



# Revista Jurídica



**EDIÇÃO I** **2022**

## **AFINAL, O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?**

## **AFTER ALL, WHAT IS ECONOMIC ANALYSIS OF LAW?**

**Marcelo Guerra Martins**

**Marcelo Guerra Martins:** graduado, mestre e doutor pela Universidade de São Paulo. Professor da Pós-graduação *latu sensu* da Universidade Federal Fluminense e da Fundação Getúlio Vargas (Direito-RIO). É Juiz Federal em São Paulo. Foi Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal (2009 a 2012). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9367234292369681>

**Resumo:** a AED (Análise Econômica do Direito) é, antes de tudo, um método de compreensão do direito, sendo aplicável a seus diversos ramos. A partir de teorias desenvolvidas em seu âmbito, procura-se prever os efeitos (ou consequências) que uma norma gerará sobre o comportamento das pessoas (trata-se da AED positiva). É possível também servir-se da AED para formular propostas normativas (*de lege ferenda*) com objetivo de regular (induzir, estimular ou inibir) o comportamento humano (trata-se da AED normativa). Em nenhuma hipótese deve-se confundir a AED com a chamada interpretação econômica do direito, visto tratar-se de ferramentas diversas e não intercambiáveis. A AED surgiu na segunda metade do século XX nos Estados Unidos, com destaque para a escola fundacional, que posteriormente evoluiu para a pragmática; a escola regulatória e as escolas institucionalistas. Sua presença no Brasil ainda é recente, porém vem encontrando ressonância e crescente aceitação.

**Palavras-Chave:** Análise Econômica do Direito; Efeitos e Consequências das Normas Jurídicas; Formulação de Propostas Normativas; Regulação da Conduta Humana.

**Abstract:** *EAL (Economic Analysis of Law) is, above all, a method of understanding the law, being applicable to its various branches. Based on theories developed within its scope, it seeks to predict the effects (or consequences) that a norm will generate on people's behavior (this is the positive AED). It is also possible to use the AED to formulate normative proposals (de lege ferenda) with the objective of regulating (inducing, stimulating or inhibiting) human behavior (this is the normative AED). Under no circumstances should the AED be confused with the so-called economic interpretation of law, since they are different and not interchangeable tools. EAL emerged in the second half of the 20th century in the United States, with emphasis on the foundational school, which later evolved into pragmatics; the regulatory school and institutionalist schools. Its presence in Brazil is still recent, but it has found resonance and growing acceptance.*

**Keywords:** *Economic Analysis of Law, Effects and Consequences of Legal Rules, Formulation of Normative Proposals, Regulation of Human Conduct.*

## 1 INTRODUÇÃO

A regulação do comportamento humano por meio de normas, com a previsão de sanções ou penalidades aos infratores ou àqueles que de alguma forma se desviarem dos preceitos, sempre se fez necessária como um meio de disciplinar, do modo mais pacífico possível, a distribuição dos bens e riquezas entre as pessoas.

Levando em conta que os recursos são finitos, a sobrevivência de qualquer sociedade, seja minúscula ou gigantesca e complexa, depende basicamente de três questões, tudo a depender de fatores como clima, recursos naturais disponíveis, capacidade da mão de obra, conhecimentos acumulados, crenças, valores morais, etc. Assim, não obstante as repostas poderem se diferenciar em cada caso, as questões são sempre as mesmas: 1) o que produzir? 2) como produzir? e 3) como dividir entre os membros o que foi produzido?

Fatores como clima, recursos naturais disponíveis, capacidade da mão de obra e conhecimentos acumulados determinarão a resposta das duas primeiras questões. A terceira questão, que se liga à divisão do que foi produzido, dependerá justamente da estrutura normativa presente em cada sociedade, com variações óbvias em termos de tempo e local. Não interessa se referidas normas têm fundamento na religião, na moral, nos costumes, na lei estatal, etc.: são elas que ditarão como deve ocorrer a divisão daquilo que uma sociedade produziu.

Daí a forte relação entre a economia (modo de organização social que responde às duas primeiras questões) e o direito (normas que regulam, dentre outros aspectos, a distribuição de bens e riquezas em geral, por meio de institutos como propriedade, posse, contratos, etc.). Assim, é certo que o direito e a economia são ambos fenômenos sociais antiquíssimos que interagem constantemente por meio de estímulos e *feedbacks* recíprocos.

Essas relações (entre direito e economia) passaram a ser objeto de análise acadêmica, metodológica e organizada em diversas universidades. É o que se denominou Análise Econômica do Direito (ou Direito e Economia), movimento que surgiu a partir da segunda metade do século XX nos Estados Unidos (lá denominado de *Law and Economics*), com a presença de várias “escolas” ou “versões”, tendo chegado no Brasil há não mais que duas décadas. É sobre o que discutiremos no presente texto.

Advertimos, desde logo, não ser nossa intenção colocar palavras finais, muito menos verdades ou certezas absolutas. Ao contrário, críticas e sugestões são sempre bem-vindas.

## **2 – A INTERLIGAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA**

A regulação do comportamento das pessoas por meio de normas vem ocorrendo desde tempos imemoriais. Com efeito, entre “gregos e romanos, do mesmo modo que entre os hindus, desde o princípio, espontaneamente, a lei surgiu como especialidade de sua religião” (COULANGES, 1954, p. 284-285).

Por sua vez, a economia é modo como uma determinada sociedade se organiza, a maneira como divide e distribui entre seus membros os recursos e bens produzidos. Desse modo, num “mundo no qual os recursos são escassos, cada escolha implica em uma renúncia – que, por sua vez, implica em custo de oportunidade, que se refere justamente àquilo a que se renunciou” (CARVALHO, 2012, p. 29). Por conseguinte, a organização da economia (em qualquer sociedade) implica na resolução de algumas questões elementares, a saber:

1) O que será produzido? Como dito, devido à insuficiência dos recursos materiais, não é possível atender a todas as necessidades e ou desejos simultaneamente, sendo indispensável fazer escolhas a respeito da quantidade e qualidade dos bens e serviços que serão confeccionados num dado período.

2) Como será produzido? Frente à diversas possibilidades e técnicas disponíveis, em que cada uma apresenta custo de oportunidade diferente, é de rigor decidir quais meios de produção devem ser aplicados para cada finalidade desejada, de modo a evitar o desperdício e, com isso, atingir um patamar de maior eficiência.

3) Como será a divisão do que foi produzido? Significa resolver como será efetivada a distribuição do que foi produzido pela sociedade como resultado da interação econômica dos seus componentes.

É nesse contexto que se apresenta uma das primeiras e mais básicas relações entre o direito e a economia, qual seja, a estipulação por meio das normas das chamadas “regras do jogo” que deverão ser observadas pelos atores econômicos, em suma, todos os componentes da sociedade, independentemente da riqueza ou posição social ostentada. Neste amplíssimo campo, vários “conteúdos” podem ser direcionados pelo direito à ação econômica das pessoas, citando-se a seguir aqueles que julgamos ser os mais relevantes à compreensão do presente texto.

### **2.1 – CONTEÚDO DE PROIBIÇÃO OU VEDAÇÃO DE CERTOS**

## COMPORAMENTOS

Há várias atividades que, por representarem risco à saúde ou algum tipo de conflito com o interesse público, ou mesmo por razões políticas, tem sua prática completamente vetada pelo direito (v.g. produção e o comércio de substâncias entorpecentes, exploração de jogos de azar, a venda de mercadorias sem nota fiscal, a “lei seca” que tornou ilícito o fabrico, o transporte, a importação ou exportação de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos em 1919, etc.).

Em todos os casos, verifica-se uma circunstância peculiar, qual seja: a interdição total de qualquer atividade econômica representa um conflito aberto entre as forças de mercado (a oferta e demanda por determinado bem ou serviço) e as respectivas normas impeditivas. O simples fato de uma proibição ter sido normativamente imposta não garante sua observância automática, seja por produtores, fornecedores ou mesmo por potenciais consumidores envolvidos.

De fato, é muito raro que uma norma jurídica consiga banir completamente alguma atividade econômica, ainda que o Estado inquine a conduta de criminosa e institua mecanismos de fiscalização e repreensão. Usualmente, o que se observa é a permanência de um mercado “paralelo”, o que indica que nesses casos o diálogo entre o direito e a economia é conflituoso e, por isso, requererá investimentos (públicos) com vistas à sua eliminação do seio social.

É que a cessação da prática de determinada atividade não depende apenas da pena prevista *in abstractu* na lei, mas também da probabilidade de o agente ser condenado. É que, o “cálculo do desestímulo, porém, somente é realmente eficaz quando a técnica de dissuasão aplicada é capaz de levar ao resultado esperado: a redução das expectativas econômicas de modo a eliminar o benefício esperado pelo agente” (DIAS, 2009, p. 30).

Noutras palavras, “o criminoso racional calcula o valor esperado da apropriação indébita, que é igual ao ganho menos a pena, multiplicada pela probabilidade de ser pego e condenado” (COOTER; ULEN, p. 410). Daí ser sempre necessário que o legislador, antes de vetar alguma atividade por meio da imposição de penalidades, leve em conta os custos envolvidos na respectiva fiscalização e repreensão, sob pena da “lei não pegar”, o que gera descrédito ao sistema jurídico.

## 2.2 - CONTEÚDO DE PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DO DIREITO DE

## **PROPRIEDADE**

É possível que a regulação da propriedade, por meio do direito, decorra de uma percepção (talvez ligada ao próprio instinto de sobrevivência) de que a apropriação de elementos que representem alguma utilidade ao seu detentor pode propiciar, no futuro, uma vida com menos obstáculos ou agruras.

Por uma série de razões, possivelmente sendo a causa mais importante o anseio de poupar energia e até mesmo vidas em torno das disputas pelos diversos bens, a figura da apropriação ganhou tratamento jurídico há muitos séculos, conforme, por exemplo, já estava previsto no Direito Romano pela cláusula: *dominum est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur* (BEVILÁCQUA, 1955, p. 44).

É inegável que o instituto da propriedade sofreu grande evolução ao longo dos séculos, sendo que a clássica visão do Direito Romano deu lugar a versões que procuram conciliar o interesse individual do proprietário com o interesse coletivo. É o que ocorre, dentre outras hipóteses, nos casos em que a legislação regula o exercício desse direito (v.g. direito de vizinhança, regras atinentes aos condomínios, normas de segurança dos imóveis, temporariedade da proteção à propriedade intelectual como as patentes, direito de o Estado desapropriar, etc.)

No Brasil, a propriedade foi incluída em todas as Constituições: 1824 (art. 179, XXII), 1891 (art. 72, §17), 1934 (art. 113, alínea 17), 1937 (art. 122, alínea 14), 1946 (art. 141, §16), 1967 (art. 150, §22), 1967, após a Emenda 01, (art. 153, §22) e 1988 (art. 5º, XXII), o que evidencia a sua relevância na estruturação e funcionamento da dinâmica social desde o nascimento do país no início do século XIX.

### **2.3 – CONTEÚDO DE PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DOS CONTRATOS**

O contrato é uma figura antiquíssima que se caracteriza pelo acordo de vontades e tem por objeto, “assegurar e regular a pacífica circulação de riqueza; evitar a violência na alocação eficiente dos bens na economia; e a promover sua transferência entre as pessoas de forma lícita, uma vez que obriga as pessoas por suas declarações e promessas” (SZTAJN; VERSOÇA, 2003, p. 09).

Desta feita, o contrato se constitui numa promessa capaz de gerar expectativas de determinados comportamentos entre as partes envolvidas, que ocorrerão ou não segundo os

incentivos e/ou sanções para as hipóteses de descumprimento do pacto.

É bem sabido que os conteúdos do contrato, isto é, as promessas e obrigações assumidas pelas partes, não podem ferir mandamentos de “ordem pública” ou “leis imperativas”, que, ao restringirem a liberdade de disposição das cláusulas, dirigem, de algum modo, a formação das avenças e vedam a inclusão de preceitos que o legislador entenda prejudicial a uma das partes.

No direito brasileiro há vários exemplos de normas cujo teor autoriza a interferência externa (via de regra, por meio da atuação judicial) no conteúdo dos contratos, das quais merece especial destaque o Código de Defesa do Consumidor que, dentre outras várias previsões, traz dispositivos sobre o direito de revisão de cláusulas nos casos em que a prestação a cargo do consumidor for desproporcional àquela da outra parte, de maneira a resultar numa vantagem excessiva (v.g. arts. 6º; 39, V e 51, IV).

O diálogo entre o direito e a economia na área contratual nem sempre é de fácil desenlace. Em muitas ocasiões, o equilíbrio entre a eficiência econômica e a equidade (ou justiça) objetivada pelo direito é uma tarefa árdua. Áreas como a locação para fins residenciais, por exemplo, são férteis para que essa relação se problematize. Nessa linha, segundo um dos fundadores da AED nos Estados Unidos:

uma regra que facilite aos inquilinos pobres o rompimento dos contratos de locação com senhorios ricos irá induzir estes últimos a aumentar os aluguéis a fim de suportar o impacto dos custos mais altos impostos pela regra, e os inquilinos vão suportar o preço dos custos elevados. Na verdade, a principal redistribuição realizada por tal regra pode abranger desde o inquilino prudente e responsável, que pode obter pouca ou nenhuma vantagem dos direitos jurídicos adicionais a serem usados contra os senhorios – direitos que podem permitir que um inquilino evite ou adie o despejo pelo não-pagamento do aluguel -, até o inquilino inseqüente. Trata-se de uma redistribuição extravagante (POSNER, 2007a, p. 483).

Outro exemplo são as denominadas “guerras urbanas” travadas na Holanda no final dos anos 1970, ocasião em que aproximadamente 3.000 pessoas invadiram diversos imóveis desocupados, o que causou severos choques com as forças policiais quando da retomada dos bens pelos proprietários. Conforme SALAMA (2008, p. 21), naquela ocasião, os imóveis encontravam-se não habitados porque a legislação protegia excessivamente os locatários, o que culminou na preferência de muitos proprietários em simplesmente deixarem seus imóveis fechados.

A relação entre o direito e a economia também é moldada pelas decisões oriundas do Poder Judiciário na solução dos casos concretos. Assim, embora uma decisão judicial gere efeitos jurídicos apenas sobre as partes que participaram do processo, os efeitos econômicos

quase sempre extrapolam os limites dos autos e acabam por influenciar, em algum grau, as estratégias negociais daqueles que se enquadram em circunstâncias análogas.

Dispensar atenção a esse tópico é de suma importância, uma vez que “variações na qualidade dos sistemas legais e judiciais são importantes determinantes do ritmo de crescimento e desenvolvimento dos países” (PINHEIRO, 2008, p. 22).

Nossa proposta, evidentemente, não é de que os juízes deixem de intervir nas relações contratuais discutidas nas causas a si distribuídas, mesmo porque o sistema jurídico nacional assim permite. No entanto, é de rigor que os juízes compreendam e tenham bem fixado em suas consciências que: “não há desenvolvimento da sociedade que não esteja ancorado num quadro institucional baseado em regras estáveis e legítimas, que propiciem segurança jurídica e recebam aceitabilidade social” (MICHELS, 2005, p. 226).

A revisão judicial dos contratos, em verdade, enfrenta um conflito entre a micro (o caso *sub judice*) e a macro justiça (os casos que, em potencial, se encontram na mesma circunstância), sendo certo que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia” (AMARAL, 2001, p. 39).

## **2.4 - CONTEÚDO DE PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA**

A livre concorrência, um dos pilares do sistema econômico brasileiro, se mostra presente quando, em relação a bens ou serviços não exclusivos e facilmente substituíveis (v.g. margarina e manteiga), há ao mesmo tempo elevado número de ofertantes (produtores) e de demandantes (consumidores), de forma que nenhum desses agentes detenha poder bastante para, de forma isolada, estabelecer os preços de determinado bem ou serviço.

Assim, em situações de livre concorrência, os produtores auferem um “lucro normal” e os consumidores pagam o chamado “preço justo”. Daí ser comum afirmar que, numa economia de mercado em livre concorrência, os bens tendem a acabar nas mãos de quem mais os valorize, pois caso contrário os negócios não ocorreriam por falta de interesse de uma das partes (v.g. caso o comprador discorde do preço pedido e o vendedor se recuse a baixá-lo). Por tais motivos, a livre concorrência tem sido considerada como a “estrutura de mercado que melhor parece compatibilizar os interesses privados com os da sociedade” (ROSSETTI, 1987, p.303).

No entanto, há bastante tempo é sabido que o mercado em funcionamento pode apresentar algumas falhas, ou seja, a suposta “mão invisível”, que cuidaria de fixar a uma concorrência perfeita, não tem pulso suficiente para neutralizar o surgimento de circunstâncias prejudiciais capazes de interferir na suposta melhor alocação possível dos bens circuláveis. Portanto, essencialmente por meio da edição de normas jurídicas, o Estado tenta minimizar essas circunstâncias ou falhas, a saber:

1) Rigidez de fatores (falha de mobilidade): constitui-se na circunstância de os agentes do mercado, por motivos de ordem física, operacional, institucional, etc., levarem certo tempo para reagirem aos sinais concernentes à oferta e demanda dos diversos produtos e serviços.

Desse modo, é cabível a intervenção estatal em mercados cujos produtores encontrem dificuldades para reagir aos estímulos, como, por exemplo, políticas governamentais que visem neutralizar (ao menos em parte) a rigidez de fatores, tais como, o crédito à agricultura e à certos setores industriais a juros reduzidos, a garantia da compra da safra a um preço mínimo, serviços e programas de apoio e assessoria técnica, etc.

2) Assimetria de informações: revela-se na falta de acesso a informações relevantes dificultando os cálculos e previsões quanto aos riscos de uma negociação. Assim, é natural que os fabricantes (ou os vendedores) de produtos e serviços conheçam em muito maior grau do que os consumidores, as características, qualidades, defeitos e eventuais riscos relativos ao que está posto à venda. Mesmo considerando a crescente facilidade de acesso à informação, notadamente através do uso da *internet*, “a maioria dos consumidores não têm consciência dos efeitos associados ao consumo de certos produtos” (FARINA, 1997, p. 117).

Daí a necessidade das leis (v.g. o Código do Consumidor) trazerem preceitos destinados a, dentre outras medidas, coibir a propaganda enganosa, obrigar os fabricantes a concederem garantias de funcionamento dos produtos, indicarem nas embalagens diversos dados acerca dos produtos à venda, etc.

3) Concentração econômica: corresponde à falta de concorrência (ou sua deficiência) em certos mercados. São os casos de monopólio, monopsonio, oligopólio e oligopsonio, onde não há competição entre os agentes econômicos ou esta é bastante reduzida. Nesses casos, via de regra, o preço praticado é maior do que seria em situações de concorrência mais acirrada, bem como a qualidade e durabilidade dos produtos em pauta resta ordinariamente inferior.

Resumidamente, no monopólio apenas uma empresa fornece determinado bem ou serviço a um grande número de consumidores. Quando forem poucas as empresas

fornecedoras, então se trata de um oligopólio. No monopólio ocorre o contrário, isso é, um único consumidor (v.g. uma montadora de automóveis) é o principal cliente de várias fornecedoras (v.g. as indústrias de autopeças). Caso sejam poucos os consumidores para muitas fornecedoras, então o caso é de oligopólio. Em todas essas hipóteses a concorrência resta ausente ou amenizada.

É por meio da denominada política antitruste, cuja base sempre deve ser a lei, que o Estado busca prevenir e, quando necessário, reparar os problemas trazidos pela concentração econômica. No Brasil, em termos legislativos, atualmente a matéria é disciplinada pela Lei 12.529/2011, destacando-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal competente para tomar as decisões no âmbito administrativo concernentes às possíveis infrações à ordem econômica (v.g. vendas casadas, exigências de exclusividade, formação de cartéis, etc.).

“Política Antitruste, Política de Defesa da Concorrência, Política de Controle do Abuso do Poder Econômico constituem três nomes diferentes utilizados para designar o mesmo processo: a intervenção governamental sobre os negócios privados, visando harmonizar os interesses públicos, com a busca, legítima, de maximização de resultados das empresas, na presença de poder de monopólio” (FARINA, 1997, p. 120).

4) Externalidades: trata-se da transferência a terceiros de uma parcela dos custos (ou certas inconveniências) decorrentes do exercício de uma atividade econômica (v.g. a poluição gerada por uma indústria química, com o conseqüente aumento da incidência de doenças respiratórias na região em que se encontrar instalada; a queimada da cana de açúcar antes do corte, cuja fuligem grossa liberada, além de sujar as regiões urbanas circunvizinhas, causa doenças respiratórias; a construção de um grande edifício em termos de piora do trânsito local; etc.). Os exemplos retro correspondem a “externalidades negativas”. Portanto, é desejável que o sistema normativo coíba as externalidades.

O mesmo é válido para as “externalidades positivas” que, em suma, geram benefícios a terceiras pessoas sem qualquer contrapartida financeira ou de outra ordem. É o caso, por exemplo, das descobertas de novas substâncias como medicamentos, defensivos agrícolas, etc. Em tais hipóteses, se as leis não instituírem uma proteção que permita ao inventor receber algum benefício de seu labor (v.g. uma patente), não haverá estímulo ao desenvolvimento desse tipo de atividade, estando a sociedade condenada à estagnação.

5) Utilização de bens coletivos (também chamados pelos economistas de bens públicos). O problema aqui é que esse tipo de bem possui duas características marcantes,

quais sejam: 1) são “não excludentes” (não é possível impedir alguém de desfrutá-los) e 2) são “não rivais” (seu consumo pode ocorrer ao mesmo tempo por mais de uma pessoa). Exemplo clássico desse tipo de bem é a defesa nacional, comodidade promovida pelo Estado que beneficia a todos residentes do país ao mesmo tempo. Outro exemplo são as praças públicas, as ruas, as avenidas, as rodovias desprovidas de pedágio, a proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural do país, etc.

Enquanto que para os juristas o bem público é aquele que pertence a uma pessoa jurídica de direito público (é o que diz o art. 98 e ss. do Código Civil), os economistas designam como público qualquer bem que seja não-rival e não-exclusivo, independentemente de sua titularidade.

“Para a Ciência Econômica, bem público ou coletivo é o bem para o qual o princípio da exclusividade não se aplica, ou seja, ele poderia ser simultaneamente consumido por mais de um indivíduo sem diminuir o seu consumo por qualquer pessoa” (COELHO, 2007, p. 197).

Pode ser também considerado bem coletivo, por exemplo, a extinção de uma praga que afete determinada lavoura, uma vez que os benefícios dessa empreitada se estenderão a todos os agricultores, não sendo possível excluir quem quer que seja. Assim, se não houver alguma proteção legal que garanta uma remuneração pela utilização desse tipo de bem por terceiros (v.g. uma patente), não haverá incentivo para que alguém invista recursos em pesquisas voltadas à extinção de pragas agrícolas. O mesmo vale para qualquer outra benesse gerada por um bem coletivo (v.g. um novo medicamento).

É certo que a descoberta de novos medicamentos também pode ser considerada geradora de uma externalidade positiva, visto que os benefícios da nova substância poderão beneficiar um número indefinido de pessoas.

## **2.5 - CONTEÚDO DE INCENTIVO E OU INIBIÇÃO DE DETERMINADOS COMPORTAMENTOS**

Destacamos aqui a possibilidade de as normas jurídicas serem editadas com objetivo incentivar ou inibir certos comportamentos econômicos que o legislador entende como desejáveis ou não. Aqui não há uma determinação ou mesmo uma proibição expressa para que certas atividades ocorram ou não. Os instrumentos utilizados se assemelham àqueles empregados na domaçoão de animais, quais sejam: prêmios e punições, dependendo do ato

praticado.

Um dos campos mais férteis a esse tipo de intervenção é a tributação. Com efeito, a antes tradicional finalidade fiscal dos tributos, até então vistos essencialmente como ferramentas para o sustento exclusivo das despesas estatais típicas, passa a repartir espaço com a extrafiscalidade, isso é, com a possibilidade da instituição de exações mais vocacionadas a induzir certos comportamentos do que representar fonte substancial de receita.

Nessas situações, “o agente econômico não se vê sem alternativas; ao contrário, recebe ele estímulos e desestímulos que, atuando no campo de sua formação de vontade, levam-no a se decidir pelo caminho proposto pelo legislador” (SCHOUERI, 2005, p. 43-44). Não é que esse tipo de ação estatal inexistisse anteriormente, mas o grande impulso a essa tendência ocorreu a partir dos anos 1930 do século XX. Com efeito, “a tributação extrafiscal é fenômeno que caminha de mãos dadas com o intervencionismo do Estado, na medida em que é ação estatal sobre o mercado e a, antes sagrada, livre iniciativa” (BEZERRA, 1981, p. 47).

Como exemplos de tributos com função predominantemente extrafiscal citamos os impostos de importação e exportação (tributos aduaneiros), que podem ser calibrados para auxiliar a execução da política industrial do país.

Outros exemplos de tributos extrafiscais são: o IPI (imposto sobre produtos industrializados), cujas alíquotas devem ser graduadas segundo a essencialidade dos produtos (art. 153, §3º, I, da CF/88), o ITR (imposto territorial rural), que deve incidir de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, §4º, da CF/88), o IPTU (imposto predial e territorial urbano), de modo a estimular que os proprietários promovam o adequado aproveitamento dos imóveis subutilizados por meio da majoração progressiva do gravame no tempo (art. 182, §4º, II, da CF/88).

Em adição, expedientes como isenções tributárias, “alíquotas zero”, créditos presumidos, sistemas *draw back*, desoneração de exportações, e outros, igualmente possuem função extrafiscal, isso sem falar numa grande gama de contribuições, tais como as CIDEs (contribuições de intervenção no domínio econômico).

### **3 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)**

Até agora vimos como o direito (normas) e a economia (modo de organização social), ambos fenômenos sociais, podem interagir no mundo real. A partir desse momento,

passamos a examinar como os acadêmicos vem interpretando essa interação. Segundo POSNER (2007b, p. 55), até 1960 o movimento da Análise Econômica do Direito era quase sinônimo de Direito da Concorrência ou Antimonopólio. Em suas palavras, “*El nuevo derecho y economía se inició con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los cuasidelitos y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social*”. Teriam sido esses, então, os primeiros esforços para aplicar sistematicamente a análise de cunho econômico a áreas do direito que não cuidavam explicitamente de relações econômicas. Aliás SZTAJN (2005, p. 74) coloca o próprio Posner como um dos cofundadores da moderna AED.

Essa divisão entre a “velha” e a “nova” Análise Econômica do Direito, a partir de 1960, é expressamente admitida por CALABRESI (1990, p. 47), “*per il fatto di applicare gli strumenti di analisi propri delle scienze economiche anche a norme cui, almeno dichiaratamente, scopi di tipo economico sono estranei*”.

No que se refere à metodologia basilar dos trabalhos da área, SZTAJN (2005, p. 75) aduz que: “Comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes”.

Nesse diapasão, em linhas gerais, a AED se revela como a aplicação ao sistema jurídico de premissas ou postulados próprios da ciência econômica, cabendo destacar, para fins desse texto, os seguintes: 1) a finitude dos recursos materiais disponíveis, 2) a necessidade de se fazer escolhas e, portanto, arcar com “custos de oportunidade”, 3) o fato de o ser humano usualmente reagir aos incentivos do ambiente em que vive, 4) a circunstância de, num mercado em livre concorrência, os bens acabarem indo para as mãos de quem mais os valorize.

A aceitação dessas premissas é importante no âmbito da AED, vez que permite investigar padrões comportamentais das pessoas em geral. Dessa forma, “faz-se um paralelo entre preços e normas jurídicas no sentido de que essas, assim como aqueles, atuam como estímulos à atividade dos indivíduos” (COELHO, 2007, p. 10).

Dentro da Análise Econômica do Direito podem ser encontradas escolas (ou movimentos), isso é, grupos de pesquisadores que trabalham sob paradigmas relativamente diversos, tudo a depender do modo e da extensão em que as referidas premissas econômicas são aceitas e aplicadas. São elas: 1) a Escola Fundacional, que posteriormente deu origem à Escola Pragmática; 2) a Escola Regulatória e 3) as Escolas Institucionalistas.

A teor das linhas mestras da Escola Fundacional, o objetivo primordial do direito, no qual inclusive repousaria seu fundamento (daí a expressão “fundacional”), é contribuir para a maximização da riqueza, notadamente por meio da intransigente proteção da propriedade e dos contratos, devendo o direito intervir o mínimo possível nas relações do mercado. Assim, por exemplo, as leis não deveriam vetar, dentre outros negócios, a compra e venda de órgãos humanos, de crianças para adoção, de entorpecentes, de armas quaisquer que sejam, etc.

A versão fundacional da AED encontra-se atualmente superada, ao menos em suas visões mais puristas. Seu relevante defensor foi o já citado Richard Posner. Segundo FERES (2001, p. 34):

Richard Posner elegeu o critério da eficiência econômica como único a ser levado em conta no momento da decisão judicial. Esta deve ter por fim a maximização da riqueza, despojando-se de quaisquer outros valores e princípios que não se coadunam com a certeza e objetividade fundamentais a um mais preciso processo judicial. É, pois, relevante ter em mente que o liberalismo norte-americano acentuado acaba por influir na escolha desse único valor a garantir, grosso modo, ao mais eficiente ganho de causa.

Importantes críticas à teoria fundacional são engendradas por FORGIONI (2006, p. 59) para quem: “A sociedade civil não se resume ao mercado, há princípios [jurídicos] que não atendem à lógica econômica e que também compõem a chamada ‘ordem jurídica do mercado’”. No mesmo caminho, a lição de FERES (2001, p. 37): “É evidente que a *social wealth*, enquanto fim em si, não atende aos reclamos da justiça, enquanto valor, que leva em consideração as diferenças entre as pessoas e a distribuição”.

Disso resulta que o próprio Richard Posner, por volta de 1990, reviu parcialmente a proposta da maximização de riqueza como fundamento prioritário do direito e, ao “arrefecer” suas convicções, instituiu a Escola Pragmática da AED, conforme explica SALAMA (2008, p. 33):

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 feita em bases outras que não a eficiência.

Dessa forma, a versão pragmática revela uma compreensão do direito como instrumento voltado à consecução de certos fins sociais, ainda que com especial destaque à maximização da riqueza por meio da liberdade econômica, mas com temperamentos frente a

valores sociais assentados e tidos por intransponíveis, que podem variar segundo as circunstâncias de tempo e local. Passa a ser admitido, pois, que o direito proíba certas atividades moralmente condenáveis, tais como a compra e venda de crianças para adoção, etc., mas por força de um pragmatismo, isso é, em nome da harmonia social, evitando-se a perda de legitimidade e aceitação do direito.

A Escola Regulatória considera o direito como uma ferramenta de amparo na concretização de políticas públicas, quer dizer, a eficiência econômica não serve como embasamento angular para a aferição do “justo jurídico”, sendo que questões de distribuição e equidade influem no resultado obtido. Essa linha é defendida pela “Escola de New Haven” ou “de Yale” e tem Guido Calabresi como um dos principais expoentes. Nas palavras de FERES (2001, p. 34-35):

Calabresi constrói o prédio de sua teoria sob o ponto de vista normativo. Ao invés de explicar o mundo tal como é, intenta-se melhorá-lo, operar mudanças a fim de atingir-se a almejada justiça, com eficiência econômica e *distribution*. Assim, a preocupação, para tal autor, é o comportamento regulado que desempenha importante função na formulação de políticas e contribui para a análise econômica normativa do Direito.

Por fim, destacamos as chamadas Escolas Institucionalistas que, além do direito (as normas jurídicas e decisões judiciais regularmente editadas pelo Estado), incluem e consideram como elemento essencial em suas pesquisas o peso exercido pelo arcabouço institucional sobre o comportamento das pessoas. Segundo Douglass North, instituições:

*are the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g., rules, laws, constitutions), informal constraints (e.g., norms of behavior, conventions, self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structure of societies and specifically economies (NORTH, 1994, p. 360).*

Dessa forma, as instituições englobam, além das normas jurídicas, o modo, a extensão e a efetividade que de são elas aplicadas, bem como compreendem códigos morais de conduta, crenças e hábitos sociais (v.g. o respeito às filas, a prioridade aos idosos e portadores de deficiência, a postura dos motoristas em relação aos pedestres, o nível de tolerância das pessoas em relação à corrupção e outras violações da lei, etc.).

Os pesquisadores ligados a essa linha de pensamento consideram que o crescimento e o desenvolvimento econômico e social dos países dependem diretamente da maneira como as respectivas instituições foram forjadas ao longo da história de cada um, sendo as combinações

de melhor resultado aquelas que promovem, dentre outras circunstâncias: respeito à propriedade e aos contratos, segurança jurídica e previsibilidade do comportamento judicial, mercados predominantemente livres, educação básica pública de qualidade, tudo dentro de um ambiente democrático que, dentre outras características, conte com eleições periódicas e confiáveis, além da possibilidade de manifestação do pensamento e da crítica de forma livre, seja por meio da imprensa tradicional, seja através das redes sociais da *internet*, sem qualquer espécie de prévia censura ou controle oficial.

Conforme informa GALA (2003, p. 90), o “volume da literatura novo institucionalista é hoje crescente e, a se julgar pelo número de adeptos, pode-se dizer que essa corrente constitui-se num programa de pesquisa progressivo”. Nós mesmos tivemos oportunidade de, mesmo que modestamente, engendrar estudos que relacionam as instituições ao estágio de desenvolvimento dos países (MARTINS, 2011, p. 373-395).

Para finalizar, é preciso dizer que AED, independentemente desta ou daquela escola, pode ostentar, quanto aos resultados das respectivas pesquisas, um viés positivo (AED positiva) ou um viés normativo (AED normativa). Nesse sentido, a AED positiva se “ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos”. Noutras palavras, a AED positiva possui um cunho descritivo no sentido de antever os efeitos econômicos a serem gerados por determinada norma ou decisão judicial. Nessa linha, por exemplo:

quando da formulação de texto normativo que fixe em patamar demasiadamente baixo a multa incidente sobre atrasos no pagamento das despesas condominiais, entende a AED ser obrigatório ponderar que o estímulo à inadimplência será a consequência econômica esperada e que, portanto, faltarão os recursos necessários à manutenção dos serviços comuns (FORGIONI, 2006, p. 54).

Já a AED normativa “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 (FORGIONI, 2006, p. 54). Dessa maneira, a AED normativa tem um cunho mais prescritivo, ou seja, formula e propõe o supostamente mais adequado conteúdo de normas jurídicas ou de decisões judiciais ao atingimento de determinados resultados (ou efeitos).

Evidentemente, a divisão da AED em escolas, conforme acima apresentado, possui finalidade exclusivamente didática, uma vez que, na dinâmica dos estudos e pesquisas acadêmicas, não é raro que ocorra um certo amalgamento entre as versões acima vistas.

#### 4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO *VERSUS* INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Muitos juristas ostentam certa resistência à Análise Econômica do Direito. O motivo, em nossa visão, é um suposto temor de que os postulados da economia, muitas vezes identificados com os anseios do mercado ou das grandes empresas, venham sobrepujar não apenas o conhecimento jurídico, mas a própria aplicação das leis.

Ocorre que a AED, conforme visto no presente texto, é essencialmente uma técnica de análise do sistema jurídico, técnica essa que se serve de conhecimentos (teses, postulados, axiomas, etc.) oriundos da ciência econômica para, com esteio em tais teorizações, prever os prováveis efeitos (ou consequências) que norma jurídica qualquer (lei, decreto, regulamento, portaria, etc.) gerará sobre o comportamento das pessoas em sociedade (AED positiva).

E, uma vez previstos os prováveis efeitos de uma norma, a AED igualmente pode ser empregada para a proposição de modificações no sistema jurídico, de maneira a induzir (ou inibir) os comportamentos desejados pelo legislador (AED normativa). Dessa forma, a Análise Econômica do Direito pode ser aplicada a todos os ramos do direito, sem exceção.

Já a Interpretação Econômica do Direito se revela como um método a ser utilizado apenas dentro da ciência econômica, não sendo apropriada às investigações próprias da órbita do direito. Seu mecanismo consiste em dar um significado essencialmente econômico a uma determinada situação ou instituto jurídico, independentemente de haver um tratamento normativo específico. É o que ocorre, por exemplo, quando se identifica o contrato de *leasing* como uma espécie de compra e venda ou tipo especial de locação.

Ora, é bem sabido que o *leasing* possui disciplina normativa própria, constituindo-se num tipo de negócio jurídico autônomo e independente da mera locação ou da compra e venda. O mesmo ocorre com todas as demais figuras e institutos criados pelo direito, não sendo correto realizar uma aproximação entre eles apenas pelo fato de, eventualmente, haver semelhança quanto ao respectivo *modus operandi* ou aos efeitos gerados (v.g. a união estável e o casamento; a separação de corpos e o divórcio; a propriedade, o domínio útil e a posse; o bem móvel e o semovente; a prescrição e a decadência; a medida liminar e a sentença final do processo; o imposto, a taxa e a contribuição, etc.).

Portanto, a Interpretação Econômica do Direito somente pode ser utilizada dentro do campo da ciência econômica, uma vez que, na maioria das vezes, é capaz de simplificar, sobretudo para fins didáticos, situações jurídicas complexas (v.g. o citado contrato de *leasing*)

tornando-as compreensíveis (ou mais palatáveis) ao universo de conhecimento dos economistas, sem que tal redução de conteúdo chegue a representar perda relevante da acuidade dos resultados da pesquisa econômica.

## CONCLUSÕES

O direito (as normas) e a economia (o modo de organização de uma determinada sociedade) são fenômenos antiquíssimos e que emanam, de modo simultâneo e incessante, estímulos e *feedbacks* recíprocos. Tanto o direito interfere na economia quanto esta contribui para moldar o arcabouço normativo. Todavia, apenas a partir da segunda metade do século XX, nos Estados Unidos precipuamente, é que as relações entre o direito e a economia começaram a ser estudadas de forma sistematizada e metodológica.

A Análise Econômica do Direito (também denominada de Direito e Economia, Direito & Economia ou, ainda, *Law and Economics*) é basicamente um método que permite, a partir de certas teorias e postulados oriundos da ciência econômica, prever possíveis consequências ou efeitos das normas jurídicas (AED positiva) ou, ainda, prescrever o conteúdo normativo mais adequado para o atingimento dos efeitos desejados pelo legislador (AED normativa).

Daí terem nascido algumas escolas da AED, tais como a Escola Fundacional, que posteriormente evoluiu para a Escola Pragmática; a Escola Regulatória e as Escolas Institucionalistas. Essa divisão é sobretudo didática, não sendo raro observar nas pesquisas levadas a efeito na órbita da AED um certo amalgamento entre as linhas de pensamento das diversas escolas.

Não se deve confundir Análise Econômica do Direito com a Interpretação Econômica do Direito, visto que esta última somente é adequada dentro da órbita das pesquisas de economia, na medida em que muitas vezes equipara (ou mesmo funde) institutos jurídicos distintos (notadamente quando os respectivos efeitos econômicos forem assemelhados), o que, sem sobre de dúvida, não é admissível no âmbito da ciência jurídica, eis que as figuras e institutos jurídicos possuem características e regimes próprios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, vol. III, 1955.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código de Defesa do Consumidor*). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

CALABRESI, Guido. *Il futuro dell'analisi economica del diritto*. *Sociologia del Diritto*, n. XVII-1-2, 1990, p. 47-54.

CARVALHO, Cristiano da Rosa. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma introdução*. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord.). *Direito e economia 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21-52.

COELHO, André Felipe Canuto. *A necessária interação entre o direito e a economia diante da regulação do estado na ordem econômica*. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 27, jan./mar. 2007, p. 185-206.

COOTER Robert; ULEN Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COULANGES. Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Fernando Aguiar. 8. ed.. Lisboa: Livraria Clássica, 1954, vol. 1.

DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

FERES, Marcos Vinício Chein. *Do princípio da eficiência econômica*. *Revista do IBRAC*, vol. 08, nº 08, p. 23-46, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação?* *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, mai./jun. de 2006, p. 35-61.

GALA, Paulo. *A teoria institucional de Douglass North*. *Revista de Economia Política*, vol. 23, n. 2, abr./jun. de 2003, p. 89-105.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Tributação, instituições e desenvolvimento*. *Revista da*

Academia Tributária das Américas, vol. 3, 2011, p. 373-395.

MICHELS, Gilson Wessler. Desenvolvimento e sistema tributário. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento* São Paulo: Singular, 2005, p. 225-258.

NORTH, Douglass C. *Economic performance through time*. The American Economic Review, vol. 84, n. 3, jun. de 1994, p. 359-368.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19-47.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2. ed. Trad. para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007b.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia?* Cadernos Direito GV, vol. 05, n. 02, mar. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%25202022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 74-83.

SZTAJN, Raquel. VERSOÇA, Haroldo Malheiros Dulcres. *A incompletude do contrato de sociedade*. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro. Vol. 42, n. 131, jul./set. 2003, p. 07-20.