

Opinião: Paradigmas da análise econômica do Direito normativa

O presente artigo objetiva discorrer de forma sucinta sobre os paradigmas contemporâneos que têm surgido nos debates teóricos sobre Direito e Economia normativa. Tais discussões acadêmicas têm mantido a controvérsia candente acerca da matéria e, assim, evitado que verdades e dogmas conceituais da análise econômica do Direito.



A persistência das divergências teóricas estaria impedindo

que as questões principais afetas à matéria se tornem exclusivamente aplicadas e empíricas. No entanto, isso parece ser positivo, pois, em que pese a importância do empirismo e da visão pragmática nesse campo de estudo, debates teóricos e normativos são sempre enriquecedores e podem contribuir para a evolução como ciência.

O Direito e Economia é o campo de estudo que emprega conceitos, teorias e o ferramental da ciência econômica para descrever e compreender o ordenamento jurídico e as leis de um país, bem assim para tecer críticas e propor aprimoramentos às leis.

A vertente da análise econômica do Direito que se ocupa de descrever e compreender as leis é denominada análise positiva. Por sua vez, a vertente que se concentra no exame de como o ordenamento jurídico poderia ser aperfeiçoado é denominada análise normativa.

A análise positiva do Direito e Economia usa conceitos de microeconomia como vetores para o estudo e entendimento do Direito. São empregadas teorias econômicas para tais fins, tais como a teoria dos custos de transação, a teoria do agente, a teoria da escolha pública e a teoria dos jogos [\[1\]](#).

Além disso, alguns conceitos econômicos centrais são utilizados na análise positiva do Direito e Economia, quais sejam, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Em outras palavras, referidos conceitos da ciência econômica são usados para explicar o porquê da edição de certas leis, assim como o comportamento das pessoas relativamente às regras [\[2\]](#).

Escassez traduz a ideia de que os recursos econômicos e naturais disponíveis são finitos e limitados, de forma que toda escolha em se realizar algo implica em renúncia a outra coisa. Isso se aplica a países, a empresas e a pessoas, consistindo nos denominados *trade-offs*.



Maximização racional de utilidade ou de bem-estar consiste na extração máxima possível de prazer e benefícios que é racionalmente realizada por indivíduos na busca dos seus interesses e em suas ações com base em uma ponderação de custos e vantagens monetárias e não monetárias, isto é, bens e qualidade intangíveis como, por exemplo, poder, prestígio, dever moral, obtenção de titulações e reconhecimentos da sociedade, entre outros.

Equilíbrio, por sua vez, consiste no balanço que se atinge quando todos os agentes econômicos estão racionalmente maximizando a sua utilidade a um só tempo. Quando isso ocorre, melhores resultados legislativos e regulatórios tendem a ser obtidos, beneficiando a sociedade como um todo.

Incentivos são medidas implementadas por meio de legislação e/ou regulação no mercado e/ou na sociedade e que fazem com que os agentes mudem o seu comportamento ou reação relativamente a uma determinada situação, no intuito de atingirem ou manterem o benefício máximo extraído, bem como minimizar custos. As pessoas respondem a incentivos porque são maximizadores racionais de suas próprias utilidades.

No que tange à eficiência, conceito sempre tão caro à análise econômica do Direito e que, durante muito tempo, foi o grande paradigma dessa ciência, e, portanto, um importante parâmetro de análise, existem diversas acepções à palavra. Ater-se-á à compreensão de que eficientes são todas e quaisquer interações e trocas econômicas que resultem na maximização da riqueza da sociedade e na minimização dos custos sociais.

A análise normativa do Direito, por seu turno, ocupa-se de examinar as leis com alicerce em conceitos, teorias e o ferramental da ciência econômica de forma analítica e crítica, visando a propor caminhos e soluções para que as leis e o ordenamento jurídico como um todo possam ser melhorados.

O paradigma dominante na análise normativa sempre foi o princípio da maximização da riqueza, formulado por Richard Posner, de forma que a eficiência seria um objetivo normativo e ambos seriam o norte para a realização de justiça.

Existem, no entanto, três visões distintas no âmbito da análise normativa sobre a incidência dos referidos parâmetros sobre o Direito, a depender da compreensão que se tem do que seja maximização da riqueza: 1) a versão fundacional; 2) a versão pragmática; e 3) a versão regulatória.

Segundo a versão fundacional, as instituições jurídico-políticas e as normas jurídicas devem ser analisadas à luz do princípio da maximização da riqueza. A maximização da riqueza e a eficiência seriam os parâmetros éticos para se avaliar se uma norma jurídica é justa ou não, bem assim o funcionamento das instituições.

Esse posicionamento teria sido abandonado em razão das seguintes críticas: 1) o Direito lida com diversos valores que seriam fins em si mesmos e não instrumentos para se alcançar outra coisa, como, por exemplo, eficiência; 2) o princípio da maximização da riqueza não considera a distribuição inicial (imanentemente desequilibrada e, portanto, injusta) dos bens e direitos na sociedade; 3) o princípio seria uma diferente roupagem para o utilitarismo, teoria filosófica que preconiza que, moralmente, o correto a se fazer é aquilo que trará mais "felicidade" e mais "diminuição de dor" ao maior número de indivíduos na sociedade, uma visão bastante criticada entre os filósofos; 4) a maximização da riqueza é impraticável em face da própria natureza do capitalismo; e 5) a eficiência não é um valor moral ou jurídico, mas um parâmetro econômico.

A versão pragmática, por sua vez, entende que os conceitos de maximização de riqueza e eficiência devem ser empregados para uma análise relativa às consequências decorrentes de uma política legislativa, de uma lei e até mesmo de julgamentos em casos concretos, tudo a partir do empirismo.

Todavia, o aludido "consequencialismo" não autoriza que magistrados interpretem (e construam) normas livremente com base neste parâmetro. Esse posicionamento deve ser conjugado com o Estado democrático de Direito e a Constituição.

Vale observar que a visão pragmática da análise econômica do Direito normativa foi recentemente incorporada ao ordenamento pátrio, haja vista ter sido positivada pelo legislador, ainda que talvez de forma inadvertida e irrefletida.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seus artigos 20 e 21, dispõem que, nas esferas administrativa, de controladoria e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos e sem se considerar expressamente as consequências jurídicas e administrativas advindas da decisão. Outrossim, a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) instituiu, em seu artigo 5º, a análise de impacto regulatório, que consiste no exame dos possíveis efeitos do ato normativo para verificação do seu impacto econômico [\[3\]](#).

Já a versão regulatória da análise econômica do Direito normativa sustenta que a função do Direito é regular e dar concretude às políticas públicas. Portanto, a eficiência influiria na Justiça por meio da atividade política, legislativa e regulatória do Estado, sopesando-se custos e benefícios de políticas e atos.

Essa visão emanaria efeitos também sobre a judicatura, uma vez que, quando os fatos de um caso não puderem ser subsumidos a uma regra, caberia ao magistrado criar normas, cujos efeitos, na prática, ultrapassariam as partes envolvidas. Sendo assim, magistrados exerceriam também uma função política e, portanto, deveriam tentar adotar a lógica e o pensamento de legisladores.

Todavia, os arquétipos clássicos da análise econômica do Direito normativa têm sido reconsiderados.



Os paradigmas contemporâneos do Direito e Economia normativa que têm surgido a partir dos debates acadêmicos sugerem novas compreensões sobre qual seria o papel do ferramental econômico na análise das leis, encampando uma visão crítica e propositiva.

Tradicionalmente, estudiosos do Direito e Economia entendiam que a maximização da eficiência seria o objetivo precípua da análise econômica de políticas; que a eficiência deveria ser o principal critério de avaliação de um sistema jurídico; que o bem-estar social seria a base da análise normativa, porém sem olhar para a distribuição de utilidades; e rejeitavam a redistribuição de riqueza como um vetor do Direito Privado, salvo em circunstâncias especiais e excepcionais, admitindo-a apenas no âmbito da tributação na sociedade.

Hodiernamente, contudo, teóricos da análise econômica do Direito, em sua faceta normativa, passaram a enxergar que a distribuição de riqueza também deveria ser um parâmetro de exame e um objetivo a ser perseguido no emprego dos conceitos e teorias econômicas na avaliação de políticas, leis e resultados de julgamentos.

A justificativa seria o fato de que políticas eficientes desprovidas de uma contrapartida de distribuição de riqueza são sistematicamente regressivas [\[4\]](#). Além disso, a realidade dos custos políticos poderia marcar o fim da defesa categórica e desprovida de evidências empíricas contra a busca da distribuição de riqueza para além do sistema tributário [\[5\]](#).

Outras reflexões que têm surgido no que concerne ao espectro normativo da análise econômica do Direito dizem respeito ao método empregado nos estudos e pesquisas dessa ciência.

Regra geral, a matéria Direito e Economia foca-se em microeconomia e escolhas racionais (ou enviesadas sob a ótica da economia comportamental). Ela não se ocupa e não se preocupa com aspectos monetários e os mercados — salvo pela ótica do antitruste.

Porém, as recentes crises econômicas têm apontado no sentido de que talvez esse campo do conhecimento possa contribuir com soluções, como, a propósito, foi em certa medida visto na crise econômica originada com a pandemia, por meio da edição de legislações emergenciais e excepcionais mundo afora para lidar com os problemas.

Dessa forma, alguns teóricos têm buscado relacionar macroeconomia e Direito, especialmente com vistas ao desenvolvimento de remédios jurídicos para as cíclicas e inevitáveis crises econômicas.

Ainda, outro aspecto relacionado aos novos paradigmas diz respeito à "modularização" da análise econômica do Direito, a qual também tem sido colocada em xeque. Tradicionalmente, os estudos e pesquisas eram "modularizados" de acordo com as áreas jurídicas, sendo que cada uma tinha um objetivo em termos de eficiência e preocupações específicas.



Por exemplo, para o Direito Societário, a maximização de valor ao acionista; para o Direito Concorrencial, a proteção ao consumidor; para o Direito da Insolvência, maximizar o valor da empresa em prol dos credores; para o Direito dos Contratos, minimizar os custos de transação; para a Responsabilidade Civil, reduzir o custo de sinistros, e assim por diante.

Entretanto, as novas compreensões sobre a análise econômica do Direito normativa oferecem outros ângulos de exame, tais como aspectos políticos e outras finalidades econômicas, sugerindo que a ciência se expanda, extrapole o conceito de "eficiência" e os objetivos específicos das áreas do Direito, e passe a levar estas novas abordagens em conta na formulação de suas proposições.

Por derradeiro, vale mencionar um último aspecto do questionamento aos paradigmas até então prevaletentes. Teóricos fundadores do Direito e Economia vêm mudando sua compreensão.

Por exemplo, Richard Posner, em uma de suas mais recentes obras, denominada *"The Crisis of Capitalist Democracy"*, declarou-se um keynesiano, cuja teoria e normatividade focada em aumento do PIB, crescimento econômico, emprego, controle de preços e inflação, ainda que à custa do sacrifício da eficiência, são colidentes com os conceitos de microeconomia na qual tradicionalmente se escora a análise econômica do Direito.

Robert Cooter, por sua vez, na obra ainda não publicada, mas disponível na internet, *"The Falcon's Gyre: Legal Foudation of Economic Innovation and Growth"*, sugere que a inovação deveria ser o novo paradigma do Direito e Economia normativa, dada a sua maior capacidade de modificar e melhorar o bem-estar social em comparação a qualquer alocação mais eficiente de recursos.

Conclui-se, portanto, que o Direito e Economia normativa está em plena mutação e evolução teórica como consequência dos debates e dos questionamentos em torno dos seus paradigmas clássicos, com o surgimento de novos parâmetros de análise e crítica para essa ciência.

Os paradigmas atuais sugerem que a eficiência e a maximização da riqueza talvez não sejam os únicos e certamente não são os melhores parâmetros para exame de políticas públicas, leis e jurisprudência.

Trata-se, no entanto, de campo científico que vem contribuindo para o desenvolvimento do Direito e a administração da Justiça, e continuará a fazê-lo, possivelmente sob enfoques adicionais.

[1] SALAMA. Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV. Estudo 22, v. 5 n. 2. março 2008.

[2] Idem.

[3] "Lindb, Artigo 20 — Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento).

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Artigo 21 — A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento).



(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)".

"Lei de Liberdade Econômica, Artigo 5º — As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

(Regulamento).

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada".

[4] Zachary Liscow, Is Efficiency Biased?, University of Chicago Law Review Vol. 85, No. 7 (2018).

[5] Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, The Distributive Deficit in Law and Economics, 100 Minn. L. Rev. 1051 (2016).

Date Created

19/01/2022