

## Yeung e Rodrigues: A análise econômica do Direito

Com interesse tomamos conhecimento do artigo publicado neste canal, no dia 31 de maio último, do "A importância da Análise Econômica do Direito" (AED).



Como estudiosos dessa literatura, consideramos conveniente

dialogar com aquele artigo, trazendo pontos de confluência, mas também destacando pontos que entendemos evidenciar uma compreensão deficiente da AED. As lacunas devem-se sobretudo a cinco fatores:

- 1) Falta de familiaridade com conceitos e teorias da AED, levando a descrições e explicações equivocadas;
- 2) Confusão no que consiste o método de análise normativa e de análise positiva;
- 3) Confusão entre o que pretende ser uma doutrina e o que pretende ser um método analítico;
- 4) Argumentação de fatos sem citação de fontes a fim de, muitas vezes, promover a defesa de algo irreal;
- 5) Uso da "falácia do espantalho", recurso retórico em que se ignora o adversário no debate, substituindo por uma versão estereotipada daquilo que acredita ser sua posição (mesmo que não seja). Essa distorção pode ser proposital ou acidental; no primeiro caso, tem o objetivo de tornar o argumento mais facilmente refutável; no segundo, o crítico não entende o argumento que pretendeu refutar.

Limitaremos a discutir apenas alguns pontos, na ordem em que aparecem naquele texto. Deixaremos as demais questões para outra oportunidade.

— Logo no início, coloca-se uma pergunta: "*Existiria apenas uma economia científica a orientar o aprimoramento do Direito?*".

Diferentemente do que responde o autor, existe, sim, apenas uma ciência econômica. Entretanto, isso não significa um monismo absoluto de métodos, interseções com outras ciências ou tendências ideológicas sobre a própria ciência. Karl Popper já alertava para esse fato [1]. A evolução da filosofia da teoria do conhecimento demonstra que ciência é pluralidade, mas, dentro desta diversidade, a Economia como ciência é uma só.

— *"Defendemos, entretanto, a importância do uso de abordagens econômicas para múltiplas situações de interesse jurídico. Porém, como a alusão a um termo como o da 'análise econômica do Direito' desperta paixões – daqueles que não a suportam e daqueles que pretendem ser seus representantes comerciais exclusivos, ciumentos e raivosos em redes sociais — bem vale uma digressão".*

A quem exatamente o autor se referia com relação aos "representantes comerciais exclusivos, ciumentos e raivosos em redes sociais"? Trata-se de um *argumentum ad hominem*, criticando-se a pessoa e não o argumento, mas novamente ataca um inimigo imaginário, sem nome, que é por isso mesmo facilmente derrotado.

— *"Em linguagem direta, a análise econômica do direito tradicional (AED), ligada à Escola de Chicago, apresenta-se como teoria normativa a partir da eleição apriorística de uma finalidade (eficiência econômica em seu sentido bem específico, e poucas vezes compreendido, da Escola de Chicago) a ser atingida pelo Direito".*

Alguns pontos surpreendem nessa passagem. Primeiro, apresentar a AED como teoria normativa é desconhecer diversas teorias dessa literatura de natureza claramente positiva.

Também evidencia um desconhecimento típico, tomando a posição de um autor para caracterizar o universo de pesquisa. Posner (citado na nota 8) é um dos autores da AED, entre milhares, e um dos mais controvertidos. Literalmente inúmeros outros autores da própria AED desenvolveram trabalhos para evidenciar pontos de dessemelhança com relação àquele autor.

Ainda, há uma interpretação rasa ao reduzir a AED tradicional à busca pela eficiência. Mostra desconhecimento de o que significa o método econômico, trazendo mais confusão do que clareza ao empregar o conceito desgastado e mal compreendido de "eficiência", sem explicá-lo.

Entre os autores nacionais que se delongaram para esclarecer os dois pontos acima — Posner e eficiência —, temos diversos excelentes exemplos. Citemos apenas um. No texto intitulado *"Posner é a única opção?"* [2], Vinicius Klein afirma:

*"O equívoco de se afirmar que Posner é a única opção para a aproximação do direito e da economia deriva do equívoco de supor a economia ou o direito como algo monolítico. (...). Por fim, o que parece unir os praticantes da Law and Economics, em especial no direito, não é a idolatria da eficiência ou da racionalidade maximizadora, como uma crítica apressada poderia afirmar, mas sim o inconformismo com a visão de que uma análise jurídica presa a justificações abstratas e desatentas ao mundo real é suficiente para o enfrentamento dos problemas jurídicos".*

---

A passagem acima esclarece qualquer mal-entendido sobre essas típicas incompreensões a respeito de AED.

— *"Nos Estados Unidos, o advento e posterior domínio dessa metodologia deve ser bem compreendido em suas especificidades, tais como: I) a política econômica americana (advento do neoliberalismo, crise fiscal, inflação e ascensão ameaçadora da indústria japonesa); II) a metodologia americana (e seu certo apreço a abordagens instrumentais do Direito — realismo e social science-oriented approach, p.e.); e III) um sistema jurídico típico de um common law, em que o construtivismo jurisprudencial possui maior espaço"*.

O autor não explica por que uma metodologia de análise teria alguma especificidade. Esclarecemos que, ao contrário do que se propõe, a AED é útil em qualquer contexto em que uma escolha é possível, seja *ex ante* pelo legislador, ou *ex post*, quando é necessário interpretar (através da integração e hermenêutica das escolhas). Aí reside a sua maior força. Quanto a uma relação da AED com o pensamento republicano nos EUA e o advento do chamado *neoliberalismo*, são tantos os autores que fica mal colocado partidarizar todo o movimento. Mais um espantinho no argumento.

— *"A análise econômica do direito em sentido estrito seria, portanto, uma teoria orientada pela eficiência econômica lastreada no Ótimo de Pareto"*.

Essa é demonstração clara de que a AED não foi compreendida, em seus fundamentos básicos, pelo autor. Em aulas e textos introdutórios, um dos primeiros princípios colocados é que a eficiência de Pareto *não é base* para análise na AED, e sim a eficiência de Kaldor-Hicks (distinções importantes que não adentraremos aqui). Exemplifica também um erro bastante comum: o fato de entender Direito, e depois entender Economia (ou vice versa), como saberes independentes, não garante entender a AED. Esta tem suas teorias próprias, pressupostos próprios, autores próprios. O conceito de eficiência de Pareto é amplamente utilizado na Economia, mas bem menos relevante na AED. Somado a tudo isso, mesmo empregando o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, a AED não é uma teoria dogmaticamente orientada pela eficiência, não é assim definida.

— *"Em termos mais simples, a análise econômica do Direito — em seu sentido mais tradicional — prega a utilização de técnicas de estudo das consequências econômicas das decisões jurídicas, sempre em termos de eficiência alocativa"*.

Outra confusão entre análise positiva e normativa. A primeira tenta identificar as consequências, sem qualquer julgamento de valor; já a segunda, na ausência de uma Teoria do Valor, usa teorias usuais na Economia (jogos, agência, captura, escolha reacional etc.) para identificar a alternativa que gera mais bem-estar ("prega"). Além disso, o autor novamente traz mais nebulosidade do que clareza, pois não explica a diferença entre eficiência produtiva, alocativa e dinâmica. E o mais importante, tal conclusão é altamente contestável.

— *"O próprio fundamento do direito seria a economia em seu viés neoclássico, tendo como pressuposto a não intervenção estatal (sempre mais defendida do que adotada, já o sabemos) e a eleição da previsibilidade dos mercados como algo superior a outros argumentos (como os fundamentos e garantias constitucionais)".*

Aqui a incompreensão chega a ser deturpação grave do que seja a AED. Nenhum autor, nacional ou estrangeiro, defenderia algo indefensável como um pressuposto de não intervenção estatal (mais "espantalhos" sem identidade). Do contrário, por vezes, a AED é ensinada e discutida juntamente com teorias de políticas públicas.

— *"Trata-se, portanto, de uma teoria normativa, ou seja, comprometida em afirmar como deve ser a aplicação do Direito."*

Outra afirmação sem evidências ou fonte de autores; uma opinião pessoal, travestida de análise de uma teoria. Há tempos, a AED divide-se em duas grandes frentes, a positiva (ou descritiva) e a normativa (ou prescritiva) [3]. Diversos autores já publicaram trabalhos evidenciando aspectos da teoria positiva da AED, não só da análise geral do Direito, mas mesmo de ramos específicos [4]. O tema é tão amplo e diverso, que seria possível passar meses de estudos para lidar com esta questão. O autor ignora tal plethora de produções acadêmicas.

— *"Tampouco daremos atenção às provocações de seus defensores de que os juristas não devem ter medo de economia e que o direito deve ser aplicado de forma eficiente (?!), típicas das introduções de livros coletivos ou dos textos de alguns de seus autores".*

Questionamos qual autor formulou tal defesa (mais um "espantalho"), mas, de fato, os juristas não devem temer a Economia, pois só se teme o que se desconhece. Também, talvez lançando um questionamento sobre um assunto merecedor de longas discussões, seria interessante entender: por que o Direito deveria ser ineficiente, isto é, prejudicar pessoas desnecessariamente, produzir menos do que se poderia, ou alocar recursos para fins que a sociedade não valoriza?

— *"O que defendemos, contudo, é que esse instrumental econômico na aplicação do direito ao caso concreto faz parte do campo da teoria das provas e não o da decisão (fundamentação) jurídica, ou seja, a economia está ao lado da boa aplicação do direito vigente e não a serviço da construção de um novo sistema jurídico (contra legem, por exemplo). E essa parece ser uma diferença radical".*

Trata-se, aqui, de uma passagem confusa e contraditória. Para começar, o que o autor entende e quer dizer com "teoria da decisão"? Ignora com isso a definição clássica do que seja a Economia, trazida pelo inglês, Lionel Robbins [5], e hoje aceita amplamente: ela é definitivamente uma ciência de decisão e comportamento dos indivíduos. Mais, ao contrário do afirmado, a Economia — ou qualquer outra ciência empírica — não se propõe a provar nada, isso não é objetivo factível, crível ou aceitável.

---

— *"Em termos ainda mais diretos: uma ciência riquíssima e sofisticada como a economia (e também a matemática) jamais serviria a propósitos pré-estabelecidos e de cunho partidário ou de abordagens limitadas ao curto prazo. Por certo, elas podem ser cooptadas, mas nunca a ciência como um todo, apenas alguns autores, certamente mais engajados e com interesses específicos, além dos cegos pela ingenuidade da paixão pelo saber alheio".*

Novamente, a quem o autor se refere nessa passagem? Além da carga emotiva envolvida ("cooptadas", "com interesses específicos"), faz-se uma generalização simplória para toda uma ciência consolidada. É a reiterada falácia do espantalho. Ignoram-se as diversas escolas de pensamento — que ao longo da história revezam-se como correntes mais aceitas do momento. Especificamente com relação à Economia Aplicada ao Direito, e sem recorrer a Posner [6], Cooter e Ulen [7], Mackaay e Rousseau [8], ou qualquer outra corrente sobre a qual o autor levanta suspeitas, citemos autores nacionais: a professora Rachel Sztajn, na obra coletiva "Direito & Economia", de 2005 [9].

*"Há diferentes correntes doutrinárias que buscam explicar o fenômeno econômico e propor medidas para corrigir distorções geradas por normas de Direito positivo, com fundamentos em análises econômicas. Entre elas, encontram-se a Escola de Chicago, a de Yale, a da Nova Economia Institucional, a da Escolha Pública, entre outras".*

A riqueza e a diversidade desta literatura é ignorada pelo autor, dando a entender que ocorre o contrário na AED. Vale dizer, essas correntes já estão bastante difundidas e poderiam chegar a seu conhecimento. Em outra obra nacional [10], os autores apresentam, desde o sumário, uma lista de conceitos que deveriam ser familiarizados por aqueles que se propõem a discuti-la: *o princípio da eficiência; noções conceituais, críticas e as limitações do ótimo de Pareto; teorema de Coase; conceito de custos de transação e de assimetria de informação; teorias da agência e dos jogos; economia institucional e nova economia institucional; economia dos contratos, dos conflitos e do crime.* Não parece ser o caso do artigo a que ora dirigimos estes comentários.

— *"Essa tem sido, portanto, a nossa defesa normativa: o uso cada vez mais sofisticado da economia no direito para bem compreender: I) os efeitos da promulgação de certas leis, II) a avaliação dos resultados das leis que estão postas e III) as provas de convicção utilizadas na construção de argumentos na justificação de decisões jurídicas ... Tal uso deve ser acompanhado dos pressupostos e limitações metodológicos de cada modelo... o que, em geral, são bem conhecidos e apresentados pelos economistas proficientes, e pouco estudados pelo idólatras adventícios do direito, que buscam construir um modelo metodológico genérico, que vê, na teoria dos jogos, um exemplo de livro de autoajuda a ensinar como bem decidir no caso de dúvidas".*

Mais uma vez, o autor não aponta quem seriam os "economistas proficientes" e nem os "idólatras adventícios do Direito".

No entanto, nesse trecho, concordamos em alguns pontos. É de fato um perigo a idolatria e a utilização leviana de conceitos e teorias econômicas para justificar posições ideológicas. Preferimos referir a tais idólatras de "fashionistas caroneiros da AED". Mas a solução para isso é mais estudo da Economia, mais rigor conceitual, mais comprometimento com o método científico e mais debate na comunidade científica (com pessoas, não com "espantalhos"). Quanto mais conhecimento e mais domínio da técnica o interlocutor tiver, mais proveitosa será a utilização da metodologia econômica. E, para isso, a criação de "espantalhos" e argumentos *ad homini* não é moralmente correto, não é metodologicamente aceitável e, certamente, não previne a idolatria e o *fashionismo*.

Só assim, alcança-se a real importância da AED.

*Os autores agradecem a Ivo Teixeira Gico Jr. pelas intensas e valiosas contribuições a este artigo.*

[1] POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

[2] In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[3] Vide: POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 31-32).

[4] RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. Ao contrário do artigo em discussão, nesta obra, Rodrigues demonstra que a análise positiva da AED aplicada ao direito penal condiz com a preservação dos direitos fundamentais a incidência da eficiência econômica no ordenamento constitucional se presta à maximização racional dos ideais clássicos do Direito Penal.

[5] ROBBINS, Lionel. The nature and significance of economic science. *The philosophy of economics: An anthology*, v. 1, p. 73-99, 1932.

[6] POSNER, Richard. Fronteiras da teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.9; e POSNER, Richard. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118.

[7] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

[8] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

[9] ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[10] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

**Date Created**

16/06/2020