o

²⁵⁶ Segundo o autor, o controle de validade condicional é mais “formal e automático”, pois se refere à “relação autoridade/sujeito (cometimento) de uma norma”, desvinculando meios e fins. Já a validade finalística, por prescrever que “certas finalidades sejam alcançadas”, demanda “consideração mais cautelosa de aspectos empíricos (verificação de se os fins foram atingidos)”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 152-154 (acrescentando, ainda que, “[n]o direito contemporâneo prepondera a validade condicional, embora ocorram também casos de validade finalística”).

²⁵⁷ Foge ao objeto de trabalho discutir as vantagens e desvantagens comparativas de juristas e cientistas sociais (economistas, sociólogos, psicólogos etc.) na avaliação das consequências do direito na realidade social.

²⁵⁸ Não é esta, necessariamente, a função atual dos *legal scholars* no contexto norte americano. Cf. nota 100 *infra*.

Estado regulatório acabou por alçar (às vezes aberta e às vezes veladamente) o Poder Judiciário à condição de ente ativo na formulação da política pública. Isto quer dizer que o *government by policy* a que aludimos acima passou a ter, no Poder Judiciário, um ator protagonista, e não apenas coadjuvante.

Repare-se bem: a transformação no modelo de Estado a que aludimos acima não explica, por si só, a cientificização da produção acadêmica jurídica. É certo que uma regulação que não atenda plausivelmente aos seus fins normativos não será politicamente palatável. Mas daí não segue, desde logo, que estejamos diante de um problema jurídico (no sentido próprio da atividade do profissional ligado ao direito). Afinal, se ao Judiciário couber apenas o papel de fazer valer a regra gestada em outras esferas de poder, então toda a teorização jurídica deverá ser apenas interpretativa e voltada a encontrar os percursos intelectuais que permitirão ao juiz cumprir, da forma mais fiel possível, a regra que se lhe apresenta em um litígio. Quando o papel do Judiciário no grande balé institucional da formulação política é acanhado, toda a teorização jurídica apta a influenciar a decisão do juiz tende a ser *formalista* ou pautada pelas exigências de justiça apenas no caso concreto.²⁵⁹

Ocorre que este Poder Judiciário, exclusivamente reativo, passivo e despreocupado com as repercussões amplas de suas interpretações, é cada vez menos observável nos estados de boa parte do Ocidente. O caso norte-americano é muito conhecido, mas a experiência brasileira das últimas duas décadas é igualmente emblemática para ilustrar como a mudança no arranjo político cria uma demanda por certo tipo de produção acadêmica jurídica em constante flerte com as ciências sociais.

No Brasil pós-1988, o Poder Judiciário passou da periferia ao centro do arranjo político²⁶⁰. Os tribunais — e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular —

²⁵⁹ Sobre o ponto, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 57, jul./set. 2012; e RODRIGUEZ, Jose R. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, p. 41-77, May 2010. Há, evidentemente, exceções, a depender do conteúdo da lei e da estratégia adotada pelo Judiciário. Os juízes italianos alegadamente resistiram ao fascismo aplicando de forma mais literal possível a legislação existente. Cf. CALABRESI, Guido. Two functions of formalism: in memory of Guido Tedeschi. *University of Chicago Law Review*, v. 67, p. 479, 2000. O mesmo fenômeno é observável em inúmeros outros casos, inclusive em muitas das posições conservadoras da Suprema Corte dos Estados Unidos.

²⁶⁰ Esta discussão consta de Salama, *O fim da responsabilidade limitada*, op. cit.

foram alçados à condição de *Poder Moderador*, como bem observou Oscar Vilhena.²⁶¹ Assim, o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao Exército passou a ser ocupado pelo STF. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil — ora negativamente, contrabalançando o excesso, ora positivamente, contrabalançando a inação; e, nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos (e desincentivos) para toda sorte de atividades. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* — muitas vezes a contragosto, ocasionalmente com certo júbilo — para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.

Engana-se quem pensa que a interface das ciências sociais com o direito seja, então, fenômeno apenas norte-americano. Por conta dessa centralidade do Poder Judiciário no arranjo político brasileiro, multiplicaram-se os estudos sobre o STF, tanto nas faculdades de direito quanto nos programas de sociologia, história e ciência política. Há também um aspecto concreto que toca à vida de todos, às vezes de forma teatral. Tão logo proferidas, algumas decisões do Supremo migram para os editoriais jornalísticos, para as pesquisas de opinião, para as redes sociais e para as conversas do dia a dia. Embora a relevância do STF não seja propriamente nova, sua atual proeminência é incomparável.

Nos dizeres de Oscar Vilhena, vivemos hoje em uma *supremocracia*: o processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo teria ganhado, no Brasil, contornos ainda mais acentuados.²⁶² Quando Kelsen procurou justificar a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, recorreu a uma argumentação eminentemente negativa: caberia a elas resguardar a autoridade da Constituição diante de leis e atos que desafiassem seu conteúdo.²⁶³ Isso parece ter

²⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo Poder Moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme Mota; SALINAS, Natasha S. C. *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁶² Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-463, 2008.

²⁶³ V. KELSEN, Hans. *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates*. Trad. port. de Alexandre Krug. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-186.

mudado.²⁶⁴ O controle de políticas públicas e a edição de súmulas vinculantes, por exemplo, revelam, também por aqui, a dissolução das funções estatais preconizadas pelos clássicos da teoria do Estado.²⁶⁵

C. O vetor jurídico: a consequência como ligação entre meio jurídico e fim normativo

Evidentemente, este quadro repercutiu também na técnica jurídica. No último século, o pilar dos sistemas jurídicos ocidentais migrou do direito privado ao direito público. Concomitantemente, a aplicação direta de princípios — atualmente reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas vinculantes e autoaplicáveis — tornou-se cada vez mais frequente.²⁶⁶ A simples descrição “pura” de regras, prescindindo do exame da conduta humana, e a aplicação do raciocínio lógico-dedutivo ficam prejudicadas nesse novo contexto.

A aplicação do teste de proporcionalidade para solucionar conflitos entre princípios (entendidos por Alexy como “mandamentos de otimização”,²⁶⁷ ou seja, normas que estabelecem que algo deva ser realizado, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, na maior medida possível) incorpora à técnica decisional jurídica elementos tradicionalmente vistos como “extrajurídicos” e ligados às consequências de diferentes regimes. Na lição de Humberto Ávila, “[o] postulado da

²⁶⁴ Novamente Vieira, *Supremocracia*, op. cit., p. 454-456.

²⁶⁵ ACKERMAN, Bruce A. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, n. 113, p. 633-729, 2000.

²⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-16. Contraste-se o entendimento contemporâneo com a visão dos princípios constitucionais dominante entre os juristas no passado. Pontes de Miranda, ao comentar o art. 145 da Constituição de 1946, que tratava dos princípios conformadores da ordem econômica, conclui que “o texto é mera recomendação. Não há sanção para infração dele. Os legisladores que a ele não obedecem, escapam a qualquer restrição legal”. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahem Editor, 1947. v. IV, p. 9.

²⁶⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1985). Trad. port. de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91: (“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”).

proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção nas suas mais variadas manifestações”. Em vez disso,

[e]le se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro(s) meio(s) menos restritivo(s) dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).²⁶⁸

O problema é que a correta aplicação de princípios mediante o teste de proporcionalidade depende, em muitos casos, e talvez na maioria deles, de dados empíricos ou pelo menos de juízos probabilísticos sobre os esperados efeitos concretos de diferentes normas.²⁶⁹ Assim, a questão distintiva do sistema jurídico relativamente aos demais sistemas — a diferenciação do lícito do ilícito²⁷⁰ — tem sido respondida não somente pelo apelo à interpretação de normas abstratas, mas também com fundamento em juízos de causalidade sobre o efeito das normas no mundo dos fatos. Esta é, anote-se, uma observação sobre a prática e a praxe da operação do direito no Brasil: um dado sociológico e não uma proposição filosófica.

²⁶⁸ Ávila, *Teoria dos princípios*, op. cit.

²⁶⁹ Neste sentido, POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. p. 7 (defendendo sua versão de adjudicação pragmática como aquela em que o juiz “is drawn to the experimental scientist, whom [the pragmatist judge] urges us to emulate by asking, whenever a disagreement arises: What practical, palpable, observable difference does it make to us?”). Contra, ver DWORKIN, Ronald. In praise of theory. *Arizona State Law Journal*, v. 29, p. 353, 1997. E, ainda, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁷⁰ Cf. Neves, *Entre Têmis e Leviatã*, op. cit., nota 244, para uma análise da visão de Niklas Luhmann.

III. As consequências como condição de incidência normativa

A utilização do saber científico na aplicação do direito está longe de ser fenômeno recente. Por certo, é lição clássica de história do direito que, na Idade Média, a averiguação da ocorrência ou não de determinados fatos era delegada a instâncias sublimes, mediante a utilização dos chamados *ordálios* ou juízos divinos. A sobrevivência na prova — a do ferro em brasa ou da água fervendo, *ordálios unilaterais*, ou em duelo, *ordálio bilateral* — indicaria a inocência do acusado relativamente ao ato criminoso imputado.²⁷¹ Entretanto, com o avançar do pensar racionalista — e dos correlatos avanços da prática jurídica para acomodar meios mais sofisticados e racionais de prova —, o saber científico foi crescentemente chamado para auxiliar na verificação da ocorrência de fatos que integram o suporte fático da norma.

A. O papel das ciências na determinação dos fatos que integram o suporte fático

A primeira e mais rudimentar espécie de utilização do saber científico na aplicação do direito refere-se à averiguação concreta de fatos que constituem o suporte fático (*Tatbestand*) de normas jurídicas.²⁷² A ciência é aqui convocada para determinar a verificação ou não, no mundo da vida, de *fato* previsto, *in abstracto*, pela regra jurídica. Exemplificativamente, o médico legista opinará como perito, na fase instrutória do processo, sobre a ocorrência, o horário e a causa do evento *morte*, esta última elemento do suporte fático de diversas regras jurídicas de direito penal e

²⁷¹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 88.

²⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Atualização: MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: RT, 2012, p. 77 ("O suporte fático (*Tatbestand*) da regra jurídica, isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide, pode ser da mais variada natureza: por exemplo, *a*) o nascimento do homem, *b*) o fato físico do mundo inorgânico, *c*) a doença, *d*) o ferimento [etc.] (...). É incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrar no mundo jurídico, — que o mesmo é dizer-se pode tornar *fatos jurídicos*"). Acrescenta Pontes, ainda, que "a probabilidade dos fatos, positivos ou negativos, pode ser suporte de regras jurídicas. Sempre que a regra jurídica se satisfaz com o risco, o perigo, ou a ameaça, faz suficiente suporte fático seu a probabilidade". *Ibid.*, p. 85.



sucessório, por exemplo. O saber técnico do engenheiro é igualmente considerado a fim de determinar-se a existência de erro de cálculo na formulação de projeto de construção, sendo este último elemento hábil à configuração de culpa e do nexo causal como requisitos para a responsabilidade civil do construtor pela queda de um prédio (art. 186, Código Civil).

Nesse sentido, aos avanços das ciências duras e à oferta de testes científicos a baixo custo corresponde um aumento por sua demanda na esfera jurídica. As evidências científicas, assim, paulatinamente substituíram as presunções absolutas (*jure et de jure*) antes impostas por regra legal em época na qual os benefícios da produção de prova eram certamente superados por seus custos. Para ilustrar, sob o Código de Hamurabi, que vigeu no século XVIII a.C. na antiga Mesopotâmia, se um construtor edificasse uma casa para homem livre e a casa caísse causando a morte do dono da casa, o construtor poderia ser morto.²⁷³ Esta pena fazia parte do esquema de regulação vigente à época, e presumivelmente estava associada à ideia de que um “arquiteto” nesta situação provavelmente tomaria muito cuidado para evitar que a casa caísse. A ideia de responsabilização baseada na culpa — e para se averiguar a culpa é preciso relativa sofisticação técnica — só viria muitos séculos depois com a releitura humanista da ética aristotélica.²⁷⁴

A mudança no tratamento jurídico e as presunções relacionadas à filiação também ilustram essa tendência. Ao passo que, sob a égide do Código Civil de 1916 (arts. 338-340), vedava-se ao marido contestar a paternidade de filho de sua esposa, desde que com ela houvesse coabitado “nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho”, tal óbice foi expressamente afastado pelo Código Civil de 2002.²⁷⁵ De forma semelhante, desapareceu o papel do casamento como fonte de legitimação e de reconhecimento jurídico da prole, sendo constitucionalmente garantido o tratamento igualitário a

²⁷³ Código de Hamurabi: “229. *If a builder build a house for some one, and does not construct it properly, and the house which he built fall in and kill its owner, then that builder shall be put to death*”. Disponível em: < www.avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp >. Acesso em: 29 ago. 2012.

²⁷⁴ Cf. GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 159.

²⁷⁵ “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”



todos os filhos (Constituição Federal, art. 226, § 6º). Para além de razões de ordem moral, uma razão determinante para a transformação é, sem dúvida, o avanço da ciência e da técnica — especificamente, a ampla disponibilidade, a baixo custo, do exame de DNA apto a determinar a filiação natural.²⁷⁶

Ressalte-se, porém, que esse primeiro estágio de cientificização da aplicação do direito não trouxe repercussões significativas para o funcionamento do direito e o ofício de seu operador. Afinal, o saber científico acionado é, sem exceção, fornecido por peritos em outras áreas do conhecimento, em momento processual oportuno. O advogado pode, sem maiores hesitações, informar seu cliente sobre as consequências jurídicas de um resultado positivo ou negativo de um exame de DNA. Da mesma forma, uma vez produzida a prova técnica, o silogismo judicial opera de modo habitual.

B. O papel da ciência quando a consequência de um fato integra o suporte fático

Um *segundo* estágio, com implicações mais profundas, refere-se à crescente adoção de normas cujo suporte fático inclui não apenas a ocorrência de um fato pretérito, considerado de forma estática, mas as *consequências* efetivas desse fato. Aqui a ciência (social) — sobretudo a economia — é chamada a examinar as consequências positivas ou negativas de um dado fato ou conduta, que, por sua vez, determinará a incidência ou não da norma. O direito concorrencial comparado fornece-nos profícuo exemplo desta nova técnica regulatória.

²⁷⁶ Por certo, o direito à contestação da paternidade genética, por parte do suposto genitor, tem sido flexibilizado quando presente, no caso concreto, a chamada “paternidade socioafetiva”. A *ratio* desse posicionamento jurisprudencial é, mais uma vez, a valorização dos fins refletidos em princípios em detrimento de regras legais, a refletir a preocupação com as consequências deletérias para o suposto filho que tem o vínculo afetivo contestado. Ver Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.059.214. Quarta Turma. Relator min. Luis Felipe Salomão. J. 16/2/2012. DJ 12/3/2012 (citando a conclusão do laudo elaborado por psicóloga de que “a ré está vivendo, há dois anos, uma situação traumática. Sua identidade pessoal foi ameaçada por Pedro Paulo, teve prejuízo em sua autoestima e no seu sentimento de confiança pelas pessoas que a cercam”).

No passado, o direito antitruste apresentava regras claras (as chamadas *per se rules* do direito norte-americano) que caracterizavam como ilícitas determinadas condutas. Assim, no período de 1911 a 2007, as cláusulas contratuais em contratos de distribuição que fixavam preço mínimo para a revenda de determinado produto eram consideradas ilegais no direito norte-americano. Mais recentemente nos Estados Unidos — e hoje igualmente no Brasil e na União Europeia —, adota-se um regime que repudia o controle formal (legalista) implícito nas regras *per se*. Em vez disso, a ilicitude ou não do arranjo dependerá dos seus presumíveis (ou comprovados, a depender do caso) efeitos concretos pró- ou anticompetitivos, conforme o poder de mercado empiricamente verificado das empresas em questão. Trata-se da chamada “regra da razão” (*rule of reason*), na expressão norte-americana, referida pelo direito europeu, de forma mais explicativa, como “*effects-based analysis*.”²⁷⁷

Assim como o avanço da genética conduziu ao abandono de presunções em matéria de direito de família, o progresso da economia permitiu a eliminação de presunções absolutas no direito concorrencial. Enquanto o modelo fundado em regras *presume* as consequências de determinadas condutas (banindo condutas que tendem a ter efeitos negativos), a *effects-based analysis* traz para o processo a discussão sobre a prova dos efeitos da conduta em cada caso. A fim de determinar a existência ou não de tais efeitos anticompetitivos que integram o suporte fático da norma, economistas e econometristas atuam como peritos. Tal mudança, contudo, não é isenta de riscos: no modelo anterior a licitude ou não da conduta é previsível *ex ante*, pois decorria da mera leitura e interpretação da norma; já no regime atual a ilicitude decorre de dados e cálculos complexos apenas compreensíveis pelos especialistas na área, com possível dano ao ideal da previsibilidade que pauta o Estado de direito.

²⁷⁷ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario. *From “per se” to “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: the examples of EU and Brazilian competition law (working paper não publicado, 2012).*

C. O papel da ciência quando as consequências de uma norma determinam sua aplicação

A verdadeira revolução no papel do jurista — cujas repercussões para o funcionamento do sistema jurídico ainda não foram suficientemente apreendidas — decorre justamente de seu papel como aplicador de princípios e implementador de políticas públicas. O fator diferenciador, relativamente ao tirocínio jurídico tradicional, que subjaz à aplicação de princípios e aos juízos de proporcionalidade, é justamente a integração das consequências da norma como elemento que determina a validade ou incidência da norma no caso concreto. Isto é, a norma incidirá ou não a depender de suas presumíveis consequências futuras.

Nas regras jurídicas tradicionais, os fatos referidos no suporte fático estão no passado. Assim é no crime de homicídio, para apenas citar um exemplo simplório (“Art. 121. Matar alguém: Pena — reclusão, de seis a vinte anos”). Radicalmente diferente é a técnica utilizada na aplicação de princípios, na ponderação dos quais são necessariamente apreciados os efeitos futuros de um ou outro cenário para, então, optar-se pela incidência ou não da regra. Tanto assim que, ao pontuar as limitações do modelo de incidência ponteano à aplicação de princípios jurídicos, observaram os atualizadores do *Tratado de direito privado* que — diferentemente das regras, “normas imediatamente descritivas de comportamento” — “os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que, ao invés de descreverem comportamentos, estabelecem um ‘estado ideal de coisas’ (isto é, um fim) cuja realização implica a adoção de determinados comportamentos.”²⁷⁸

É neste contexto que se faz necessário recorrer às ciências sociais — sobretudo à teoria dos preços da microeconomia — para prever, com um mínimo de racionalidade, quais estados de coisas resultarão da aplicação de um ou outro regime jurídico. Exemplo disto é dado pela decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946. Nela se discutia se o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que fixava em R\$ 1.200 o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social, seria constitucional relativamente à licença

²⁷⁸ Miranda, *Tratado de direito privado*, op. cit., Tomo I, p. 80 (inclusão dos atualizadores).



gestante.²⁷⁹ O caso é paradigmático não apenas por reconhecer a inconstitucionalidade da emenda constitucional (ainda que sem redução de texto), como também por alicerçar sua fundamentação precisamente nas prováveis consequências deletérias de uma interpretação literal da norma quanto à posição da mulher no mercado de trabalho. Assim observou o Tribunal:

Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira *facilitada* e *estimulada* a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,000, para não ter de responder pela diferença.²⁸⁰

A decisão de conferir interpretação conforme a Constituição, excluindo a licença gestante do alcance da regra do art. 14 da Emenda Constitucional 20 de 1998, deveu-se à percebida falta de adequação entre meio jurídico (limitação do pagamento da licença maternidade pela previdência social, transferindo-se o respectivo ônus ao empregador) e o fim normativo consagrado pelo texto maior de combater a discriminação à mulher no mercado de trabalho. Nesse contexto, conclui a Corte que, “à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII [que consagra “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”], a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”.²⁸¹

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946-DF. Tribunal Pleno. Rel. min. Sydney Sanches. J. 3/4/2003.

²⁸⁰ Ibid., ementa.

²⁸¹ Ibid.



Vejamos outro exemplo: a decisão do STF que discutiu a compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009 de 1990, e a garantia do direito à moradia prevista pelo art. 6º da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Segundo o voto vencedor, de relatoria do ministro Cezar Peluso, que reconheceu a constitucionalidade da regra, “os proprietários no Brasil são poucos”, justificando-se, assim, o “estímulo à habitação arrendada” presumivelmente promovido pela regra questionada. Conclui, então, que a eventual declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo, “romperia (sic) equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.²⁸²

A decisão, portanto, não somente alude a fatos da realidade social fora do alcance imediato da norma em questão (por exemplo, a proporção de brasileiros que são proprietários de imóveis), mas também tira ilações de causalidade entre a regra de penhorabilidade do bem de família do fiador e a operação do mercado de locações. É bem verdade que nem sempre o STF ou outros tribunais do país utilizam expressamente a retórica da lei como mecanismo de “estímulo” a determinados comportamentos, tal qual a decisão mencionada. Contudo, com frequência se atingem os mesmos objetivos através do vocabulário da “proporcionalidade” — e é talvez por isso que ainda não se tenha refletido de forma cuidadosa sobre como lidar com as afirmativas empíricas controversas suscitadas por este tipo de exame.²⁸³

É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos — teóricos, empíricos ou experimentais — nos moldes das demais

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688-8. Tribunal Pleno. Rel. min. Cezar Peluso. J. 8/2/2006.

²⁸³ ARGUELHES, Diego; PARGENDLER, Mariana. Custos colaterais da violência no Brasil: rumo a um direito moldado pela insegurança? *Revista Direito GV*, 2012 (no prelo). Ver, também, SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 218: (“O problema com a ‘fórmula da ponderação’ está menos na sua aptidão para modelar adequadamente o ‘balanceamento’ de princípios tal como levado a efeito por juízes e tribunais e mais no que ela pressupõe quanto à obtenção dos dados necessários para que possa efetivamente ser aplicada. O problema, noutras palavras, não está no lado dos resultados nem na definição da ‘regra de transformação’ que a fórmula exprime, mas em como assegurar o acesso aos valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula”).



ciências. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso a moradia de não proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente. As decisões acima referidas — relativas à Lei Maria da Penha, à Emenda Constitucional nº 26 e à Lei do Bem de Família — são meramente ilustrativas das considerações consequencialistas, não raro amparadas em raciocínio econômico, de que se tem valido o STF.

D. Judiciário e consequencialismo

Falamos em consequencialismo aliado a raciocínio econômico, duas ideias pouco estudadas no Brasil, e por isso aqui cabe uma advertência: o raciocínio consequencialista é muitas vezes econômico em um sentido bem específico, a saber, no sentido de que os precedentes judiciais criam incentivos. Mas o que são, afinal, incentivos?²⁸⁴ Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Por exemplo, em geral os consumidores irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Ora, o ponto, então, é o de que precedentes judiciais criam incentivos justamente porque estabilizam expectativas sobre as regras do jogo. E, ao fazê-lo, alteram os custos relativos de diferentes condutas. Tornam, portanto, certas condutas mais prováveis que outras. É deste modo que a jurisprudência afeta condutas futuras da coletividade.

De fato, há hoje no Brasil uma multiplicidade de casos em que a Corte tece juízos sobre os prováveis efeitos concretos de diferentes normas para, então, concluir sobre a sua compatibilidade ou não com a ordem constitucional brasileira. Bem ilustram esse método as decisões do STF sobre (i) a inconstitucionalidade da Lei nº 8.620/93, que responsabilizava o sócio de responsabilidade pelo inadimplemento de

²⁸⁴ Para uma explicação detalhada, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.

contribuições previdenciárias pela sociedade, por violação ao princípio da livre iniciativa;²⁸⁵ (ii) a constitucionalidade do dispositivo da lei de falências que impõe limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas;²⁸⁶ (iii) a exigência constitucional de estender-se os efeitos jurídicos da união estável às uniões homoafetivas;²⁸⁷ (iv) a constitucionalidade da adoção de cotas raciais por universidades brasileiras;²⁸⁸ e até mesmo (v) a inconstitucionalidade da criminalização de aborto de feto anencéfalo.²⁸⁹ Cada um desses casos reflete seja a utilização efetiva, seja a potencial demanda por estudos que fundamentem ou neguem os substratos fáticos e os juízos de causalidade realizado pela Corte como fundamento à sua decisão nos casos concretos.

Em suma, tudo que se disse anteriormente significa que o Poder Judiciário de muitos países, incluindo-se o Brasil, está envolvido até o pescoço com a formulação de políticas públicas. E assim — quer gostem, quer não gostem, quer o façam aberta

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 526.276. Tribunal Pleno. Rel. min. Ellen Gracie Northfleet. J. 3/11/2010 (“O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição”). A conclusão de que a responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais inibe a iniciativa privada é um juízo de causalidade falsificável — e, com efeito, contestado por alguns estudos empíricos. Veja-se, por exemplo, o estudo empírico de Mark Weinstein, segundo o qual não há evidências de que o sentido de que o advento da responsabilidade limitada na Califórnia entre 1929 e 1931 teve qualquer efeito no valor das ações de companhias abertas californianas. WEINSTEIN, Mark. Share price changes and the arrival of limited liability in California. *Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 1, p. 1-25, 2003.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 27/5/2009. Nas palavras do min. relator, “forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico”.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto. J. 5/5/2011. O voto do min. Marco Aurélio faz referência expressa ao fato de o Brasil ocupar o primeiro lugar no *ranking* de homicídios anuais contra homossexuais para fundamentar a sua decisão pela procedência da ADI, em mais um passo para o Brasil vencer “a guerra desumana contra o preconceito”.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 26/4/2012. Segundo veiculado no sítio do STF, o ministro Gilmar Mendes fundamentou sua decisão no baixo número de negros nas universidades brasileiras e na “dificuldade quase lotérica” de seu acesso à universidade. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>. Acesso em: 26 ago. 2012.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Tribunal Pleno. Rel. min. Marco Aurélio de Mello. J. 11/4/2012 (fundamentando sua decisão, *inter alia*, nos “[d]ados apresentados na audiência pública”, os quais “demonstram que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família”).

ou veladamente — seus integrantes estão irresistivelmente impingidos a pensar seriamente sobre relações de adequação entre meios jurídicos e fins normativos, relações essas que não podem ser obtidas somente com a filosofia, a lógica, a filologia ou a gramática. Como se vê, trata-se de um Poder Judiciário, ousamos dizer, ávido por estudos que articulem a interpretação do texto da lei com suas prováveis repercussões práticas.

É bem verdade, por sua vez, que as implicações do novo modelo de aplicação do direito em muito ultrapassam a transformação da produção acadêmica em direito para atingir, igualmente, o funcionamento do processo judicial. No sistema tradicional de interpretação silogística aplicam-se regras a fatos pretéritos, os quais são objeto da fase instrutória e de eventual audiência de instrução com a oitiva das partes e testemunhas. Tal como se dá com a literatura jurídica, são visíveis, embora ainda incipientes, no âmbito processual, as mudanças no sentido da adequação dos procedimentos ao papel central do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas. Exemplo notável de um primeiro passo rumo a tal adaptação teve lugar com a previsão legal e a crescente realização de audiências públicas²⁹⁰ — mecanismo típico de órgão formulador de políticas públicas — pelo STF em sede de ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, um dos fóruns para a influência da produção do jurista-cientista social.²⁹¹

Ressalte-se, ademais, que a ênfase acima conferida à incorporação da produção do jurista-cientista social pelo Poder Judiciário deve-se ao fato de ser este

²⁹⁰ A Constituição refere-se às audiências públicas com a sociedade civil quando trata da competência das comissões das casas do Congresso Nacional (art. 58, § 2º, II). Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>. Acesso em: 26 ago. 2012.

²⁹¹ Art. 9º, § 1º e art. 20, § 1º da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, *in verbis* ("Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria"). Outras inovações institucionais têm sido sugeridas pela doutrina e mais certamente virão. Veja-se, nesse sentido, GOUVÊA, Carlos Portugal. Democracia material e direitos humanos. In: AMARAL JR., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 99-121. O autor defende a criação de um "Conselho Constitucional de Desenvolvimento Social e Econômico", encarregado de "apresentar relatórios públicos de análise distributiva de custo-benefício de suas políticas públicas", a cujo saber técnico o Judiciário poderia recorrer na implementação de políticas públicas por via judicial. *Ibid.*, p. 118.

órgão, presumivelmente, o último reduto da aplicação do direito desligada de uma preocupação com os efeitos fáticos da decisão. Este fenômeno é ainda mais acentuado — e, portanto, a correspondente produção acadêmica ainda mais demandada — em outros órgãos estatais, como as agências reguladoras e demais autarquias. Embora o Brasil não consagre a exigência de elaboração formal de uma análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) previamente à implementação de instrumentos normativos em sede administrativa, tal como ocorre nos Estados Unidos,²⁹² a versão nacional mais branda — a chamada análise de impacto regulatório — vem progressivamente ganhando espaço.²⁹³ A par disso, as decisões de agências reguladoras brasileiras — conquanto formalmente adstritas à aplicação da lei e da normatização infralegal — lançam mão com grande frequência de argumentos relativos aos efeitos concretos de sua decisão.

Os exemplos nesse sentido são tantos que inviabilizam uma análise mais detida. Vejamos, a título ilustrativo, a decisão do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no paradigmático caso Tractebel. Ao interpretar o art. 115, parágrafo 1º, da Lei nº 6.404 de 1976²⁹⁴ (Lei das Sociedades por Ações), a Comissão concluiu que basta a configuração do conflito *formal* de interesses entre o controlador e a companhia para obstar àquele o exercício do direito de voto em assembleia.²⁹⁵ Para além de aludir ao texto legal do referido dispositivo, o diretor relator referiu que,

²⁹² Com a adoção da *cost-benefit analysis*, incumbe aos tribunais examinar se tal ponderação foi efetivamente realizada de forma adequada pelo órgão regulador. Cf. a recente e controversa decisão do DC Circuit nos Estados Unidos, a qual invalidou os regulamentos recém-promulgados pela Securities and Exchange Commission, segundo mandamento do Dodd-Frank Act, por considerar que a Comissão não considerou adequadamente as consequências econômicas das novas regras, assim violando o Administrative Procedure Act. *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144 (D.C. Cir. 2011).

²⁹³ O estudo de Salgado e Borges detalha a origem histórica da análise de custo-benefício em sede regulatória e a sua progressiva introdução no país, afirmando que “o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, (...) representa o esboço de uma primeira iniciativa em AIR [análise de impacto regulatório] no Brasil”. SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória*. IPEA: *Texto para Discussão n. 1463*, 2010. p. 19. Relatam os autores, ainda, a realização de nada menos do que 2.402 audiências públicas pelas agências reguladoras federais entre 1998 e 2008.

²⁹⁴ Assim dispõe o mencionado dispositivo: “o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

²⁹⁵ CVM. Processo Administrativo n. RJ 2009-13179. Interessado: Tractebel Energia S.A. Assunto: Recurso contra entendimento da SEP, a respeito da possibilidade do acionista controlador, GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda., votar na assembleia sobre a aquisição de ações da Suez Energia Renovável S.A. Diretor-relator: Alexsandro Broedel Lopes. J. 9/9/2010.



em busca de “uma solução ótima para o problema em questão”, a análise começa por “avaliar os incentivos”. Diante do “risco *ex ante* de que ele não se comporte segundo os interesses dos minoritários”, conclui que, “se nenhuma medida for tomada para alinhar interesses”, “o minoritário deixará de contratar com a companhia”, pois “sua riqueza poderá ser transferida para outra empresa do controlador”.

Além disso, a decisão expressamente rechaça o argumento contrário de que “tal restrição de voto teria efeitos deletérios na dinâmica empresarial e na formação de contratos entre as partes interessadas”, afirmando inexistir “comprovação empírica deste argumento, nem embasamento teórico”. Citou, ainda, o estudo dos economistas Djankov e colaboradores, o qual propõe o mecanismo de restrição de voto como forma eficiente de proteção da minoria acionária.²⁹⁶ A utilização do raciocínio econômico e de estudos empíricos que tratam dos efeitos de regras jurídicas como incentivos dificilmente poderia ter sido estampada de forma mais clara.

IV. O papel da doutrina jurídica como não ciência

Até aqui, argumentamos que o surgimento do que se poderia chamar de jurista “cientista social” explica-se pela transformação dos modelos de Estado e de aplicação do direito nos últimos 50 anos. A pergunta que ora se põe é a seguinte: a produção jurídica nos moldes das ciências sociais irá absorver as demais modalidades de produção jurídica? Estará a *doutrina* jurídica,²⁹⁷ tão bem representada por manualistas e comentaristas, com seus dias contados? A resposta é, a nosso ver, negativa. Apesar da crescente demanda por trabalhos que examinem os efeitos das

²⁹⁶ Ibid. Cf., também, DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANEZ, F.; SHLEIFER, A. The law and economics of self-dealing. *Journal of Financial Economics*, n. 88, p. 430, 2008.

²⁹⁷ O conteúdo e o estilo da doutrina variam ao longo do tempo e nas diferentes tradições jurídicas. Para uma excelente reflexão sobre o significado e a evolução histórica da noção de *doctrine* no direito francês, cf. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004. No contexto brasileiro, fala-se hoje em uma “crise da doutrina”, ocasionada, entre outros fatores, pela drástica expansão no número de publicações jurídicas nos últimos anos — expansão esta que não raro se deu em detrimento da qualidade dos estudos. A esse respeito, ver Rodriguez Junior, Dogmática e crítica da jurisprudência, op. cit., p. 86-87.



normas jurídicas no mundo real, o jurista enquanto formulador de doutrina não falsificável (logo, livre do método científico e da empiria, e portanto, propriamente dogmática) deve subsistir.

A transposição para o direito do espírito científico — hipótese, experimentação, verificação, conclusão — tem limites muito claros, e a produção doutrinária não científica preenche um papel fundamental. Em primeiro lugar, a divisão do trabalho e a especialização são relevantes. Por conta da sua formação, os juristas não possuem, em princípio, vantagem comparativa ao realizarem trabalho empírico. É bem verdade que seu contato direto com as *entranhas* da burocracia estatal e seu manejo diário de ferramentais institucionais como contratos e ações judiciais lhes dá acesso e lhes despertam a curiosidade para questões e temas que dificilmente ocorreriam aos economistas e sociólogos. Ainda assim, a desvantagem do ponto de vista do aparato metodológico pode facilmente transformar bons juristas em maus economistas ou maus sociólogos. Um ponto adicional é que a própria amplitude com que se produz doutrina não científica em direito dá, por si só, a dimensão da sua importância; na terminologia econômica, chamaríamos isso de *preferência revelada* pelo mercado consumidor (e estamos aqui a tratar, claro, do “consumo” de doutrina jurídica não científica).²⁹⁸

É possível, contudo, caminhar um pouco mais na análise deste “apetite” por doutrina jurídica entre os profissionais ligados à feitura, interpretação e aplicação do direito. Ao contrário do que possa parecer, os problemas da doutrina jurídica como não ciência são comuns àqueles observáveis na doutrina econômica. O ponto é sutil e talvez contraintuitivo, porque é bastante comum pensar-se na economia como ciência e no direito como dogma. Esta simplificação, contudo, é enganosa.

²⁹⁸ Embora, em tempos atuais, a proporção de trabalhos de cunho doutrinário seja mais elevada fora dos Estados Unidos, tal não quer dizer que inexista demanda naquele país. Uma anedota alegadamente verídica narra uma conversa entre um juiz da Suprema Corte norte-americana e um professor de direito constitucional. Diante de um debate sobre a utilização da experiência comparada como inspiração, o juiz sugeriu que seria extremamente útil se os professores escrevessem artigos sobre a experiência de diferentes países com um ou outro instituto — ao que o professor teria respondido: “eu não sou seu assistente de pesquisa; você é como um inseto que eu estudo”.



Desde a obra clássica de John Neville Keynes (pai de Maynard Keynes, seu filho ilustre) já se entende que a economia tem três dimensões:²⁹⁹ uma dimensão positiva (propriamente científica), uma dimensão normativa (ramo da ética aplicada) e uma arte (sua aplicação).³⁰⁰ Dizer que a economia tem uma dimensão científica significa que o seu objeto de estudo pode — em princípio, pelo menos — ser dominado através da técnica e do cálculo. Dizer que possui uma dimensão ética significa reconhecer que existem problemas que não se resolvem mesmo que dominássemos completamente as relações de causa e efeito no mundo.³⁰¹ Aqui a formulação radical de Tolstói é esclarecedora: “A ciência carece de sentido, pois não tem resposta alguma para a única questão que nos interessa — ‘Que devemos fazer? Como devemos viver?’”.³⁰² Por fim, dizer que a economia tem uma dimensão de arte significa que a utilização de ideias econômicas na formulação e execução da política pública não é, nem nunca foi, um empreendimento propriamente científico. E há mais: no campo da arte, ao contrário da ciência, não existe nenhum progresso.

Um exemplo utilizado por Neville Keynes — estamos falando de algo escrito em 1891 — ilustra bem esta tripartição da economia. Consideremos o fenômeno do pagamento de juros.³⁰³ Uma questão, dizia Neville Keynes, é entender por que se pagam juros e que fatores determinam a sua taxa: esta é uma investigação positiva, logo uma questão para a ciência econômica. Outra questão diz respeito ao

²⁹⁹ KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Londres: Macmillan, 1891.

³⁰⁰ Para uma discussão detalhada do tema, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. The art of law & macroeconomics. *University of Pittsburgh Law Review*, n. 2, v. 74, 2012. Disponível em: <www.works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/70> (“Neville Keynes wrote [The scope and method of political economy] in reaction to a controversy over the epistemological character and method of economics that was central to economic thinking in his time — and in fact, one that haunts the economic profession until today. The controversy is related to whether economics is a scientific endeavor that establishes hypotheses based on the deduction of assumed truths about the world (such as that men rationally maximize utility), or whether economics is an examination of the workings of institutions considered in a specific historical setting (...) he proposed that economics should be viewed as partly a positive science concerned with finding truths about how the world works; partly an ethical inquiry; and partly an art concerned with practical precepts for action. What Neville Keynes did, therefore, was to posit the existence of a third dimension — the ‘art’ of economics — which should be added to the two standard ones (positive and normative economics)”).

³⁰¹ É por isso, aliás, que faz sentido pensar na análise jurídica como tendo — para além da discussão exclusivamente descritiva ou prescritiva — também uma dimensão avaliativa. Sobre o tema, ver BLACKBURN, Pierre. *Logique de l’argumentation*. 2. ed. Saint-Laurent: ERPI, 1994. p. 77-79.

³⁰² Apud WEBER, Max. A ciência como vocação. In: _____. *Três tipos de poder e outros escritos*. Lisboa: Tribuna da História, 2005. P. 18. Disponível em: <www.lusosofia.net>.

³⁰³ Keynes, *The scope and method of political economy*, op. cit., p. 21.



que seja uma taxa de juros justa (aquela que reflete o custo de oportunidade? Ou será que certas pessoas deveriam poder pagar juros inferiores por critérios de justiça distributiva? Etc.). Esta questão não é científica, mas diz respeito ao que Neville Keynes chamou de “ética da economia política”.³⁰⁴ Um terceiro problema, distinto dos dois anteriores, é o debate aplicado (em vez de apenas teórico) sobre se o Estado deve interferir sobre acordos privados acerca do pagamento de juros, e, em caso positivo, que meios deve empregar para que o objetivo ético desejado possa ser atingido, pelo menos aproximadamente.³⁰⁵ A formulação de preceitos econômicos (*economic precepts*) desse tipo é objeto da “arte da economia política”.

É possível dar ainda mais concretude a tais ideias ilustrando-as com um exemplo familiar. Consideremos as crises econômicas do mundo em desenvolvimento das décadas de 1980 e 1990. Um diagnóstico *científico* foi o de que os países em crise haviam sido excessivamente protecionistas e seus governos demasiadamente interventores e perdulários (evidentemente, havia diagnósticos *científicos* bastante distintos, até mesmo opostos, como é comum nas ciências sociais). Um problema ético imbricado com este diagnóstico era se os apertos fiscais alegadamente necessários para melhorar a condição econômica desses países seriam justos com suas populações pobres. Um terceiro problema — nem científico nem ético, mas apenas aplicado — era encontrar a doutrina econômica própria para lidar com as crises econômicas. Como se sabe, uma das doutrinas econômicas mais influentes no período — composta por 10 mandamentos claros e inteligíveis chamados de “Williamson’s Ten Points”³⁰⁶ — foi aquela apelidada de “Consenso de Washington”.

De fato, as doutrinas econômicas receberam, ao longo dos séculos, apelidos não menos curiosos do que muitas doutrinas jurídicas muito comuns até hoje. Um exemplo emblemático pode ser encontrado na conhecida doutrina do *laissez-faire*, *laissez-passer*, ainda cunhada pelos fisiocratas franceses. Embora menos em voga em tempos recentes, acostumamo-nos aqui a ouvir falar da “industrialização por substituição de importações”, popularíssima no Brasil após a Segunda Guerra

³⁰⁴ Ibid., p. 22.

³⁰⁵ Ibid., p. 22, 32-33.

³⁰⁶ WILLIAMSON, John. What Washington means by policy reform. In: ____ (Ed.). *Latin American readjustment: how much has happened*. Washington: Institute for International Economics, 1989.

Mundial, e de seu desdobramento após a crise econômica de fins da década de 1970 — “exportar é o que importa”. Outras doutrinas econômicas entraram para a história com termos mais técnicos, como o *mercantilismo*, o *socialismo*, o *desenvolvimentismo*, e assim por diante. Cada um desses pensares econômicos continha um diagnóstico que se propunha científico, uma filosofia ética e um conjunto de proposições de caráter prático, do tipo regras de bolso, que compunham sua *doutrina*.

E anote-se: essas proposições práticas — por exemplo, no caso de Consenso de Washington, privatizar, proteger direitos de propriedade, adotar o câmbio flutuante, redirecionar o gasto público para os setores de saúde e educação etc. — jamais resultaram, nem poderiam ter resultado, de um juízo puramente científico. Ao contrário, traduziam uma composição pragmática entre visões sobre o funcionamento do mundo (daí a inspiração científica), considerações de natureza ética (daí as preocupações com a justiça) e conveniência sociopolítica (como sói ser no campo da política pública).

Dissemos tudo isso principalmente para mostrar que a economia, “rainha das ciências sociais”,³⁰⁷ possui doutrina não científica — e acrescentamos: possui doutrina não científica da mesmíssima forma que o direito. Os motivos pelos quais a economia necessita, ela também, de doutrina não científica, agora já é possível explicar, se relacionam a cada uma das três dimensões do pensar em economia, como segue.

Primeiro, a economia, na sua vertente científica, ainda está em situação de *atraso relativo* ante as ciências ditas *duras*. Dito de forma simples, ainda estamos bastante longe de termos modelos econômicos preditivos confiáveis.³⁰⁸ Isto vale tanto para os modelos relacionados diretamente ao objeto básico da economia — produção, distribuição e consumo de bens e serviços — quanto para os modelos econômicos que se valem da *rational choice* (ou teoria da escolha pública) aplicada a variáveis institucionais.

³⁰⁷ Tal expressão, que é de uso corrente, refere-se ao fato de a produção acadêmica em economia ter, ao longo do século XX, emulado o método das ciências “duras” em um maior grau do que qualquer outra ciência social.

³⁰⁸ Piada: a economia é uma ciência parecida com a cartomancia, apenas um pouco menos precisa.

Os motivos para tanto são diversos. Dizem respeito, ao menos em parte, à existência de instituições informais (como normas sociais de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, tabus, costumes, religiões etc.) cujo funcionamento não é ainda plenamente compreendido. É por isso que, como explica Douglass North, a elaboração de uma teoria das instituições requereria uma teoria sobre a formação das crenças humanas.³⁰⁹ O problema, contudo, é que a humanidade ainda não possui uma boa teoria das crenças humanas. Assim, teorias sobre incentivos e consequências continuarão sendo na melhor das hipóteses aproximações. Na física e nas demais ciências *hard*, os modelos são igualmente aproximações, mas contam com a significativa vantagem dos *experimentos*, os quais tendem a ser impraticáveis (ou pouco representativos) no caso das ciências sociais. Se as aproximações da ciência econômica são, em termos do seu poder preditivo, equiparáveis aos modelos da física, é objeto de discussão, mas não nos parece ser o caso.

Segundo, ainda que se tivesse uma ciência dos meios adequada — isto é, ainda que fosse possível modelar adequadamente as coisas do mundo econômico e, portanto, saber como de fato o mundo é —, nada saberíamos sobre como o mundo deveria ser. Na proposição clássica de Hume, de um “*is*” nunca se pode derivar um “*ought to*”.³¹⁰ Ora, o universo da pesquisa empírica é o da tentativa de descrição *de como o mundo é*; mas o universo do direito trata de *como o mundo deveria ser*. E assim já se vê que, mesmo que se formule — cientificamente — uma proposição sobre o funcionamento do mundo, só por uma perversão da lógica se poderia desde logo dizer algo sobre como o mundo deveria ser.

Aqui o percurso intelectual de Richard Posner, arauto da *Law & Economics*, é emblemático.³¹¹ No início da década de 1980, Posner escreveu um livro — provavelmente seu pior livro — cujo título não deixa dúvidas: *A economia da justiça*

³⁰⁹ Cf. examinado SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Desenvolvimento e Estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55-56.

³¹⁰ Cf. Ver Hume, *Tratado da natureza humana*, op. cit. Ver também SEARLE, John R. How to derive “ought” from “is”. *The Philosophical Review*, v. 73, n. 1, p. 43-58, 1964.

³¹¹ Para um exame desta trajetória, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: Lima (Coord.), *Trinta anos de Brasil*, op. cit.



(*The economics of justice*).³¹² A tese do livro era a de que a eficiência deveria ser um horizonte ético adequado para o direito e a prática institucional de um modo geral. Verdade que Posner ressaltou que tal tese somente faria sentido prático no contexto norte-americano, mas ainda assim de toda parte vieram ataques à tese. Foram precisos 10 anos de intenso debate com diversos adversários para que Posner finalmente reconhecesse seu erro, o que foi feito em *Problemas de filosofia do direito* (*The problems of jurisprudence*, de 1990).³¹³ Os contornos deste debate importam menos, sua implicação é o que realmente interessa: não há, nem jamais poderia haver, razão científica para justificar a eficiência como um ideal superior aos demais.

Terceiro, nenhuma posição prática pode ser justificada cientificamente, e as razões para tanto são profundas e variadas. Duas delas já foram vistas: o mundo em que impera a esperança (e talvez a crença) na ciência é também o mundo da perda das ilusões em uma ordem teleológica simplesmente dada e cujos fins estão fora de questão. Nas palavras de Weber, este é o mundo do “desencantamento”, porquanto “as diferentes ordens de valores do mundo estão entre si numa luta sem solução possível”.³¹⁴ A outra razão é justamente a incapacidade da ciência social de permitir que possamos abandonar o fardo das nossas ideologias, substituindo-o por uma bem mais elegante atividade de processamento de dados. E isto não é tudo porque, para além dos problemas de valores e cálculo, há também a política, isto é, o jogo de interesses.

Todo o quadro acima nos conduz ao problema da radical incerteza sobre o mundo, e assim já é mais fácil entender por que há hoje, e sempre haverá, demanda por doutrinas não científicas. Um cientista, seja ele de que tipo for, pode se dar ao luxo de produzir conhecimento sem nenhuma aplicação prática imediata. (Se a física teórica tivesse de manter relevância prática a cada avanço, os conhecidos experimentos mentais de Einstein seriam pura perda de tempo!) O pensar teórico em direito, contudo, tem a particularidade de ter por objetivo a lei — e a lei há de ser aplicada.

³¹² POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³¹³ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³¹⁴ Weber, A ciência como vocação, op. cit., p. 23-24.

Retomamos, então, o que dissemos anteriormente. Historicamente, reservou-se ao direito o papel de manter a ordem. Nos últimos séculos, em muitos lugares, inclusive no Brasil, agregou-se também um caráter progressivista, isto é: a função não apenas de manter a ordem, mas também de impulsionar a melhora, a mudança, o desenvolvimento, o avanço. O novo contexto exige do jurista um *pensar para frente*, uma visão prospectiva sobre o incentivo e sobre a pertinência entre meio e fim.

O juiz tem o imperativo de decidir o caso concreto. Ele deve agir com prudência e deve sopesar os valores envolvidos. E, de mais a mais, o juiz não está de modo algum livre para substituir as ideias da comunidade pelas suas próprias.³¹⁵ Por isso, no contexto de Estado atual, ao interpretar e aplicar a lei, é necessário sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite — daí o *input* do pensar *científico*, mas isto não é tudo. É preciso atentar também para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a relativa separação de poderes. O decisor é assim, sempre e inevitavelmente, um artista, jamais um cientista. E a doutrina não científica continuará sendo, por muito tempo, e talvez até o fim dos tempos, uma ferramenta das mais convenientes para este decisor. Seu referencial não é a verdade, mas sim a clareza, a persuasão, a significância e a aplicabilidade.

V. Conclusão

No Brasil, há sinais de transformação no método e estilo da produção jurídica. Embora esta pesquisa “cientificizada” em direito siga pontualmente cânones gestados no exterior — e nem sempre o seu conteúdo seja útil, idôneo ou rigoroso —, seria impróprio pensar que estas seriam simplesmente novas “ideias fora do lugar”.³¹⁶

³¹⁵ Conforme analisado em Salama, *O fim da responsabilidade limitada*, op. cit.

³¹⁶ SCHWARZ (Org.), *Ao vencedor as batatas*, op. cit., nota 212.

Muito ao contrário, a empiria e a aproximação com outras ciências revela particularidades e circunstâncias próprias do atual estágio do direito brasileiro.

É comum imaginar-se que evoluções deste tipo decorram apenas de desenvolvimentos internos à academia, mas não parece ser este o caso. Para ficarmos com uma metáfora cara aos economistas, aqui defendemos que a mudança no padrão de reflexão jurídica está ligada menos a fatores de “oferta” (notadamente, a competição entre os “produtores” de análise jurídica que buscam sofisticar suas análises de modo a torná-las mais aceitas ou influentes) e mais a fatores de “demanda” (em particular, padrões ideológicos, políticos e jurídicos que geram “consumidores” interessados por análise jurídica com viés consequencialista).

Essa discussão tem paralelos com outros ramos do saber. Por exemplo, os teóricos explicam a inovação a partir de duas teorias rivais: para os adeptos do *technological-push*, a inovação gera sua própria demanda;³¹⁷ já para os adeptos do *demand-pull*,³¹⁸ é a demanda do mercado que determina a direção da inovação. Também na macroeconomia se põe dilema parecido: para engendrar o crescimento econômico a melhor tática é reduzir as barreiras à produção, ou incentivar o consumo? Também assim se dá com a importação do método das ciências sociais para a produção acadêmica em direito.

Este texto buscou mostrar que, para além dos fatores de oferta, que se põe no plano da competição entre acadêmicos, há também importantes fatores de demanda: em primeiro lugar, o triunfo do progressivismo na política (e, logo, o advento do Estado regulatório); em segundo lugar, o deslocamento do Poder Judiciário para o centro do arranjo político no modelo de Estado de diversos países; e, em terceiro lugar, a modificação na técnica jurídica com a crescente utilização de princípios jurídicos em vez de regras jurídicas.

Adiante, no entanto, pusemo-nos a pensar sobre os limites do método científico no direito. Ali tomamos a comparação entre a economia — aquela que se

³¹⁷ FREEMAN, C. *The economics of industrial innovation*. Penguin: Harmondsworth, 1974.

³¹⁸ DOSI, G. Technological paradigms and technological trajectories: a suggested interpretation of the determinants and directions at technical change. *Research Policy*, v. 11, n. 3, p. 147-162, June 1982.



pretende a mais científica das ciências sociais — e mostramos que tanto na economia, quanto no direito há uma grande demanda por doutrina como não ciência. Os economistas que não atentam para este fato parecem atuar como o proverbial “jovem” na carta de Hélio Pellegrino a Fernando Sabino.³¹⁹

O homem, quando jovem, é só, apesar de suas múltiplas experiências. Ele pretende, nessa época, conformar a realidade com suas mãos, servindo-se dela, pois acredita que ganhando o mundo, conseguirá ganhar-se a si próprio. Acontece, entretanto, que nascemos para o encontro com o outro, e não o seu domínio.

Celebremos, portanto, a convergência metodológica — parcial, rude, às vezes deselegante — entre o direito e as ciências sociais. Mantenhamo-nos com espírito jovem; mas fuja-mos da infantilidade.

³¹⁹ SABINO, Fernando. *O encontro marcado, De uma carta de Hélio Pellegrino*. 30 mar. 2006. Disponível em: <www.judias.multiply.com/recipes/item/187?&show_interstitial=1&u=%2Frecipess%2Fitem>. Acesso em: 31 jul. 2012.

