

## **Eficiência e justiça**

## **Efficiency and justice**

*Vinicius Figueiredo Chaves<sup>1</sup>*

---

### **RESUMO**

A partir de pesquisa bibliográfica, sob o método dedutivo-qualitativo, realiza-se abordagem teórica sobre o movimento Direito e Economia, com foco na investigação e questionamento dos seus fundamentos filosóficos. De início, apresentam-se as linhas gerais do método e aspectos relevantes das teorias construídas por Richard Posner e Douglas North, descrevendo-se os fundamentos e critérios utilizados. Em seguida, o artigo apresenta concepções teóricas diferenciadas acerca das relações entre eficiência e justiça, apontando: i) pressuposições que negam tais relações; ii) determinam uma ordem de prioridade de uma sobre a outra; ou iii) aceitam uma conexão entre ambas. Conclui-se que o uso de instrumental teórico e empírico da economia constitui interessante mecanismo de averiguação da adequação de escolhas normativas segundo critérios de eficiência. Por outro lado, a eficiência não pode ser compreendida como um critério normativo exclusivo de fundamentação para tais escolhas, especialmente quando estiverem em xeque as noções de justiça e valor inerentes ao direito. Devem ser consideradas as múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, com esforço para a realização de ambos os objetivos.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito e Economia; escolhas normativas; eficiência; justiça; interdependências.

### **ABSTRACT**

Based on bibliographic search, under the deductive-qualitative method, the paper carried out theoretical approach to Law and Economics movement, focusing on research and questioning of its philosophical foundations. At first, we present the outline of the method and relevant aspects of theories constructed by as Richard Posner and Douglas North, describing the rationale and criteria used. The paper continues with the presentation of different theoretical conceptions of the relationship between efficiency and fairness, focusing on: i) assumptions to deny such relationships; ii) determine a priority order of one over the other; or iii) accept a connection between both. We conclude

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas. Mestre em Direito pela UNESA/RJ. Pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV/RJ. Membro do grupo de pesquisa CNPq empresa e atividades econômicas.

that the use of theoretical and empirical tools of economics is interesting mechanism of ascertaining the adequacy of regulatory choices according to criteria of efficiency. On the other hand, the efficiency can not be understood as a unique normative standard of reasoning for such choices, especially when they are in check the notions of justice and value inherent in the law. The multiple interdependencies between efficiency and fairness, with effort to perform both goals should be considered.

## KEYWORDS

Law and Economics; normative choices; efficiency; justice; interdependencies.

## INTRODUÇÃO

O apreço que se tem pelos valores que a justiça comporta têm conduzido filósofos, sociólogos, juristas e economistas à elaboração de determinadas concepções, fruto de representações que lhe atribuem diferentes sentidos. Tais noções, destaca Chaïm Perelman (2005, p. 4), usualmente acoplam a esta palavra um valor que lhe define, como tem sido em relação à equidade, à distribuição e ao reconhecimento, exemplos de valores atrelados a algumas concepções atuais da justiça<sup>2</sup>.

Dentre as perspectivas contemporâneas mais correntes, uma em especial tem sido crescentemente discutida a partir da quadra final do século XX: a noção de *Justiça como Eficiência*. Este possível sentido para a justiça vem sendo construído na esteira do desenvolvimento do movimento de pensamento conhecido como *Law and Economics*, que propugna a utilização de um instrumental teórico e empírico da economia como forma de exame e compreensão dos impactos do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos.

O crescimento do movimento *Direito e Economia* ou, simplesmente, *Análise Econômica do Direito*<sup>3</sup>, tem sido acompanhado de uma série de discussões epistemológicas levadas a efeito no âmbito de inúmeros países, seja naqueles adeptos do sistema jurídico do *common law* (em que é mais aceito), como também na esfera dos que adotam o sistema do *civil law* (em que é aceito por muitos, mas também questionado). Este debate, ainda que não limitado à problemática geral do relacionamento entre a eficiência e a justiça, tem nessa discussão significativo apelo – especialmente em países onde a Constituição é entendida, além de estatuto político-jurídico, também como projeto

---

<sup>2</sup> A palavra *justiça* comporta diferentes significações: i) uma virtude moral; ii) uma qualidade pela qual o ato exterior é justo ou comensurado a outro; iii) um fim do ordenamento jurídico (CASAUBÓN, 1977, p. 22). Além disto, contempla também uma extensa gama de valores, o que tem dado margem à elaboração de distintas concepções que lhe atribuem diferentes sentidos (contemporaneamente, valores como equidade, reconhecimento, eficiência etc. lhe têm sido acoplados, possibilitando a construção de novas perspectivas de justiça). Para os fins desta investigação - em que a discussão tem como pano de fundo o exame e a compreensão dos impactos do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos, no sentido de apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas -, a justiça não será tratada de maneira acoplada a um destes valores, mas sim como expressão maior da virtude, do correto, do justo, do bem, ou seja, como critério para o direito. Neste sentido, parecem ser perguntas-chave: i) Escolhas normativas devem ser pautadas somente na eficiência? Ou somente na justiça? Ou, ainda, é possível considerar múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, com esforço para realização de ambas?

<sup>3</sup> Embora seja corrente na doutrina a referência a ambas expressões como sinônimas, entende-se como mais apropriada a utilização da expressão *Direito e Economia*, por sua maior propensão para destacar a ênfase na intersecção entre as disciplinas, ou seja, o estudo das relações entre a economia e o direito, e não simplesmente a leitura de uma delas a partir de pressuposições da outra.

de valores, como no caso do Brasil -, justificando abordagens específicas em torno da questão.

Diante do tema, formula-se o seguinte problema de pesquisa que se buscará responder ao longo do trabalho: A eficiência pode ser considerada como critério exclusivo para a fundamentação de escolhas normativas? Em outras palavras, deve-se negar as relações entre eficiência e justiça, determinar uma ordem de prioridade de uma em relação à outra ou aceitar uma conexão entre ambas?

A construção de resposta adequada à indagação depende do exame e enfrentamento da discussão acerca dos fundamentos filosóficos da *Análise Econômica do Direito*. Neste sentido, este trabalho tem o objetivo de contribuir para o esclarecimento das principais concepções do movimento *Direito e Economia*, apresentar e questionar os seus fundamentos filosóficos, para em seguida discutir a questão da relação entre a eficiência e a justiça.

Para alcançar o objetivo especificado, realizou-se pesquisa de cunho interdisciplinar, com levantamento e análise da literatura nos campos econômico, jurídico, juseconômico e jusfilosófico. Foram exploradas doutrinas em âmbito nacional e internacional acerca das relações entre economia/direito e eficiência/justiça. O método utilizado foi o dedutivo-qualitativo.

## **O MOVIMENTO DIREITO E ECONOMIA: O QUE É “DIREITO E ECONOMIA” OU “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”?**

O campo de análise econômica do direito se inicia com o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, cuja obra esteve voltada para o exame do comportamento dos atores sociais em face de incentivos legais, onde a avaliação de resultados se encontrava atrelada a uma medida de bem-estar social denominada utilitarismo (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1.666).

Com a obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), o autor inaugura uma corrente de pensamento ético, político e econômico. Propõe a aplicação do princípio da utilidade (ou da maior felicidade) como fundamento da conduta individual e social, em que os sentimentos de dor e prazer influenciam aquilo que deve ser feito e o modo como, vinculando em parte a norma que distingue o que é reto do que é errado. O referido princípio estabelece a noção de busca da maior felicidade de todos aqueles cujo interesse se encontra em questão – seja um indivíduo em particular ou a sociedade em geral -, sendo apontado por Bentham como a justa e adequada finalidade da ação humana, constituindo a medida de aprovação ou desaprovação de qualquer ação, segundo a tendência que a mesma incorpora de aumentar (ação boa) ou diminuir (ação má) a felicidade da pessoa com interesse em discussão (BENTHAM, 1789). De acordo com esta visão, uma ação é correta quando tem como consequência a maximização da felicidade ou do bem-estar.

Embora a teoria econômica tenha se desenvolvido sobremaneira na quadra final do século XX e em todo o XIX, os estudos no campo da análise econômica do direito restaram pouco desenvolvidos até o século seguinte, mais precisamente até a década de 60, quando o interesse econômico na análise do direito passa a ser estimulado por novas pressuposições teóricas. Nasce, assim, o movimento *Direito e Economia*, fruto de

construções teóricas surgidas a partir da segunda metade do século XX<sup>4</sup>, provenientes de elaborações doutrinárias de autores como Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard Posner e Douglas North. Segundo a doutrina prevalecente, o seu marco histórico é o ano de 1960, com a publicação do artigo “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase, trabalho apontado como inaugural desta tradição de pensamento<sup>5</sup>.

*Direito e Economia* ou *Análise Econômica do Direito* pode ser definido como “um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições político-jurídicas” (SALAMA, 2013, p. 3), uma forma de “[...] compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da ciência econômica” (PARREIRA; BENACCHIO, 2012, p. 184). Neste sentido, a disciplina se presta a estudar as respostas a duas questões fundamentais:

- (a) Uma questão positiva, relacionada ao impacto das leis e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere a suas decisões e seus reflexos para a prosperidade social (*social welfare*); e
- (b) Uma questão normativa, relacionada às relativas vantagens de normas em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social (GAROUPA; GINSBURG, 2014, p. 139-140).

Para a compreensão dessas dimensões positiva e normativa - dos efeitos das normas sobre o comportamento de atores relevantes e a consequente análise se tais efeitos são socialmente desejáveis (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1.666) -, propõe-se a utilização de um instrumental teórico e empírico da economia “para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico” (GICO JR., 2014, p. 14) e, também, a sua própria lógica (racionalidade). Deste modo, a disciplina é apresentada como forma de exame e compreensão dos impactos do arcabouço legal<sup>6</sup> sobre o mundo dos fatos.

A questão é bem explicitada por Robert Cooter e Thomas Ullen. Segundo os autores, a economia provê uma teoria científica que permite prever os efeitos das sanções legais em comportamentos, sendo que estes se apresentam como respostas consideradas relevantes para fazer, revisar, revogar e interpretar as leis. De acordo com este raciocínio, economistas encontram coincidências entre sanções e preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções legais da mesma forma como respondem aos preços. Como uma resposta a preços mais elevados, as pessoas consomem menos do bem mais caro; como resposta a sanções legais severas, fazem menos da atividade sancionada (COOTER; ULEN, 2010, p. 3). Com base na lógica em questão, os adeptos da *Análise Econômica do Direito* defendem que a economia tem teorias matemáticas precisas (tais

---

<sup>4</sup> No curso da história, outras abordagens teóricas também se debruçaram sobre o estudo das relações entre a economia e o direito. Podem ser citados, como exemplos, os pressupostos assumidos pelo Marxismo e pela Escola de Frankfurt.

<sup>5</sup> Segundo advertem Alfredo Copetti Neto e José Luiz Bolzan de Moraes, uma primeira corrente *Law and Economics* fora desenvolvida entre o final do século XIX e o início do século XX, sendo que sua origem estaria na *German and English Historical School of Economics*, no Institucionalismo e no Pragmatismo Americanos. A partir da segunda metade do século XX, teria sido desenvolvido o segundo movimento *Law And Economics*, proveniente de estudos elaborados na Universidade de Chicago, pautados na utilização da microeconomia neoclássica subjetivista no direito. Este segundo movimento teria avocado para si um “conceito restrito de ciência, a partir do individualismo metodológico, e um conceito matematizado e purificado de economia, como ciência de meios, focada na escassez [...]” (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 54).

<sup>6</sup> Também são estudados os impactos de políticas públicas e decisões judiciais.

como a teoria dos preços e a teoria dos jogos) e alguns métodos empíricos (tais como a estatística e a econometria) para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento.

Dentre os parâmetros utilizados se encontram os chamados “critérios de eficiência”, tais como a *eficiência de Pareto* e o *critério de Kaldor-Hicks*, tidos como aptos para avaliar o atingimento dos melhores resultados com o mínimo de desperdício. Conforme ensina Stanley L. Brue, Vilfredo Pareto demonstrou as condições para a hoje conhecida “otimização de Pareto”, segundo a qual o bem-estar máximo “ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior” (BRUE, 2013, p. 394). Por sua vez, na década de 30 Nicholas Kaldor e John R. Hicks revigoraram à proposta de Pareto à manutenção – sofisticação – de sua cientificidade e aplicabilidade, criando critério que definiu que “os vencedores de uma apontada situação deveriam ter lucrado mais do que os perdedores teriam perdido, ao ponto de poder compensá-los pelas suas perdas e, ainda assim, permanecer em um estado melhor do que se encontravam anteriormente” (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 69-70).

De acordo com as pressuposições da *Análise Econômica do Direito*, o emprego desse instrumental econômico se dá com a finalidade de “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências” (GICO JR., 2014, p. 1), ou seja, uma espécie de leitura do direito a partir de seus resultados, que se vale de métricas propostas pela economia e seu ferramental teórico e empírico.

Contemporaneamente, o movimento Direito e Economia tem como principal referencial teórico a chamada *Nova Economia Institucional-NEI*<sup>7</sup>, uma corrente de pensamento que tem como eixo analítico o estudo das instituições, assumindo como necessária a análise interdisciplinar entre economia e direito.

A NEI possui variadas linhas, cuja percepção comum reside no fato de se enfatizar a relevância das instituições na compreensão do comportamento dos agentes econômicos, com seus impactos nos resultados econômicos. De acordo com Stanley Brue (2013, p. 389), existem pelo menos cinco linhas desse novo pensamento institucionalista: i) o trabalho de Harold Demsetz sobre o papel dos direitos de propriedade na realização da eficiência econômica; ii) a análise de Richard Posner sobre a relação entre lei e economia; iii) a ênfase conferida por Ronald Coase e Oliver E. Williamson sobre os custos de transação na explicação da organização e comportamento das empresas; iv) o trabalho de Gordon Tullock sobre a teoria da escolha pública, englobando referências a procura de renda, grupos de interesses, regras de votação e economia constitucional; e v) a análise de Douglas North que, embora critique a economia neoclássica sob a acusação de falha no que diz respeito ao reconhecimento da relevância das instituições no processo de tomada de decisão econômica, opta pela adoção do método teórico de escolha

---

<sup>7</sup> Segundo advertem Peter A. Hall e Rosemary C. R. Taylor (2003, p. 193), o “neo-institucionalismo não constitui uma corrente de pensamento unificada”. Ao contrário, existem métodos de análise diferentes que, embora tratem do papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos, o fazem por ângulos distintos: o neoinstitucionalismo histórico, o neoinstitucionalismo da escolha racional e o neoinstitucionalismo sociológico. Para os autores, seria possível, ainda, identificar uma quarta versão, o chamado “neoinstitucionalismo” em economia, mas esta quarta escola se alinharia muito com a tradição da escolha racional. Embora, pela similaridade, tratem as escolas conjuntamente, destacam que o institucionalismo da escolha racional privilegia a interação estratégica, ao passo que o neoinstitucionalismo em economia enfoca os direitos de propriedade, as rendas e os mecanismos de seleção competitiva.



neoclássico, que aposta e foca na racionalidade no processo de tomada de decisões econômicas.

Sem deixar de reconhecer a importância dos demais autores, o presente trabalho destacará as contribuições de Richard Posner e Douglas North, por sua maior proximidade no que diz respeito à utilização do instrumental econômico para apontar diferentes implicações das escolhas normativas e dos consequentes impactos do ordenamento jurídico no mundo dos fatos. Ambos são reconhecidos como teóricos importantes do movimento *Direito e Economia* e apontados como referenciais de diversas propostas de análises econômicas do direito, metodologia que atualmente se estendeu para quase todas as áreas do sistema legal brasileiro, por exemplo, ao Direito Societário, ao Direito Administrativo, ao Direito do Trabalho e, especificamente, à propriedade, aos contratos, à responsabilidade civil, ao crime, à tributação, à defesa da concorrência, à empresa, à propriedade intelectual, à arbitragem, entre outras proposições. Portanto, dada a relevância das teorias construídas por cada um dos autores em questão, destacam-se abaixo algumas de suas ideias principais.

## TEORIA DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA DE RICHARD POSNER

Richard Allen Posner<sup>8</sup> é um dos principais baluartes do movimento *Direito e Economia*. Desempenhou um papel importante no desenvolvimento da *Análise Econômica do Direito*, especialmente em função do emprego do conceito de *maximização da riqueza*, entendido como a base para a aplicação dos principais conceitos da análise econômica, pautados no critério de busca da eficiência.

Muito embora a maximização da riqueza seja elemento indispensável na investigação dos pressupostos teóricos do autor, deve-se destacar que tal conceito nem sempre esteve presente em suas concepções. De uma forma geral, podem-se identificar quatro fases teóricas distintas na doutrina deste representante do movimento *Direito e Economia*: i) Em seu primeiro livro sobre o tema, *Economic Analysis of Law* (1972), Posner dedicou pouca atenção para os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito, concentrando os fundamentos de sua análise no utilitarismo; ii) No artigo “*Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*”, o conceito de maximização da riqueza foi enunciado e descrito pela primeira vez, na condição de um princípio ético, buscando de certa forma dissociá-lo do utilitarismo. Aqui, o autor assume a eficiência como um princípio legal; iii) já no início da década de 80, Posner busca reforçar sua ética de maximização de riqueza justificando-a nos termos de uma teoria do consenso. Neste sentido, invoca o conceito de compensação *ex ante*, a partir do qual constrói um consenso hipotético destinado a complementar o critério de Kaldor-Hicks; e iv) em meados da década de 80, ao se aproximar do pragmatismo - que passou a defender a partir dos anos 90 -, inicia um processo de relativização de suas posições (MATHIS, 2009, p. 144).

---

<sup>8</sup> Posner é apontado por alguns como um dos expoentes da chamada Escola de Chicago (DINIZ, 2013, p. 45), movimento de pensamento baseado mais na utilização de preceitos microeconômicos básicos adotados pelos neoclássicos. Segundo Gustavo Saad Diniz (2013, p. 46), a Escola de Chicago atua segundo a perspectiva extrema de que o papel do direito consiste na eliminação das seguintes falhas de mercado: i) assimetria de informações; ii) concentração do poder econômico; iii) externalidades ou custos sociais não componentes do preço final; e iv) falhas de mobilidade ou planejamento para ocorrências, relacionadas a bens públicos.

Dentre as modificações ocorridas no pensamento do autor, aquela que se opera na quarta fase é a mais importante. Isto porque, ao relativizar suas posições, Posner chega ao ponto de passar a entender a eficiência de forma bastante distinta das duas fases anteriores, em que procurou inicialmente afirmá-la e em seguida consolidá-la como único princípio ético-jurídico. Neste sentido, numa espécie de viragem pragmática, Posner começa a trabalhar no sentido da transformação do sistema de maximização de riqueza de uma justificação ética para outra pragmática, cuja noção defendida passa a ser a de enfoque na melhor decisão do ponto de vista das necessidades presentes e futuras da sociedade (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 71). Passa, assim, a assumir a eficiência como um importante princípio, mas não o único a ser considerado.

## **DOUGLAS NORTH: AS INSTITUIÇÕES E AS ESCOLHAS**

Para Douglas North, o método teórico associado à noção de escolha é fundamental na medida em que um dado conjunto que se considere consistente e potencialmente analisável de hipóteses deve ser estabelecido de acordo com uma teoria do comportamento humano, sendo certo que a força da teoria microeconômica reside justamente sobre uma base de suposições acerca do comportamento individual. Segundo o autor, sendo as instituições um conjunto de criações dos seres humanos, não somente envolvem, mas também são afetadas por eles, razão pela qual os limites que tais instituições acarretam às escolhas individuais são universais (NORTH, 1990, p. 5).

De acordo com North, as instituições consistem nas chamadas regras do jogo que governam o comportamento econômico e político, e sua formação se dá em função da minimização que operam no custo da interação humana. Podem ser formais (tal como as constituições e leis) ou informais (como códigos de conduta), oferecendo estruturas estimulantes (ou não) para o a realização de diversos tipos de atividades, com supostos impactos diretos na própria condição de uma nação, ou seja, se rica ou pobre. Quanto a esta necessária vinculação entre a qualidade e atuação das instituições e a riqueza ou pobreza, descrita pelo autor, assim se pronunciou Stanley L. Brue:

As nações ricas são ricas porque os limites das instituições definem um conjunto de compensações para as atividades políticas e econômicas que encorajam o aprimoramento educacional e de habilidades, a expansão do capital, a nova tecnologia e, conseqüentemente, o crescimento econômico. As nações pobres são pobres porque suas instituições definem um conjunto de compensações para as atividades políticas e econômicas que desencorajam a criação de riquezas. Os direitos de propriedade são definidos e impostos de forma precária, as mentes mais brilhantes entram para o governo ou imigram, os costumes sociais e religiosos limitam o trabalho e depreciam o ganho material e dá-se maior ênfase à redistribuição da riqueza do que à sua criação (BRUE, 2013, p. 390).

No pensamento de North, resta clara a ideia de que as instituições são criadas para a redução da incerteza inata às interações humanas, em parte provenientes da própria competição em torno do uso de recursos escassos. Desse modo, são estabelecidas algumas regras e mecanismos informais para lidar com as incertezas, os quais constituem restrições ao comportamento que, na prática, podem ser boas - e conduzir à eficiência na utilização de recursos - ou más e acarretar a estagnação econômica. O autor prevê, assim,

a existência de uma relação entre instituições e desempenho econômico, na medida em que boas “regras do jogo” podem produzir incentivos para uma alocação eficiente dos recursos (sempre escassos) disponíveis (NORTH, 2010, p. 103 e ss). Nesta ótica, as instituições - dentre as quais o direito – apresentam-se como determinantes para o sucesso ou o fracasso no desenvolvimento econômico de uma sociedade.

## **A CONCEPÇÃO ECONÔMICA PREDOMINANTE EM NOSSO TEMPO: ESCOLHAS RACIONAIS E A IDEIA DE MAXIMIZAÇÃO COMO LÓGICA COMPORTAMENTAL**

Após a descrição das linhas gerais sobre os fundamentos e critérios utilizados pela disciplina *Direito e Economia*, da apresentação das principais pressuposições das escolas de pensamento econômico que lhe fornecem ou forneceram algum tipo de suporte teórico e da descrição dos pressupostos assumidos por alguns de seus baluartes, tem-se como oportuna a análise mais ampla da própria economia enquanto realidade sociológica e ciência social; e também das noções de escolhas racionais e maximização como lógica comportamental, paradigma ainda predominante.

A palavra economia deita suas raízes etimológicas na expressão grega *oikonomia*. Suas primeiras referências surgem na Grécia Antiga, na doutrina de Aristóteles (VASCONCELLOS, 2005, p. 15), mas é a partir do século XVIII que as abordagens passam a permitir os seus respectivos enquadramentos na condição de escolas ou grupos de pensamento que tratam de determinados aspectos comuns, os quais se apresentam tanto de forma receptiva quanto contrária com relação aos predecessores ou contemporâneos<sup>9</sup>. Como realidade sociológica, a economia representa, de um lado, uma necessidade ou um complexo de necessidades cotidianas materiais e, por outro, uma reserva de meios e ações possíveis para satisfazê-las, onde a escassez<sup>10</sup> orienta as ações a comportamentos específicos por parte dos agentes (WEBER, 1999, p. 230).

Enquanto ciência social, a economia se encarrega do estudo da forma como “indivíduo e a sociedade decidem empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas” (VASCONCELLOS, 2005, p. 15). Com efeito, o que torna desafiador o seu estudo é o fato de que tais recursos acabam não sendo por si mesmos suficientes para a satisfação das necessidades humanas, e assim a escassez passa a orientar a ação dos indivíduos, levando à necessidade da formulação de escolhas diante das opções disponíveis. Propõem-se, desta forma, conforme descrevem E. K Hunt e Mark Lautzenheiser (2013, p. 467), as mais diversas teorias que se embasam em diferentes premissas, apoiadas implícita ou explicitamente sobre concepções psicológicas e éticas.

O fato é que, com o passar do tempo, algumas das perspectivas relacionadas a determinadas escolas ou grupos de pensamento econômicos se afastaram da preocupação com as necessidades humanas em prol de valores particulares às premissas assumidas,

---

<sup>9</sup> *Mercantilismo, Fisiocracia, Classicismo, Socialismo Utópico, Marxismo e Socialismo, Historicismo Alemão, Marginalismo e Neoclassicismo*, entre outros, são exemplos de escolas ou grupos de pensamento no campo econômico (BRUE, 2013, p. 8-9).

<sup>10</sup> Segundo Paulo Sandroni “em termos econômicos, a escassez surge do pressuposto de que as necessidades humanas são infinitas, ao passo que os bens ou os meios de satisfazê-las são sempre finitos” (SANDRONI, 1994, p. 120).



que aceitam ou pregam a concepção de comportamentos associados à noção de maximização, associando o bem-estar humano não à visão de desenvolvimento das pessoas como serem humanos, mas sim à ideia estreita de satisfação de desejos<sup>11</sup>. De maneira reflexiva, Amartya Sen descreve que se opera uma mudança do centro da atenção da economia, que tendeu a afastar-se do enfoque em questões como a liberdade e a necessidade em favor de objetivos mais estreitos, como as utilidades, rendas e riquezas. Neste sentido, interessante destacar a crítica do autor à abordagem utilitarista, no sentido de que “[...] a estrutura agregativa do utilitarismo não tem interesse na efetiva distribuição das utilidades – nem sensibilidade para essa distribuição [...]” (SEN, 2010, p. 45-81).

Parte da visão acerca da maximização de utilidades se encontra associada à *Teoria da Escolha Racional*<sup>12</sup>, associada à noção de comportamentos com finalidades instrumentais, que acarretam decisões pautadas por critérios de autorealização por parte dos indivíduos, dado o interesse particular no que diz respeito ao atingimento de determinados objetivos frente a um conjunto de oportunidades. Escolhas, portanto, de caráter meramente consequencialista, direcionadas à satisfação de vontades e voltadas à maximização. A Teoria em questão é bem definida por Bruno Salama:

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 oportunidades), 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.) (SALAMA, 2013, p. 6).

De uma maneira geral se considera, de acordo com esta perspectiva, que cada agente econômico maximiza algo (ex.: as empresas maximizam os lucros). Este modo de agir estaria associado à ideia de que as pessoas são racionais; e racionalidade requer maximização. Neste sentido, dado ator econômico, baseado numa concepção de racionalidade, optará sempre pela alternativa mais ajustada ao seu próprio interesse e atingimento de seus fins. Tal escolha racional pode ser descrita como maximização, ao passo que a associação das melhores alternativas com os maiores números, “função de utilidade” (COOTER; ULEN, 2010, p. 3).

---

<sup>11</sup> Como exemplo, E. K. HUNT e MARK Lautzenheiser descrevem que a “psicologia e a ética utilitaristas são especialmente bem adaptadas à tarefa de fornecer uma ideologia conservadora para o capitalismo”. Segundo os autores, “o utilitarismo oferece uma defesa intelectual ideal para esse sistema social por duas razões. Primeiro, no utilitarismo, os sentimentos, emoções, ideias, padrões de comportamento e desejos são tidos como metafisicamente dados. Os padrões de socialização, bem como os limites sociais impostos ao crescimento e desenvolvimento das pessoas como seres humanos são excluídos do domínio da investigação; e uma crítica normativa do capitalismo embasada em preocupações humanistas perde o sentido – porque está fora dos limites de qualquer ciência social alicerçada na psicologia e na ética utilitaristas. Segundo, o utilitarismo não apenas considera os desejos humanos como sendo independentes das interações sociais como identifica o bem-estar humano como a satisfação desses desejos e identifica essa satisfação como o consumo de mercadorias. Não surpreende, pois, que o capitalismo – que, como um todo, teve imenso sucesso na expansão contínua da produção de mercadorias – pareça ser um sistema econômico mais propícia à promoção do bem-estar humano, na medida em que o bem-estar humano é concebido de forma tão estreita pela teoria econômica utilitarista” (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p. 467-468).

<sup>12</sup> Deve-se frisar que a Teoria da Escolha Racional consiste fonte de estudo e aplicação não somente no campo das relações econômicas. Neste sentido, talvez fosse mais oportuno mencionar Teorias da Escolha Racional, devido às múltiplas aplicações.

De forma ilustrativa e crítica, Klaus Mathis descreve a lógica comportamental em questão: “o modelo econômico de comportamento começa com o indivíduo [...]”, e assim “[...] diante de várias alternativas, o agente econômico vai escolher aquela com a melhor chance de maximizar a sua própria utilidade”, portanto, “[...] em princípio, o bem estar de outros não é sua preocupação”, já que, de acordo com a racionalidade, “indivíduos estão em uma posição para agir para sua própria vantagem, isto é, para analisar e avaliar o seu âmbito de ação, a fim de maximizar a sua própria utilidade” (MATHIS, 2009, p. 9-11).

## EFICIÊNCIA EM VEZ DE JUSTIÇA?

O debate acerca da aplicação do instrumental teórico e empírico da economia, como forma de exame e compreensão dos impactos da legislação sobre o mundo dos fatos, para apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas, não se limita mas esbarra na problemática geral do relacionamento entre a eficiência e a justiça.

Neste sentido, os estudos sobre o movimento *Direito e Economia* têm sido acompanhados da discussão acerca de seus fundamentos filosóficos. Essa acalorada controvérsia se põe em torno das relações (ou não) entre as noções de eficiência e justiça, e as “respostas teóricas a esta questão irão se dividir entre aceitar uma conexão entre eficiência e justiça, negar qualquer relação, ou determinar uma ordem de prioridade de uma sobre a outra” (CALIENDO, 2008, p. 70).

Para a busca dos fundamentos filosóficos da *Análise Econômica do Direito*, importante referenciar algumas respostas teóricas oferecidas à questão do relacionamento entre a eficiência e a justiça, sem se restringir às pressuposições dos teóricos favoráveis à aplicação irrestrita desse ferramental econômico, no sentido de também considerar: i) outras perspectivas que lhe são críticas; e ii) aquelas que simplesmente apontam para a necessidade da sua consideração como critério não exclusivo de interpretação.

Uma primeira resposta teórica a ser destacada é a apresentada pelo juseconomista Gico Jr., segundo a qual questões como o justo, o certo ou errado se encontram no mundo dos valores, não sendo passíveis, portanto, de análise pela AED por estarem ligadas a aspectos subjetivos. Na concepção do autor, a política pública ou a regra que gera desperdício é inerentemente injusta porque não é eficiente do ponto de vista econômico. A análise, assim, recai mais sobre a ótica da consequência; e não sobre aquilo que pode ser considerado certo ou errado em si mesmo, senão vejamos:

Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseja implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política

pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável (GICO JR., 2014, p. 27-28).

A *Análise Jurídica da Economia* é contraponto teórico à *Análise Econômica do Direito*. Pode-se perceber que, sem desconsiderar a validade das pressuposições de *Direito e Economia*, apresenta-se uma perspectiva que lhe é complementar, no sentido da proposta de análise conjunta entre economia e direito, de forma a enxergar a justiça com os olhos da eficiência/conveniência econômica, mas simultaneamente considerar a igual necessidade de observação da economia pelas lentes do direito e da justiça. Segundo tal construção teórica:

A análise econômica do Direito, já conhecida e muito válida, cuida de enxergar a Justiça com os olhos da eficiência e da conveniência econômica. A análise jurídica da economia, inédita e igualmente necessária, consiste em observar a economia na busca do que é admissível, justo, correto e equilibrado (LIMA, 2011, p. 54).

Em versão menos conciliadora do que a exposta acima, há aqueles que definem a *Análise Jurídica da Economia* como uma espécie de inversão metodológica, através da qual se prega um olhar da economia pelo direito (e não o contrário), de acordo com a noção de que aquela consistiria num meio para a realização de determinados mandamentos deste. Defende-se a inversão apontada sob o argumento de que o direito, visto sob uma perspectiva econômica, supostamente se volta exclusivamente para a tutela da propriedade e da liberdade contratual, consolidando uma interpretação eminentemente liberal que confere autonomia desenfreada à vontade dos agentes econômicos (PARREIRA; BENACCHIO, 2012, p. 197).

Visão igualmente interessante é aquela segundo a qual um eventual consenso afirmado concretamente no sentido da produção de eficiência não pode ser compreendido como uma fórmula para aceitação abstrata da eficiência como um critério normativo. Nesta linha de raciocínio, o critério de eficiência econômica não pode ser elevado a uma posição que lhe possibilitaria gerir o sistema jurídico, devendo, sim, encontrar no sistema jurídico o seu limite e vínculo. Em outras palavras, o direito não tem como fim a busca da eficiência econômica; e nem a ela está submetido ou vinculado, senão vejamos.

Tal perspectiva acarreta a ideia que uma política pública eficiente, ou uma transação negocial privada eficiente, não são por si só válidas ou de acordo com o sistema jurídico. Estas somente serão – válidas ou de acordo com o sistema jurídico – se substancialmente assim reconhecidas no próprio sistema, independentemente da concepção de eficiência econômica: qualquer arranjo institucional depende de uma teoria do direito e se essa teoria do direito é fundada no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais, como o são os contemporâneos estados de direito, nem o sistema jurisdicional tem o dever de perseguir a eficiência na resolução de casos concretos, tampouco as políticas sociais determinadas pelas demais funções do poder público têm de ser eficientes em âmbito econômico (COPETTI NETO; MORAIS, 2011, p. 73).

Importante destacar, ainda, a concepção de *Análise Econômica do Direito* como um instrumento não exclusivo de interpretação. A partir da pressuposição de que “as concepções da análise econômica do direito são levadas a extremismos que uma prudência cartesiana não recomenda seguir sem pressupostos críticos e até subversivos da pureza das teorias”, Gustavo Saad Diniz (2013, p. 50-54) considera que a “AED não é método exclusivo para aplicação do direito, porque pode se dissociar de outros valores sociais, inerentes à ordem jurídica”. Desse modo, tal método de análise do direito, não obstante baseado na eficiência econômica, não pode deixar de atentar para a questão da necessidade da efetiva concretização de valores sociais a serem incorporados como manutenção da estrutura jurídica da sociedade. Em outras palavras, “muitas vezes a eficiência econômica não será coincidente com a prudência e os valores que sustentam a ordem jurídica (em um dado local geográfico e um dado momento históricos)”.

No plano internacional, chama à atenção a construção teórica elaborada por Klaus Mathis (2009, p. 207), segundo a qual o direito não deve estar pautado somente no critério da eficiência. A eficiência não é a justiça, mas sim um de seus preceitos. Portanto, devem ser consideradas as múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, assim como esforço para a realização de ambos os objetivos. Conclui o autor que critérios de maximização, seja de utilidade ou de riqueza, por si só, não podem consistir na fundamentação ética do direito, visto que as ponderações e os comportamentos assumidos neste sentido se relacionam mais com a ideia de eficiência - a partir de métricas quantitativas como a relação custos versus benefícios -, do que com a de noção de Justiça e com a sensibilidade e ancoragem em valores.

Para além das concepções teóricas acima, parece oportuno destacar a questão da necessidade de análise do direito e eventuais escolhas normativas não somente do ponto de vista de suas consequências – ou seja, uma espécie de leitura do direito a partir de seus resultados, que se vale exclusivamente de métricas propostas pela economia e seu ferramental teórico e empírico -, mas também no que diz respeito a investigação e consideração de suas causas (VIGO, 1982, p. 50-56). Deste modo, embora importante, a análise econômica não se sobrepõe a outros fatores igualmente relevantes, como o correto, o justo, o certo, o bem, a solidariedade: a decisão socialmente desejável não estará, sempre, atrelada à lógica do custo-benefício, na medida em que muitos fatores, igualmente relevantes, comumente escapam a esta lógica econômica.

Singularizando apenas em suas consequências, o direito se desumaniza, sucumbe ao economicismo, uma vez que passa a estar pautado exclusivamente em critérios associados à noção de eficiência, bases únicas da tomada de decisões normativas. Atrelado a fins meramente instrumentais, o direito: i) acaba por pautar-se exclusivamente no pressuposto da racionalidade como critério para análise e avaliação das diferentes possibilidades de ação, o que frequentemente o conduz e acorrenta a ponderações acerca de vantagens e desvantagens, custos e benefícios das alternativas; ii) perde parte de seu sentido e potencialidades, na medida em que, visto exclusivamente pelos olhos da eficiência e da conveniência econômica, assume a condição de mero mecanismo de suposta redução de incertezas e riscos associados à ação dos agentes econômicos, cenário em que a preocupação com as necessidades humanas permanecerá perdendo espaço.

Se, por um lado, impõe-se à ordem jurídica a definição de parâmetros claros e seguros para que os agentes econômicos possam atuar – objetivo para o qual *Direito e Economia*, ou, como querem alguns, *Análise Econômica do Direito*, constitui relevante instrumento -, não menos importante é a necessidade de coincidência entre a eficiência e os demais valores perseguidos pela sociedade como um todo (DINIZ, 2013, p. 41).

## CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, percebeu-se que os teóricos do movimento *Law and Economics* defendem a utilização de um instrumental teórico e empírico da economia, como forma de exame e compreensão dos impactos do ordenamento jurídico sobre o mundo dos fatos, tanto em relação ao comportamento dos indivíduos quanto no que tange a eficiência. Desse modo, têm sido explicitados os riscos de mudanças de comportamento dos agentes econômicos como uma reação a estímulos externos; e um desses “estímulos” (ou “desestímulo”) seria o direito, entendido como instituição.

Verificou-se que a ética da *Análise Econômica do Direito* se encontra centrada na eficiência e suas derivações, como a maximização de riqueza e a relação custos versus benefícios. Encontra-se, assim, associada à noção de inclinação da escolha para a melhor chance de maximização. O comportamento assume fins instrumentais, pautado no pressuposto da racionalidade como critério para análise e avaliação das diferentes possibilidades de ação, o que leva a ponderações acerca de vantagens e desvantagens, custos e benefícios das alternativas.

Seus adeptos, em geral, oferecem uma defesa intelectual da ideia de que não existe justificativa moral ou ética para que escolhas normativas sejam realizadas de forma a gerar desperdícios. Embora as propostas mais atuais se afastem da noção de estrutura agregativa própria do utilitarismo – e adiram à perspectiva de ganhos de prosperidade social –, em ambas os fundamentos filosóficos parecem repousar sobre uma ética consequencialista. Padrões de socialização mais amplos e preocupações humanistas se encontram aparentemente fora das preocupações, ao menos de forma imediata, já que os “ganhos de prosperidade social” seriam decorrência apenas mediata da existência de boas regras do jogo e eficiência na redução de custos de transação/agência.

Crítérios como a maximização de riqueza e fórmulas para a medição de custos e avaliação de desperdícios, embora sempre relevantes do ponto de vista econômico, não podem consistir, por si só, na fundamentação ética do direito, visto que se relacionam mais com a ideia de eficiência, a partir de métricas quantitativas (como a relação custos versus benefícios), do que com a de noção de justiça e com a sensibilidade e ancoragem em valores. Caso contrário, enxergar-se-á o direito e a justiça exclusivamente pelos olhos da eficiência e da conveniência econômica, e a preocupação com as necessidades humanas permanecerá perdendo espaço para comportamentos associados à noção de maximização (somente), dirigindo a economia e a ação dos agentes econômicos para fins meramente instrumentais; e o direito para a condição de ciência acessória à conveniência econômica, como mecanismo de redução de incerteza e riscos associados à ação dos agentes econômicos.

Diante de diferentes concepções acerca das relações entre a eficiência e a justiça, parece mais ajustada aquela que aceita a conexão entre eficiência e justiça, em detrimento daquelas que desconsideram tais relações ou que determinam uma ordem de prioridade de uma sobre a outra (especialmente se a eleição recair na eficiência como prioritária em relação à justiça e aos valores). Neste sentido, considera-se a *Análise Econômica do Direito* e os critérios de eficiência como importantes instrumentos, meios para alcançar outros objetivos sociais, e não fins em si mesmos; e acredita-se que devem ser consideradas as múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, assim como esforço para a realização de ambos os objetivos. *Direito e Economia*, neste sentido, parece expressão mais ajustada do que *Análise Econômica do Direito*.



Somente a intersecção entre direito e economia (assim como de outras ciências), com vistas a agregar saberes e possibilidades - e não à colonização de uma ciência pela outra -, parece ser capaz de contribuir para a superação do grande desafio de aliar eficiência econômica e efetividade social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BRUE, Stanley L. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CASAUBÓN, Juan Alfredo. *La justicia y el derecho positivo*. Mendoza: Idearium, 1977.
- CONCEIÇÃO, Otávio Augusto C. A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições. *Ensaio FEE*, Porto Alegre, v. 23, n. 1, p. 77-106, 2002.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Chicago: Pearson, 2010.
- COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 54-76, jan.-jun. 2011.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Estudos e pareceres da pessoa jurídica e da atividade empresarial*. São Paulo: LiberArs, 2013.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 139-157, 2014.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, n. 58, p. 193-223, 2003.
- HEFFES, Omar Darío. Economía Neoclássica: Veridicción y Justicia en el Mercado. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 5, n. 2, p. 111-129, 2013.
- HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, MARK. *História do Pensamento Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin. (Edit.). *Handbook of Public Economics*, v. 3, Elsevier, p. 1.661-1.784, 2002.
- LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise jurídica da economia. *Revista de Direito Mercantil*, Nova Série, Ano L, n. 159/160, p. 53-86, jul.-dez./2011.
- MATHIS, Klaus. *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Lucerne: Springer, 2009.
- NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: University Press, 2010.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. *Prisma Jurídico*, vol. 11, n. 1, p. 179-206, jan.-jun./2012.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, n. 160, out. 2013.

SANDRONI, Paulo. *Novo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1994.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). *Estudos de direito empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIGO, Rodolfo L. *Las causas del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

*Recebido em: 03 de novembro de 2015.*

*Aprovado em: 16 de novembro de 2015.*