

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND ITS RELATION TO CIVIL LAW

Eduardo Goulart Pimenta¹
Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana²

Resumo: Far-se-ão objetivas ponderações, observações e considerações acerca do movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*”. Tratar-se-á de seu desenvolvimento histórico e precursores. Abordar-se-ão conceitos e princípios essenciais à ciência econômica. Serão expostas as premissas fundamentais à aplicação da Análise Econômica do Direito, bem como os contextos nos quais se pode aplicá-la, inclusive, perante o Direito Civil brasileiro e, mais especificamente, no tocante ao direito de propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Palavras chaves: Análise Econômica do Direito. Surgimento. Evolução histórica. Conceito. Premissas. Aplicabilidade no Direito Civil Brasileiro.

Summary: *It will be make objective considerations, concerns and considerations about the movement known as Economic Analysis of Law (AED) or "Law and Economics." It will treat its historical development and precursors. It will study concepts and principles essential to economic science. It will be exposed to fundamental premises for the implementation of Economic Analysis of Law, and the contexts in which they can apply it even before the Brazilian Civil Law, and more specifically, with regard to property rights, contracts and civil liability.*

Keywords: *Economic Analysis of Law. Appearance. Historical evolution. Concept. Assumptions. Applicability in the Brazilian Civil Law.*

¹ Procurador do Estado de Minas Gerais. Doutor em Direito Empresarial pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial na PUC/MG e na UFMG. Belo Horizonte/MG, Brasil. *E-mail:* goulartpimenta@hotmail.com

² Advogado. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela PUC/MG. Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG. Professor Universitário. Belo Horizonte/MG, Brasil. *E-mail:* henrique@mpatrocínio.com.br

Sumário: **1** - Introdução. **2** - Contexto e seu desenvolvimento histórico - Dos Precursores da Análise Econômica do Direito (AED). **3** - O início do Movimento da Análise Econômica do Direito. **4** - As fundamentais influências de Ronald Coase e Guido Calabresi. **5** - Desenvolvimento e disseminação da Análise Econômica do Direito. **6** - Abordagem conceitual acerca da Análise Econômica do Direito (AED). **7** - Conceitos e princípios da ciência econômica elementares ao estudo da Análise Econômica do Direito, também aplicáveis no Direito Civil. **8** - Escolha Racional. **9** - A Eficiência. **10** - Falhas do mercado. **11** - Externalidades. **12** - Custos de Transação. **13** - Teoria dos Jogos. **14** - Análise Econômica do Direito e sua aplicabilidade – Consonância a Princípios Constitucionais. **15** - Aplicação da Análise Econômica do Direito em relação aos direitos de propriedade. **16** - A relação da Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil - Prevenção e o ‘Dano Eficiente’. **17** - A Análise Econômica do Direito e sua relação com os contratos. **18** - Conclusão. **19** - Bibliografia.

1 - Introdução

Preliminarmente, pode-se definir a Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*” como método de se estudar a teoria econômica relativamente à estruturação, formação, impacto e conseqüências de eventual aplicação de instituições jurídicas e/ou textos normativos.

Dentre as searas jurídicas nas quais devem-se aplicar a Análise Econômica do Direito (AED), está o Direito Civil Brasileiro, em todas suas relações, sejam elas familiares, obrigacionais ou patrimoniais.

Constata-se o surgimento da Análise Econômica do Direito (AED) como sendo em decorrência do desenvolvimento e proliferação das doutrinas econômicas, bem como da dedicação dos economistas no tocante a assuntos jurídicos, de modo que, posteriormente, também ensejou a atenção dos juristas em prol deste novo enfoque.

Contudo, o fato de se adotar apenas um título para este movimento doutrinário, não expressa em perfeita exatidão e fidelidade as diferentes linhas de argumentação pertinentes ao tema.

Em verdade, os estudiosos da Análise Econômica do Direito (AED) reúnem-se em uma mesma classificação, pertencente a uma mesma denominação, justamente por deterem considerável consenso no tocante aos conceitos e institutos essenciais, muito embora sejam, por várias vezes, travados construtivos e pertinentes embates doutrinários sobre o tema e sua aplicabilidade.

Assim, mostra-se essencial proceder-se a uma abordagem histórica acerca da aplicabilidade dos conceitos econômicos perante o Direito, com fins a se demonstrar o conceito do que efetivamente seja a Análise Econômica do Direito, para que, assim, possa-se também englobar todas linhas de pensamentos pertencentes aos respeitáveis estudiosos do tema.

Ao longo do texto serão evidenciadas as razões pelas quais devem os estudiosos do direito civil brasileiro, ao aplicá-lo, inculcar em seus atos os princípios, premissas e conceitos da Análise Econômica do Direito.

2. Contexto e seu desenvolvimento histórico - Dos Precusores da Análise Econômica do Direito (AED).

Para se compreender a imperiosidade de se aplicar as premissas da Análise Econômica do Direito (AED) no Direito Civil Brasileiro, é necessário, antes, realizar-se uma breve ponderação acerca de seu surgimento e as razões pelas quais sua importância consolidou-se junto aos estudiosos do tema. Avancemos, portanto, por partes.

Pois bem. As bases do movimento da Análise Econômica do Direito (AED) encontram-se nos economistas da Escola Clássica, mormente, Adam Smith.

Verifica-se que Adam Smith, com sua obra "*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*", também conhecida no vernáculo português como "Riqueza das Nações", defende ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação de recursos, tendo em vista que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado e, conseqüentemente, alcançar-se-ia o equilíbrio desejado.

Assim, em diversas passagens de sua obra, são apresentadas críticas e oposições em relação á existência de leis relativas à intervenção nesse livre equilíbrio.

Criou-se, por Adam Smith, a lendária expressão "mão invisível", ao fazer-se alusão aos efeitos de um mercado livre, no qual não haja intervencionismo, o que seria, para ele, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência.

De fato, esta obra de Adam Smith é, em muito, questionada por integrantes da Análise Econômica do Direito (AED), porém, é, sim, a base para o desenvolvimento de ideologias doutrinárias que pregam a não-intervenção do Estado, salvo as hipóteses em que se constatem falhas no mercado, as quais, por sua vez, não eram tratadas por economistas pertencentes ao século XVIII.

Há de se mencionar ainda, os precusores Beccaria, Bellamy e Bentham.

Em diversas oportunidades, vê-se os críticos do movimento mencionarem o fato de que o movimento da AED seria baseado no utilitarismo. Um dos principais expoentes desse cenário é Jeremy Bentham. (1748-1832).

Bentham baseou sua tese sob os conceitos de dor e prazer, os quais seriam os únicos estímulos aos homens em geral. Logo, deveria o homem tomar decisões de modo a maximizar sua felicidade ou prazer e, conseqüentemente, minorar ou evitar a dor.

De certo, vários críticos afirmam que a teoria de Bentham não se mostra absoluta e dizem que, sob este aspecto, poder-se-ia dizer que a Análise Econômica do Direito (AED) acabaria substituindo valores éticos por soluções fundadas na máxima eficiência (utilidade), o que nos conduziria a situações indesejáveis ou aberrantes, tais como o comércio de órgãos e crianças.

Isto pois, a comercialização de um rim, proporcionaria felicidade para o vendedor e, também, para o comprador.

Afinal, quem vendeu ficaria pouco debilitado e auferiria relevante quantidade de dinheiro, ao passo que quem comprou, apesar de ter tido prejuízo monetário, alcançou a felicidade de manter-se vivo.

Desde já, pode-se constatar o entrelaçamento entre o Direito Civil Brasileiro e a Análise Econômica do Direito (AED), eis que, já aqui, nos deparamos com assuntos atinentes a órgãos humanos, enriquecimento e direito de propriedade. Continuemos assim nosso avanço.

Pois bem. Posteriormente ao final do século XIX e começo do século XX, outros economistas passaram a visualizar uma relação entre Economia e Direito.

Buscavam tais economistas respostas de como os direitos de propriedade seriam determinados junto às sociedades, eis que as respostas dos filósofos do séc. XVI e XVII não esclareciam suficientemente em relação ao ponto de vista econômico, pois invocava-se o argumento baseado na premissa do “direito natural”.

Pretendia-se, assim, auferir melhores explicações racionais quanto a institutos existentes na ciência do direito, dentre eles, no Direito Civil.

Tais “novos” economistas identificavam-se como pertencentes a uma escola chamada “Institucionalista”, a qual possuiu nos Estados Unidos um maior desenvolvimento, após também influência da escola Germânica e Inglesa.

Deste modo, para os integrantes da escola “Institucionalista”, os clássicos não conseguiram explicar os fenômenos econômicos. Para os “Institucionalistas”, seria necessário analisar-se, antes, o contexto histórico, social, bem como o próprio desenvolvimento das instituições, para que, só então, posteriormente, fosse possível justificar os fenômenos e os fatos econômicos.

Estavam entre os membros do movimento institucionalista nomes de salutar importância, comumente citados em obras de Análise Econômica do Direito, tal como John Commons.

Percebe-se que o movimento “Institucionalista” caracterizava-se pela inexistência de justificação teórica. Prevaleciam-se relatos fáticos dos acontecimentos.

Na década de trinta do século passado, o movimento “Institucionalista” perdeu força.

Primeiramente, em razão do desenvolvimento das ciências sociais em sentido estrito, o que contribuiu para que os economistas focassem suas atenções em relação às questões ligadas, especificamente, aos mercados, pois consideravam que pouco ou nada poderiam dar de contribuição à justificação dos fenômenos históricos, baseando-se, apenas, em métodos econômicos.

Em segundo lugar, o movimento “Institucionalista” também perdeu força, pois surgiu a necessidade de se elaborarem métodos econômicos mais sofisticados, não sendo suficiente, apenas, analisar-se as instituições para o desenvolvimento da ciência econômica, o que contribuiu para que os cientistas econômicos frisassem seus estudos em prol de métodos baseados na abstração.

Vale mencionar, que ao seu tempo, o movimento “Institucionalista” não trouxe para si satisfatória atenção dos juristas, pois seu método histórico de análise do direito também não foi convincente.

De certo, o movimento denominado Análise Econômica do Direito desenvolveu-se a partir de 1930, na medida em que os acontecimentos históricos anteriores foram apenas esboços do que seria realmente o “*law and economics movement*”.

A partir desse momento a AED ganhou robustez e grande número de adeptos, estando entre eles brilhantes juristas e economistas do séc. XX, premiados com o prêmio Nobel, tornando-se teóricos de referência.

3 - O início do Movimento da Análise Econômica do Direito

A maioria dos doutrinadores concordam que o movimento da Análise Econômica do Direito originou-se na Universidade de Chicago.

Ronald Coase, em 1937, então professor da Universidade de Chicago, publicou o seu artigo denominado “*The Nature of the Firm*”, pelo qual afirmou que as sociedades empresárias devem ser tidas como entidades que pertencem ao sistema econômico em si, ao passo que, sua existência, só se justificaria devido à presença dos “custos de transação”.

Deste modo, as sociedades empresárias só se justificariam pelo fato de que os agentes consideram que realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização econômica, evitaria a ocorrência de acréscimos desnecessários, tais como os custos para elaboração de cláusulas contratuais.

Passou-se, então, a uma abordagem econômica das instituições, o que acarretou na posterior criação do movimento conhecido como “Nova Economia Institucional”.

Neste novo contexto, Aaron Director conduzia o Departamento de Economia da Universidade de Chicago, também apoiado por Frank Kinght, George Stigler e Milton Friedman.

Aaron Director buscou focar as atenções dos juristas em relação aos benefícios de uma interpretação do direito, a partir de interpretações econômicas.

Para tanto, de início, apoiou-se em estudos referentes à possível existência de benefícios nas hipóteses de ocorrência de intervencionismos por parte do Estado junto aos mercados. Vale dizer, que à época, ocorria relevante depressão econômica sofrida pelos Estados Unidos.

Ademais, Aaron Director focou também seus estudos em assuntos como regulação de bens imobiliários, receitas fiscais, leis trabalhistas, leis das corporação, dentre outros vários temas de cunho essencialmente jurídicos, porém com inevitáveis efeitos econômicos.

Com fins à divulgar a existência do movimento, mediante iniciativa de Aaron Director, a Universidade de Chicago criou o “*Journal of Law and Economics*”. Posteriormente, a controladoria da edição foi assumida por Ronald Coase.

Insta mencionar que esse jornal é, até os dias atuais, publicado quadrimestralmente e conta também com versão eletrônica.³

³ Disponível em ; <<http://journals.uchicago.edu/JLE/home.html>>

4 - As fundamentais influências de Ronald Coase e Guido Calabresi

Em que pesem os relevantes estudos feitos anteriormente, de fato, é a partir da década de 1960 que o movimento da Análise Econômica do Direito é tida como fundada.

Alguns autores acham por bem dividir o movimento em “*new law and economics*” e “*old law and economics*”, sendo que, a referência temporal é o renomado artigo “*The Problem of the Social Cost*” de Ronald Coase.

Pode-se afirmar que esta famosa obra de Ronald Coase, acima mencionada, calcava-se em temas notavelmente econômicos, tais como o custo social e os efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a inteiração entre o mundo jurídico e o mundo econômico.

Verifica-se que dentre os doutrinadores clássico-econômicos, o que mais contribuiu à ideologia defendida por Ronald Coase foi, certamente, Adam Smith.

Isto pois, Coase desenvolveu seus argumentos com base nos estudos das instituições, o que nos permite dizer, ao lado de outros estudiosos, que Coase foi integrante da “Nova Economia Institucional”.

De outro norte, há também estudiosos que afirmam que Ronald Coase expôs a mesma teoria de Adam Smith, com a mesma tese de que a “mão invisível” realmente funcionaria independentemente de qualquer atuação por parte do Estado.

No ano de 1991, em decorrência de sua admirável obra, Ronald Coase foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia.

Por oportuno, há que se mencionar também o trabalho desenvolvido por Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale. Sua obra recebeu o nome de “*Somes Thoughts on risk distribution and Law of Torts*”.

Nessa obra de Calabresi, procurou-se demonstrar a importância da análise dos impactos econômicos quando da alocação de recursos, visando-se a regulação da responsabilidade civil, no âmbito legislativo ou judicial. Assim, incutiu-se expressamente a análise econômica em questões jurídicas e, também, em relação ao Direito Civil.

5 - Desenvolvimento e disseminação da Análise Econômica do Direito

Estudiosos do assunto, dentre eles Ejan Mackaay, asseveram que entre 1973 e 1980 ocorreram três acontecimentos relevantes que contribuíram para que a Análise Econômica do Direito fosse efetivamente aceita e analisada pelos operadores do direito.

Em primeiro lugar, como já anunciado, em 1972, com a criação do “*Journal of Legal Studies*”, bem como a inicial publicação de R. Posner, denominada “*Economic Analysis of Law*”, cuidando de uma introdução a “*Law and Economics*”, oriundos da Universidade de Chicago.

Em 1971, Henry Manne fundou o “*Economics Institutes for Law Professors*”. Manne dedicava-se a seminários de curta duração acerca de termos de economia, bem como sobre sua aplicação ao Direito.

R. Posner, após a publicação de sua primeira obra, figurou como um dos nomes mais expressivos da Análise Econômica do Direito (AED). Inclusive, alguns o consideram como o verdadeiro precursor do movimento, por acharem que Ronald Coase teria figurado como um “novo institucionalista”, sendo que este último teria contribuído, apenas, para a origem e formação do movimento, mas não para seu desenvolvimento.

R. Posner, como se sabe, honrou sua cadeira de Juiz da Corte de Apelação Norte Americana. Manteve ao longo de sua trajetória ativa participação no movimento, invocando a atenção também junto a outros juristas de renome.

Em suas decisões, que também abrangiam temas afetos ao Direito Civil, Posner ressaltava a necessidade de se aplicar os conceitos e premissas da Análise Econômica do Direito (AED), o que fez com que, cada vez mais, maior número de magistrados o seguissem.

Somando-se ao fato de que R. Posner era magistrado, foi-se com o passar dos anos, ficando hialino que seria, sim, possível aplicar-se a Análise Econômica do Direito (AED) em uma decisão ou caso jurídico.

R. Posner, frisava, sempre, que o direito consuetudinário, ligado aos costumes, instituído pelos Magistrados em geral, em regra, proporcionariam maior eficiência do que o direito meramente legislado.

Naturalmente, como se esperava de ser, juntamente com o amadurecimento do instituto, começaram a ser feitas críticas, certamente construtivas, à Análise Econômica do Direito (AED).

As críticas ao movimento da Análise Econômica do Direito (AED) perduraram entre os idos de 1976 e 1983. Isto pois, a partir do instante em que a AED era invocada em instituições tradicionais e sólidas tal como o poder judiciário dos Estados Unidos, emanaram-se considerações acerca das imperfeições e possíveis equívocos da ideologia, vindas, em especial da Europa e Áustria.

Por vários seminários foram fixadas críticas, durante a década de 1980, aviadas por Duncan Kennedy e Ronald Dworkin que, à época, eram ambos professores de Harvard.

Estes dois renomados e respeitados estudiosos integravam o “*Critical Legal Studies*”, o qual se originou do Pragmatismo Americano, que resultou do Realismo Jurídico perante a ciência do direito.

Insta-nos mencionar que o Realismo Jurídico pregava que o Direito seria exatamente aquilo que é estabelecido pela Corte. Ou seja, importa mais o pragmatismo, em sua aplicação prática.

Deste modo, a partir das práticas jurídicas, os adeptos do Realismo Jurídico aduziam que um caso específico poderia ser resolvido de várias formas, em consonância com o quê o Tribunal fixasse, tendo em vista que a metafísica e/ou o formalismo, muito embora façam parte do estudo jurídico, não possuíam utilidade prática.

É certo que tanto os membros da “*Critical Legal Studies*” quanto os integrantes da “*Law and Economics*” buscavam a mesma fonte de existência, qual seja, o Realismo Jurídico.

Todavia, os últimos eram liberais ou neoliberais, enquanto os primeiros possuíam teses econômicas de esquerda, o que ensejava conflitos ideológicos.

Na seara da ciência econômica, as críticas feitas pela escola Austríaca também eram ferozes e pertinentes, escola esta que figurou como instituidora do movimento denominado “Marginalista ou Neoclássico”.

Possuíam como norte analítico, o agente, conceito de escassez e utilidade, em contrapartida aos doutrinadores clássicos, tais como Marx, Davis Ricardo e Adam Smith, os quais focavam seus olhos em relação aos bens, privando-lhes de explicar, por exemplo, o motivo pelo qual os diamantes e os pães possuíam preços diferentes, apesar de resultarem de uma mesma quantidade de trabalho braçal.

Assim, os Neoclássicos da Escola Austríaca, que tinham como referencial o agente, diziam ser impossível prever as necessidades, nem mesmo os interesses de forma objetiva, haja vista que os valores eram interpretados de forma totalmente subjetiva, alterando-se de indivíduo para indivíduo.

Em suma, pode-se afirmar que as críticas ao movimento da Análise Econômica do Direito resumiam-se em questionar o fato de que, se o objetivo da AED é a eficiência, não se poderia propor essa idéia em relação aos direitos de propriedade, eis que sempre existiria uma hipótese na qual os recursos pudessem ser alocados de forma mais eficiente. Tal crítica ficou conhecida como “Tese Circular da Eficiência”.

Ademais, outra pertinente crítica ao movimento, baseava-se no fato de que não seria plausível colocar-se em questionamento a eficiência, tendo em vista que não seria possível fixar, com antecedência, os custos possíveis quando da alocação de todos os recursos em prol de um patamar considerado mais eficiente.

Logo, a própria tentativa poderia resultar em uma alocação menos eficiente dos recursos, pois não se poderia prever, antes, o custo necessário.

Outra crítica ao movimento da AED refere-se ao fato de buscar-se um caráter estático da solução eficiente, o que acabaria por contrariar a dinamicidade do sistema jurídico, a qual inevitavelmente altera-se em consonância com os valores da sociedade.

A escola Austríaca também critica o movimento da AED pelo fato de não ser possível chegar-se à eficiência medindo-se perdas e ganhos, haja vista tratarem-se de conceitos extremamente subjetivos e imensuráveis.

Critica-se, outrossim, a AED em relação ao fato de ser impossível impor uma lógica que fundamente o porquê do sistema *Common Law* ser visto como supostamente mais eficiente.

Por fim, questiona-se também que, ainda que o objetivo comum do *Common Law* possa eventualmente refletir uma eficiência lógica, já existiriam algumas legislações modernas em que o

propósito também seria redistributivo e eficiente, em decorrência dos anseios dos indivíduos perante seus representantes escolhidos pelo próprio povo.

Ocorre, que apesar das críticas terem sido pertinente e veementes, o movimento da Análise Econômica do Direito – AED mantêm-se em contínua expansão, com cada vez mais juristas e economistas adeptos.

Obra de grande aceitação e relevância pela Análise Econômica do Direito é a redigida por Robert Cooter e Thomas Ulen, denominada “*Law and Economics*”, a qual sua inicial edição é de 1987.

Também perduram diversas publicações em periódicos, tais como o “*International Review of Law and Economics*”, oriundo da Universidade Inglesa de New Castle; o “*Journal of Law, Economics, and Organization*” da Universidade de Yale; o “*Journal of Law and Economics*” e “*Journal of Legal Studies*”, ambos da Universidade de Chicago.

Em que pesem as construtivas críticas à Análise Econômica do Direito, fato é, que, cada vez mais, clama a sociedade leiga e jurídica por métodos técnicos e razoáveis que possibilitem sejam enfrentadas questões jurídicas de modo a se alcançar, efetivamente, maior e melhor bem-estar possível, menor prejuízo à sociedade como um todo, maximização das riquezas, maximização dos interesses, melhor e mais eficiente alocação aos recursos escassos existentes.⁴ Daí o porquê imperioso se faz compreendermos a Análise Econômica do Direito e sua aplicação, inclusive junto ao Direito Civil.

6 - Abordagem conceitual acerca da Análise Econômica do Direito (AED)

As denominações Análise Econômica do Direito, Nova Economia Institucional, Análise Econômica das Organizações, etc., representam pontos de vista diferentes sobre o mesmo tema, mas aludem a uma mesma teoria, contendo específicas divergências no tocante à adesão principiológica, histórica, econômica ou jurídica do estudioso.

Pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito cuida-se de nítida reformulação do Direito, em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais que se relacionam com a eficiência do direito em si, os gastos para efetivação de seus institutos, bem como os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais, inclusive as relacionadas ao Direito Civil.

Dá-se mediante aplicação no ordenamento jurídico de premissas e conceitos utilizados pelo economista.

De salutar importância mencionar que a Análise Econômica do Direito, definitivamente, não se confunde com a cadeira lecionada, denominada “Direito Econômico”.

⁴ “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 89.)

Trata-se a Análise Econômica do Direito de um movimento interdisciplinar, o qual aplica em todas as searas jurídicas as premissas da ciência econômica, principalmente os institutos atrelados ao valor, utilidade e eficiência. Dentre tais searas, está obviamente, a civil.

Anteriormente, de fato, as influências advindas da ciência econômica eram notadas em casos nos quais se envolviam questões relacionadas a valores monetários, regulação de mercados e tributação.

Todavia, hodiernamente, expande-se tal interpretação em relação a questões atinentes aos direitos de propriedade, direito penal, direito constitucional, processo penal, contratos, etc. Eis a importância de, nesse trabalho, por hora, focarmos nossas atenções especificamente em relação ao Direito Civil.

7 - Conceitos e princípios da ciência econômica elementares ao estudo da Análise Econômica do Direito, também aplicáveis no Direito Civil

Como se percebeu da leitura acima, a Análise Econômica do Direito invoca a metodologia da ciência econômica junto à realidade fática do mundo jurídico, inclusive, junto ao Direito Civil.

Portanto, impõe-se a nós seja feita uma análise introdutória do que representa a ciência econômica e, conseqüentemente, concluirmos pelo seu entrelaçamento em relação ao Direito Civil.

Nas palavras do renomado N. Gregory Mankiw:

“economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças”⁵

Portanto, a Economia é justamente a ciência que estuda e analisa todas as relações que se voltam no sentido de ordenar e também administrar a utilização dos recursos, tendo em vista que estes são escassos.

A Economia também pode ser classificada em Microeconomia e Macroeconomia. Entende-se a Microeconomia como sendo aquela que se preocupa em analisar as reações e atuações das unidades econômicas em si, tais como, a maneira pela qual os consumidores e sócios da sociedade empresária se interagem.

Por outro lado, a Macroeconomia preocupa-se em relação ao conjunto de atividades, consideradas dentro de um todo econômico. São os grandes agregados. Assim, estuda-se, por exemplo, a renda, o nível de emprego, o grau de consumo, o montante de investimentos, índices de inflação, etc.

É certo que para o movimento da Análise Econômica do Direito interessam, especialmente, os assuntos que se referem à Microeconomia, que por sua vez englobam as relações consumeristas, atreladas à premissa da “utilidade”, dando-se relevância à satisfação acarretada ao agente em

⁵ Mankiw, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro. Elsevier: 2001. p . 5.

decorrência do gozo de um bem específico, bem como da “escolha”, diante das alternativas de aquisição / utilização dos produtos colocadas diante do consumidor; funcionamento do mercado, relativo à “demanda”, no tocante à quantidade de serviços ou bens desejados em determinado intervalo temporal, bem como a “oferta”, que é a quantidade de serviços ou bens cujo interesse principal é a venda e o “equilíbrio de mercado”, que representa o equilíbrio exato entre bens e serviços desejados em relação aos colocados à venda ; teoria empresa, na medida em que analisa-se a “produção”, ou seja, a transformação dos insumos adquiridos pela sociedade empresária, considerando-se o custo e a demanda ; as estruturas de mercado, ao se cuidar da concorrência em relação ao oferecimento de bens ou serviços para consumo.

Ao se considerarem as leis econômicas, inevitavelmente, nos deparamos com a “lei da oferta e da procura”, dentre outras, que resultam de simplificações da realidade fática.

Esta “lei da oferta e da procura” prevê que determinada quantidade de determinado produto específico varia de forma inversa em relação a seu preço, o que nos leva à óbvia conclusão de que, caso haja aumento de seu preço, haverá a diminuição pela procura do produto, seja ele um bem ou um serviço.

Os princípios econômicos possibilitam o desenvolvimento da ciência econômica, assim como os princípios do Direito servem de embasamento para todo o sistema jurídico.

O renomado e extremamente didático Mankiw nos enumera em sua obra “Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia”, 10 princípios que seriam, por si só, suficientes para se justificar as leis econômicas e, para nós, contribuiriam, em muito, para a aplicação da Análise Econômica do Direito também nas decisões inerentes ao Direito Civil.

Inicialmente, os 4 primeiros princípios enumerados, referem-se às maneiras pelas quais os indivíduos decidem.

Preliminarmente, aduz o Autor que as pessoas se deparam com *tradeoffs*, fazendo com que se comparem os objetivos para que, só então, chegue-se à uma decisão final.

Secundariamente, os indivíduos devem atinar ao fato de que o custo de se optar por uma das opções ou oportunidades, é justamente aquele custo do que se desiste para que a primeira (ou outra) escolha seja feita. É o chamado “custo de oportunidade”.⁶

Um terceiro princípio, é o de que os indivíduos que pensam, raciocinam na margem. Assim, ao serem tomadas as decisões, são considerados, apenas, os acréscimos além do que já foi obtido perante uma variação do custo de oportunidade. Não se pensa na vantagem total, mas tão somente no quanto haverá de acréscimo.

⁶ “Há ainda o que a Economia conhece por custos de oportunidade, representados por aquilo que o empresário está “deixando de ganhar” se, ao invés de dedicar seu tempo e seus recursos ao exercício da empresa, fosse cuidar de efetuar outro tipo de atividade. (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. pág. 42.)

Em seguida, Mankiw principia que os indivíduos, em suas ações, naturalmente respondem a incentivos. Por exemplo, no Império Romano, existia a possibilidade dos credores dilacerarem os corpos dos devedores em tantas quantas fossem os números de parcelas da dívida em aberto.

Muito embora, a princípio, possa esta parecer uma maneira super eficiente dos credores no sentido de receberem seus créditos e dívidas civis, por outro lado, funcionaria como “incentivo negativo”⁷ para que as pessoas, cada vez menos, contratassem. O que, obviamente, acarretava prejuízos sócio-econômicos à comunidade em geral.

Em seqüência, Mankiw preleciona três princípios que se atrelam às maneiras pelas quais os indivíduos se inter-relacionam.

Expõe que o comércio melhora a vida todos os indivíduos, na medida em que aquele que possui alguma mercadoria em excesso, possui a possibilidade de troca-la por benefícios ou utilidades que estejam em posse daqueles que mais necessitam de suas mercadorias em excesso. Eis um aspecto, também, intimamente ligado ao Direito Civil.

Ademais, aduz Mankiw, em outro princípio, que o sistema mercadológico, é, em regra, uma importante alternativa para se ter as atividades econômicas de maneira organizada, haja vista que o mercado possibilita que o sistema de preços seja estabelecido e regulado via atuação de todos.

Também enumera Mankiw, o princípio de que os governos possuem também a possibilidade de melhorar seus resultados auferidos no mercado, principalmente nas hipóteses em que se verificam falhas no mercado.

Ao final, Mankiw estabelece três princípios que se relacionam ao funcionamento da economia como um todo. Preliminarmente, ressalta aquele que diz que o padrão de vida de um determinado país está diretamente relacionado com a potencialidade e capacidade de produzir bens ou prestar serviços.

Em seqüência, salienta o princípio de que os níveis de preços dos produtos ou serviços aumentam na medida em que se emite mais moedas. Tal fenômeno resulta no instituto que conhecemos com o nome de “Inflação” que é, justamente, a diminuição ou perda do valor da moeda de um país em decorrência do excesso exacerbado de sua oferta no mercado.

Finalmente, Mankiw nos expõe que sempre há um *tradeoff*, de curto prazo, perante desemprego *versus* inflação, ao qual o Estado se depara em específicas ocasiões. Por exemplo, no contexto em que se verifique a inflação, mostra-se essencial que seja estagnada a produção, o que, obviamente, acarreta o desemprego.

⁷ “O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 29.

Richard Posner, com sua peculiar propriedade, prevê-nos três princípios elementares da ciência econômica.⁸

Desde o começo, Posner expõe que o ser humano é, em si, um maximizador racional de seus objetivos, sendo que, em razão disso, a ciência econômica cuida de como alocar os recursos, que por sua vez são escassos, de modo a estarem em consonância aos anseios do indivíduo.

Posner enumera o primeiro princípio, que é aquele que se refere à relação inversa existente entre o preço exigido *versus* quantidade de demanda do produto ou serviço.

Outro princípio de Posner é o de que trata do equilíbrio colocado pelo custo de oportunidade, ou seja, o que um indivíduo deixa de ganhar ao optar por uma das escolhas disponíveis. Assim, no entrelaçamento de interesses dos consumidores *versus* fornecedores, chega-se ao equilíbrio do preço. Como bem sabemos, em nosso dia-a-dia de nossas relações e transações civis, nos deparamos com várias escolhas, em que, se por um lado auferimos determinada vantagem, em contrapartida, sofremos algum determinado prejuízo por outro lado.

Por fim, entende R. Posner que os recursos, escassos, são tendentes a serem alocados de maneira mais eficiente nas hipóteses em que se verificam intercâmbios voluntários realizados entre os próprios indivíduos.

Deste modo, podemos, com certa tranquilidade, afirmar que a ciência econômica, em si, gira pelos princípios basilares da maximização dos interesses, também chamado de escolha racional, equilíbrio e eficiência, sendo, justamente, no tocante a esses elementares princípios, que se deve iniciar o estudo da Análise Econômica do Direito (AED).

Nesse mesmo sentido, o renomado Professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Armando Castelar Pinheiro, conjuntamente com o advogado Jairo Saddi, em sua obra “Direito, Economia e Mercados”, nos lecionam que poder-se-ia definir algumas premissas essenciais à Análise Econômica do Direito.⁹

A primeira seria assumir que o indivíduo estaria sempre disposto a esforçar-se com fincas a alcançar mais, do que menos satisfação, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos.

Outra premissa seria a de que no momento em que os indivíduos sopesam suas alternativas, de modo a buscarem qual a mais racional, tomam em consideração o “sistema de preços”, que diz respeito a saber se haveria ou não incentivos ou sanções e, se, compensariam o resultado inicialmente pretendido.

A última premissa seria a de que as normas positivadas teriam caráter de “incentivos”, ou maneiras de coibir ou persuadir atitudes e condutas dos homens.

Neste ponto, inegavelmente, vê-se nítida relação com as normas escritas de Direito Civil que visam “não incentivar” determinadas condutas humanas indesejáveis no Direito Civil, como por exemplo,

⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México-D.F. Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88-89.

as que visam coibir o enriquecimento injustificado, inadimplemento obrigacional, abuso de direito, descumprimento contratual, etc.

Muito embora seja o mercado o melhor ambiente para se obter a melhor alocação de bens, este também apresenta falhas, como por exemplo, existência de poder econômico, informações assimétricas, bens públicos, externalidades, etc.

É justamente ao se deparar com as falhas de mercado que, de acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), vislumbra-se a atuação do Estado, com fins a eliminar ou diminuir tais falhas, visando obter cada vez mais a eficiência e perfeição quando da alocação dos recursos escassos disponíveis.

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), os intérpretes não devem manter-se atrelados aos métodos clássicos e tradicionais da análise jurídica, no qual percebem-se apenas os prejuízos assumidos por uma parte.

Há, também, que serem ponderados possíveis prejuízos, custos ou benefícios mútuos, de todos os envolvidos na relação, inclusive as essencialmente afetas ao Direito Civil.

Sabe-se ser função do sistema jurídico proporcionar a diminuição dos “custos de transação”, com fins a facilitar a contratação entre os agentes econômicos, permitindo a maior existência de segurança, fazendo com que se minore o risco assumido pelo empresário durante o exercício de sua atividade negocial.

Portanto, a intervenção por parte do Estado deve ser realizada, tão-somente, quando o objetivo for eliminar as falhas de mercado para então buscar uma alocação ótima dos recursos escassos.

Assim, pode-se afirmar que determinados institutos atinentes à ciência econômica são aplicáveis, também, no estudo da Análise Econômica do Direito, tais como a escolha racional, a eficiência, as falhas do mercado e os custos de transação. Adentremos, assim, à uma análise profícua de cada um destes institutos.

8 - Escolha Racional

À grosso modo, pode-se dizer que agir de forma racional é ter conhecimento de como, e saber escolher, entre duas ofertas, qual a melhor.¹⁰

Assim, o agente, já sabendo as vantagens e custos que determinado produto apresenta, opta por aquele que lhe proporcionará maior utilidade.¹¹

¹⁰ “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 89.)

¹¹ “O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 29.

Há a escolha racional quando se faz uma opção em razão, mais dos benefícios, do que dos possíveis custos que possam surgir.¹²

Ao lado da última definição acima aviada, têm-se o conceito de “Custo de Oportunidade”, pois este representa o que se perde, por não se escolher a alternativa disponibilizada mais favorável ou útil.

O princípio da “escolha racional” relaciona-se à Revolução Marginalista dos Neoclássicos, bem como à Escola Austríaca (em oposição aos economistas clássicos), eis que iniciaram o estudo do instituto da “marginalidade”.

Os efeitos de uma pequena variação é representada pelo adjetivo “marginal”. Logo, uma escolha é racional se os custos marginais forem menores do que o benefício marginal. Para uma escolha racional, mister se faz apreciar a utilidade marginal do bem.

Saliente-se que para a escolha racional ser feita, é suficiente que o agente tenha conhecimento de ordenar aquilo que lhe é útil. Não é imperioso que se saiba o quanto é mais útil essa ou aquela escolha, tendo em vista que se trata de uma escolha subjetiva.¹³

A nosso sentir, tal premissa, aplica-se inegavelmente nas relações essencialmente afetadas ao Direito Civil, afinal, a todo instante, fazemos “escolhas racionais” acerca do que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, decidindo, sempre, da forma que nos ocasione um menor “custo de oportunidade” e maior “utilidade” possível.

9 - A Eficiência

É imperioso que os indivíduos ao tomarem suas decisões, as façam no intuito de buscar a melhor alocação dos bens.

Resulta, deste modo, a necessidade de que as ações e decisões humanas sejam eficientes, tendo em vista que as demandas são sempre maiores do que o número de recursos, dada a sua escassez. Visa-se a maximização de riqueza.¹⁴

¹² “La mayoría de los análisis económicos consiste en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, em otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 10)

¹³ “Para que o indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil algo em relação à outra alternativa. Por uma questão lógica, a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 85)

¹⁴ “Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea

A busca pela eficiência¹⁵ é objetivo básico-elementar da ciência econômica e, também, da Análise Econômica do Direito.

No tocante ao conceito de eficiência, existem dois modelos mais notadamente conhecidos, quais sejam, o de Pareto^{16 17 18} e o de Kaldor-Hicks.¹⁹

A renomada Professora da USP Rachel Sztajn nos preleciona²⁰ que o de Pareto é mais comumente utilizado e significa que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco, em favor daqueles indivíduos que mais os valorizam.

mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” e “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida em que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.” (POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law. Una Investigación Filosófica**)

¹⁵ “O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elabora-lo, interpreta-lo e aplica-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, (...) Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 24/25)

¹⁶ “O conceito de eficiência para Pareto – ou, como diz em economia, o ótimo de Pareto – pode ser traduzido no ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico, ou seja, a posição de uma parte A melhora sem a constatação de prejuízo da posição de uma parte B. Ou, ainda, mais precisamente, quando não há mudanças suficientes a satisfazer uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 100, 2008).

¹⁷ “Comenzaré con el principio de Pareto, que es un cambio (incluso un cambio causado por um accidente o uma acción intencional) es bueno si beneficia al menos a una persona y no perjudica a nadie.” (POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law. Una Investigación Filosófica**. Artigo)

¹⁸ “En Pareto, o padrão ótimo de eficiência se dá quando os agentes econômicos têm acesso aos bens que mais valorizam, através de um sistema de trocas ou alocação de recursos.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 100, 2008).

¹⁹ “Acerca do conceito de eficiência, a teoria econômica apresenta dois modelos mais conhecidos: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Sobre estes dois construtos, Sztajn leciona que o primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que numa determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse a piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86.)

²⁰ SZTAJN, Rachel. Law & Economics. IN Stajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

Deste modo, haveria eficiência, de acordo com Pareto, sempre que houvesse uma transação que viesse a melhorar a situação de uma pessoa, sem que a de outra pessoa fosse piorada.

Por outro lado, para Sztajn, o modelo de eficiência em Kaldor -²¹ Hicks significa que as leis escritas devem ser utilizadas para causar o máximo de bem estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns.

Richard Posner, ao aduzir sobre o tema, menciona que a transação ocorrida no sentido eficiente de Pareto é justamente aquela que acaba por melhorar a situação de, no mínimo, um dos indivíduos envolvidos na relação, desde que não se piore a situação do outro indivíduo.²²

O Ótimo de Pareto representa o momento em que as transações seriam tão eficientes, até que se alcançasse o ponto em que não fosse mais possível realizar qualquer transação sem que resultasse em prejuízo a algum indivíduo.

Por outro lado, Nicholas Kaldor, que viveu entre 1908 e 1986, importante economista da escola de Cambridge e Sir John R. Hicks, que viveu entre 1904 e 1989, ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1972 deram ensejo ao critério de “Kaldor-Hicks”, que representa a hipótese em que a batalha pela alocação dos recursos resolva-se de maneira em que o benefício proporcionado aos vencedores, possibilite compensar o prejuízo dos perdedores.²³

Portanto, dentre duas possíveis escolhas, deve-se optar por aquela que proporcione maior bem-estar.

A Análise Econômica do Direito, de todo modo, visa o maior bem-estar²⁴ possível, mediante melhor e maior alocação possível de bens, a se alcançar o bem estar dentro da moral.²⁵

²¹ “Tem-se a eficiência de Kaldor-Hicks, portanto, quando o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição da riqueza importe que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original, embora ainda recebessem, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 101, 2008).

²² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México-D.F. Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 21

²³ “(...) o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86)

²⁴ “Segundo Goldberg, o conceito de justiça (comutativa, distributiva ou retributiva) não tem peso normativo independente, mas apenas se e enquanto promove o bem-estar”. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86, citando GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e política antitruste**, São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 42.)

²⁵ “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 89.)

Conclui-se que para a escola da *Law and Economics*, a busca em prol da eficiência é princípio básico-elementar, o qual deve ser aplicado nas decisões judiciais, em consonância aos critérios de Pareto ou Kaldor Hicks, zelando-se pela ética e constatação fática do bem-estar.

Portanto, nas relações afetas ao Direito Civil, nas quais se relacionam acerca do quê contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, todos os operadores do direito devem, antes, refletir se tal ato será feito de forma “eficiente”, buscando-se o maior bem estar possível, mediante melhor e maior alocação possível de bens escassos, em consonância com a moral e os bons costumes.

10 - Falhas do mercado

Conforme já anteriormente invocado, outra premissa elementar em relação a qual os estudiosos da Análise Econômica do Direito devem atinar-se, trata-se da existência de falhas do mercado que acabam por obstacularizar que as inter-relações econômicas cheguem à maior eficiência. Tais falhas do mercado devem ser sanadas pelas normas jurídicas.

Sabe-se que a alocação eficiente de recursos nem sempre é conseguida no mercado. Para que isso fosse possível, seria necessário que os mercados fossem perfeitamente competitivos, sem que houvesse, ao menos, sequer um fator que ensejasse imperfeição do mercado.

Fato é que se verificam hipóteses nas quais não se constata o esperado resultado eficiente, seja em razão das externalidades, monopólios (concorrência imperfeita), por serem os recursos bens públicos (pois a utilização do bem por um, não impede que outro também o utilize), etc.

Diante desse contexto, nos quais nos deparamos com falhas de mercado, é que se deve invocar a Análise Econômica do Direito, de modo a minorar seus impactos, no sentido de que as inter-relações econômicas caracterizem-se pela maior eficiência possível.

A assimetria de informações é um impasse, óbice e impedimento em relação à obtenção de relações econômicas eficientes. Vê-se, com nitidez, a assimetria de informações quando das relações consumeristas, tendo em vista ser da própria natureza da negociação que um pólo detenha o domínio da técnica e, o outro, a ausência de conhecimento técnico.

Eis aí um ponto que se relaciona diretamente ao Direito Civil, qual seja, a assimetria de informações nas relações consumeristas.

Também há falha de mercado quando não há competitividade entre empresas, as quais abusam de seu direito e poderio econômico, passando a impor valores de produtos ou serviços, notadamente acima de seus respectivos custos marginais. Eis outro tema, afeto, também, ao abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

Diretamente relacionados ao tema, estão os institutos da concorrência perfeita; concorrência imperfeita; oligopólio ou oligopsônio; monopólio ou monopsônio e monopólio bilateral.

No modelo ideal de concorrência perfeita, é requisito que exista inter-relacionamento entre grande número de vendedores e compradores, que não possuam mais influência do que o outro, ou seu concorrente; os produtos negociadas sejam iguais; que haja fácil ingresso e saída do produto ou

interessado no mercado; inexistência de assimetria nas informações; não existam externalidades; não haja lucro, pois os preços seriam fixados no custo marginal necessário à produção.

Já a concorrência imperfeita, presume a existência de vários compradores e vendedores, porém, não se mostram presentes os demais requisitos apontados no parágrafo acima, principalmente, por não se constatar igualdade entre os serviços e produtos ofertados, o que esmaga o poder de alguns concorrentes, sob outros, em participarem quando da fixação dos preços.

De outra monta, o oligopólio caracteriza-se quando a oferta de produtos ou serviços está centrada no poderio de poucos. A expressão origina-se do dialeto grego: *oligos* (poucos) e *polein* (vender). O Oligopsônio é regime pelo qual existem poucos compradores, em relação a um enorme grupo de vendedores. O Monopólio, por sua vez, é uma estrutura de mercado na qual existe apenas um ofertante de determinado produto ou serviço, ao passo que o Monopsônio dá-se quando há apenas um comprador do produto/serviço.

Os modelos de cartel perfeito ou imperfeito significam que os oligopolistas possuem ciência da interdependência entre eles e ajustam um determinado preço, pelo jogo de cooperação e, assim, constituem um monopólio puro (cartel perfeito).

Há também a hipótese de que, sem anterior acerto, os fornecedores ou produtores acordem em seguir os passos de uma empresa já líder no mercado, de sorte que esta pré-estabelecerá o preço, haja vista seu poderio econômico, ou por serem seus custos de produção menores (cartel imperfeito).

Pode-se afirmar que, na prática, o poderio econômico encontra-se atrelado à própria estrutura do mercado.

Tendo em vista que não há mercado em que vislumbre-se concorrência perfeita, todas as inter-relações econômicas sofrem interferência em sua estrutura e são obstadas a auferir a maior maximização do bem estar e, em consequência, uma perfeita, ótima e ideal alocação dos recursos escassos.

11 - Externalidades

Um dos principais institutos que se relaciona com as falhas de mercado é a “externalidade”. As hipóteses nas quais o exercício da atividade econômica realizada pelos indivíduos ocasiona impactos ou efeitos sobre outros indivíduos, representam as “externalidades”.

Pode-se dizer que “externalidade” significa os efeitos acarretados pelas atitudes de um agente sobre o bem-estar de outros agentes que não se relacionam diretamente com a atividade desenvolvida.

Faz-se importante o estudo das externalidades, tendo em vista que algumas decisões podem ser tomadas de forma eficiente para algum agente, individualmente, porém, esta mesma decisão pode não ter sido eficiente ao se tomar como referencial a coletividade. Isso se aplica, também, perfeitamente nas relações afetas ao Direito Civil.

Se o impacto for maléfico, denomina-se externalidade negativa, ao passo que, se o impacto for benéfico, têm-se a externalidade positiva. Quando há uma externalidade, o mercado não está, a

principio, preparado para resolve-la de forma mais eficiente. Portanto, deve o Estado atuar para internalizar o objeto negativo da atividade econômica. É o que se denomina “internalização das externalidades”.

Deste modo, torna-se função do estudante da Análise Econômica do Direito, ao se deparar com uma externalidade negativa, evitar que se atrapalhe o alcance de resultados sociais eficientes. Assim, deve-se pretender que as decisões que por ventura acarretem lesão à eficiência coletiva não sejam incentivadas.

12 - Custos de Transação

O instituto dos Custos de Transação^{26 27} faz parte da Teoria Neo-Institucionalista, desencadeada por Oliver E. Williamson, que leciona na Universidade de Berkeley, juntamente com Douglas C. North, premiado pelo Nobel de Economia em 1993.²⁸ A Teoria dos Custos de Transação discorda da Teoria Econômica Neoclássica, bem como da presunção de que o mercado, em si, seja perfeito.

Ressalte-se que, para a Teoria Neoclássica, há equilíbrio perfeito entre demanda e oferta e, conseqüentemente, não se dá importância quanto às variáveis relativas aos custos necessários a se possibilitar o cumprimento de acordos.

Os Custos de Transação significam: o custo para se encontrar um interessado; custo para negociação, elaboração e discussão de contratos, contratação de advogado, obtenção de informações; custo para se fazer cumprir o contrato; etc.

Evidentemente, os Custos de Transação estão presentes no cotidiano das relações de Direito Civil, pois a todo mundo se pensa acerca do quê contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, levando-se a decidir sempre da forma que nos ocasione um menor Custo de Transação possível.

13 - Teoria dos Jogos

²⁶ “Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado” (POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 9)

²⁷ “El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.” (POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 9)

²⁸ “Na teoria neo-institucionalista, portanto, o principal papel das instituições é reduzir o valor dos custos de transação.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 102, 2008).

A Teoria dos Jogos não é uma premissa, mas sim um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito de modo a auxiliar a compreender, ou prevenir, acerca de possíveis comportamentos dos agentes em conflitos de interesses.²⁹

A partir do momento em que se verifica que as decisões de um agente é influenciada pela atitude que se espera de um outro agente ao qual se relaciona, forma-se o comportamento estratégico, tendo em vista que se conhecem as regras do jogo.³⁰

De acordo com a Teoria dos Jogos, a norma é vista apenas como subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois este ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar, cumprindo ou não a lei. A lei induz os comportamentos.³¹

Um dos famosos exemplos de aplicabilidade da Teoria dos Jogos, se deu quando Albert W. Tucker, em 1950, produziu o artigo “*A two-person dilemma*”, conhecido em nosso dialeto como “O Dilema dos Prisioneiros”.

Em suma, trata-se do exemplo no qual a polícia prende dois indivíduos que possuem ciência do crime cometido, porém faltam provas para que a polícia os mantenha presos, necessitando, assim, de suas confissões.

Na hipótese de não obter a confissão, ambos seriam condenados em crimes menores. Então, a polícia os coloca em salas separadas e propõe-lhes: “se confessar, e o outro suspeito não confessar, você ficará em paz e só o outro será condenado por um crime grave. Se os dois confessarem, os dois serão condenados pelo crime grave, mas com redução de pena.”

Obviamente, é interesse dos dois que ambos não confessem, pois, assim, serão condenados apenas em relação ao crime menor. Por outro lado, confessar é também uma boa estratégia, pois se o outro não confessar, ao se confessar evita-se a condenação mais grave. Se um confessar e o outro também confessar, a redução da pena será obtida.

Interessante estratégia individualista dos prisioneiros, seria, certamente, acusar o outro, já que não se sabe como o outro atuará. Pode-se pensar ser mais proveitoso responder por tempo menor do que pelo crime mais grave, caso o outro lhe acuse.

Hipótese similar existente em nosso ordenamento é o instituto da delação premiada.

²⁹ “A contribuição da teoria dos jogos para o estudo do Direito, portanto, consiste no entendimento das motivações estratégicas que inspiram os autores e das consequências das normas jurídicas em seu comportamento.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 109, 2008).

³⁰ “Essa teoria é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 109)

³¹ “La racionalidad implica toma de decisiones y, generalmente, la gente tiene que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre.” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 11)

Portanto, a Teoria dos Jogos também contribui de várias maneiras para a ciência do Direito, em licitações, falência, direito penal, etc., ensejando análises e previsibilidades das ações a serem assumidas pelos indivíduos que visam atuar de forma racional.

Cumpra aos advogados, juízes, promotores, legisladores e todos os demais operadores do direito analisar os dados e informações obtidas em cada uma das relações, de modo a se cuidar do sistema jurídico pela maneira que resulte em maior eficiência.

14 - Análise Econômica do Direito e sua aplicabilidade – Consonância a Princípios Constitucionais

Muito embora, via de regra, a Análise Econômica do Direito seja aplicada sobre o direito de propriedade, relações contratuais, responsabilidade civil, dentre outros, não são estes ramos, porém, as únicas searas da ciência do Direito em que a AED possa ser aplicada.

Impõe-se seja a Análise Econômica do Direito imposta em todas as situações, com lógica e racionalidade, em assuntos jurídicos que possibilitem decisões eficientes. Não há que se-la aplicada quando a eficiência esteja em confronto a garantias ou princípios fundamentais estabelecidos em nossa Constituição Federal de 1988.

15 - Aplicação da Análise Econômica do Direito em relação aos direitos de propriedade

Importante tema abordado pela Análise Econômica do Direito refere-se aos direitos de propriedade. Busca-se estudar como e porque se concederam os direitos de propriedade, o que seria objeto de propriedade privada, quais providências a serem tomadas em defesa dos direitos de propriedade, quais ações podem ser tomadas pelos proprietários, etc.

Em regra, a AED justifica tais questionamentos sob a égide da eficiência maximizada. Há necessidade de se criar exclusividade sobre determinados bens escassos, determinando-se os respectivos proprietários, para que estes possam invocar seus direitos perante terceiros, de modo a impedir que a batalha desenfreada em busca do bem, acabe por resultar na inutilização do bem como um todo.

Ou seja, nas hipóteses em que um bem é comum e pode ser livremente usufruído por vários indivíduos, geralmente, não ocorre a sua utilização mais eficiente.³² Sendo o bem escasso de uso comum para todos, sem que haja proprietário específico, ocasiona-se um efeito negativo recíproco, haja vista que as atuações de cada agente geram custos e exaurimento do bem escasso.

Os Direitos de Propriedade contribuem para que se elucide de que modo as pessoas podem se beneficiar ou se prejudicar, bem como quem deve pagar a quem em decorrência de atos praticados

³² “Assim, quanto mais os direitos de propriedade sobre os bens forem alocados de forma eficiente (ou seja, atribuindo-os a quem mais os valorize), menos numerosas serão as transações econômicas – relações jurídicas – realizadas para atingir-se esta eficiência na alocação da propriedade sobre os fatores de produção e, obviamente, menores são os custos de transação para o exercício da empresa.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. pág. 56.)

por outras pessoas. Há estreita relação entre direitos de propriedade e fatores externos (externalidade).

A “internalização” dos efeitos relaciona-se ao processo de trocas dos direitos de propriedade, de modo a permitir que os efeitos de uma externalidade gravitem sobre todas as pessoas que se interagem. Uma função primária dos direitos de propriedade é promover incentivos para se alcançar maior internalização das externalidades.

Certo é que os direitos de propriedade se desenvolvem quando se faz economicamente interessante para aqueles que se vêem atingidos por externalidades, sendo viável internalizar os custos e benefícios. Harold Demsetz, em seu artigo “Hacia una teoría de los Derechos de Propiedad”³³, bem nos relembra que:

“He argumentado que los derechos de propiedad se desarrollan cuando se hace económico, para quienes se ven afectados por externalidades, internalizar los costos y los beneficios.

Um bom exemplo seria o da exploração de um terreno pastoril por inúmeros criadores de animais. Caso não haja limites a serem impostos por um criador aos demais criadores dos animais, naturalmente, todos envidariam seus esforços para aumentar seus ganhos, criando cada vez mais um maior número de animais. Obviamente, tal panorama levaria ao fim e exaurimento do bem escasso (pasto), e conseqüente prejuízo de todos.

Ou seja, nesse exemplo objetivo e simplório, caso não exista o Direito de Propriedade, todos os interessados em auferir lucro explorarão o pasto de forma desenfreada, sem limites, sem racionalidade, sem especificação dos animais próprios, sem respeitar os intervalos de tempo, meses, ou anos, necessários à recuperação do pasto, etc. Isso, certamente, ocasionaria um prejuízo a todos, pois, rapidamente o bem escasso (pasto) seria exaurido, impedindo a maximização de riquezas e interesses, do bem estar. O recurso (pasto) teria sido alocado de forma ineficiente.

Assim, em um território de propriedade comum, no qual cada pessoa possua o direito livre de caçar e explorar o solo, economicamente, não se mostraria interessante tal hipótese. Afinal, o indivíduo que pretendesse maximizar seus direitos comuns (e lucrar) caçará a mais, ou explorará ainda mais a terra, o que diminuiria muito o estoque de animais e a própria capacidade de se explorar a terra ao longo do tempo. O “custo” deste comportamento será arcado por outros indivíduos, que talvez, nem pertençam àquela geração.

Ainda nessa hipótese, por outro lado, poderiam os indivíduos acordar em quanto e como explorar os recursos, mas os “custos” para realizar este acordo de limitação de direitos poderiam ser inviáveis. Os “custos de negociação” poderiam ser muito altos para se chegar em um consenso. Na propriedade comum, não se pode medir com exatidão os efeitos sobre os vizinhos ou gerações futuras. Há ocorrência de relevantes “externalidades”. Assevera Harold Demsetz:

“Lo mejor para empezar es considerar un ejemplo particularmente útil que dirige nuestra atención hacia los problemas de la propiedad de la tierra. Supongamos que la tierra es de propiedad comunal. Cada persona tiene el derecho de cazar, trabajar o

³³ DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoría de Los Derechos de Propiedad**. Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoría-derechos-propiedad.pdf

explorar el suelo en busca de minerales. Esta forma de propiedad falla en la posibilidad de concentrar en una persona el costo asociado con el ejercicio del derecho comunal por parte de esa persona en particular. Si alguien procura maximizar el valor de sus derechos comunales, tenderá a cazar en exceso o trabajar de más la tierra porque algunos de sus costos serán compartidos por otros. El stock de animales de caza, así como la riqueza del suelo, disminuirán con demasiada rapidez. Es concebible que los poseedores de tales derechos, o sea cada miembro de la comunidad, puedan acordar un límite hasta el cuál trabajar la tierra si los costos de negociación y de instrumentación de las políticas necesarias son iguales a cero. Cada uno puede estar conforme con limitar sus derechos, pero es obvio que los costos para alcanzar tal acuerdo no serán iguales a cero. Lo que no es obvio es cuán elevados serán dichos costos. Los costos de negociación serán altos porque resulta difícil para muchas personas alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio, en especial cuando cada uno de los involucrados tiene el derecho de trabajar la tierra tan rápido como lo desee.”

“El ejemplo de la propiedad de la tierra nos pone de inmediato ante una gran desventaja de la propiedad comunal. El efecto de las actividades de una persona sobre sus vecinos y sobre las generaciones futuras no se puede tomar en cuenta totalmente. La propiedad comunal resulta así en grandes externalidades.”

Caso se distribua, previamente, as propriedades privadas entre diferentes indivíduos, em diferentes porções, para cada um, proporciona-se mais “incentivos” para utilizar de forma mais “eficiente” os recursos (pasto), pois serão “internalizados” os custos externos de ter que se excluir outros proprietários e controlar a caça e fertilidade da terra. Há melhor relação custo / benefício. Salienta Harold Demsetz:

“Si una sola persona posee una determinada cantidad de tierra, intentará aumentar su valor actual tomando en cuenta posibles evoluciones futuras de costos y beneficios y seleccionar aquellos que, en su opinión, podrán maximizar el actual valor de sus derechos de propiedad privada de dichas tierras. Como sabemos, esto significa que intentará tomar en cuenta las condiciones de oferta y demanda que, según cree, existirán después de su muerte. Es muy difícil imaginar en qué forma los propietarios comunales podrían alcanzar un acuerdo que tomara en cuenta tales costos.”

“La propiedad privada resultante internalizará muchos de los costos externos asociados con la propiedad comunal, puesto que ahora el propietario, en virtud de su poder para excluir a otros, puede contar generalmente con la retribución emergente del control de la caza o del aumento en la fertilidad de la tierra. Esta concentración de costos y beneficios en los propietarios crea incentivos para utilizar más eficientemente los recursos.”

Deste modo, ao se instituírem os proprietários dos bens, há utilização mais eficiente, mais racional e mais duradoura do recurso. Eis a essência, para a AED, dos Direitos de Propriedade.

A alocação mais eficiente de recursos, em consonância com o ótimo de Pareto, significa aquela em que não existiriam qualquer conflito envolvendo os Direitos de Propriedade. Caso existam, faz-se necessário apreciar os custos necessários às transações.

Assim, é necessário que se analisem o montante de recursos gastos para que os indivíduos cheguem a um resultado eficiente, também de acordo com o critério de Kaldor-Hicks. Consequentemente, quanto mais nítidos e hialinos os Direitos de Propriedade, há menos custos nas transações.

À medida em que as instituições são mais eficientes, (jurisprudência, meios de proteção, leis, etc.), menores tendem a ser os custos necessários às transações e mais eficientes as transações que se relacionam aos direitos de propriedade.

16 - A relação da Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil - Prevenção e o “Dano Eficiente”

Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, foi quem inicialmente abordou a Análise Econômica do Direito em responsabilidade civil extracontratual no artigo denominado “*Somes thoughts on risk distribution and the law of torts*”.

Sabe-se que os custos decorrentes da responsabilidade civil podem ser oriundos de acidentes ou da prevenção adotada de modo a se evitar os acidentes.

Mostra-se economicamente inviável e pouco eficiente pretender evitar totalmente os sinistros, pois gera alto custo e tal possibilidade é apenas teórica, o que faz com que a Análise Econômica do Direito vise proporcionar incentivos em prol da precaução de acidentes.

A responsabilidade civil, em suma, possui dois atributos essenciais, sendo um de prevenção, de modo a incentivar as pessoas a não atuarem em atividades que possibilitem a ocorrência de danos. Outro atributo é o do caráter ressarcitório, o qual garante aos indivíduos prejudicados por essas condutas, a reparação das eventuais perdas e danos sofridos.

Em relação à responsabilidade objetiva, esta se dá em desfavor do agente causador do dano, desconsiderando-se qual a conduta proporcionada. Nesse caso, visa-se atribuir ao causador do dano a internalização dos prejuízos (custos) ocorridos em razão do sinistro.

No tocante à responsabilidade por culpa, visa-se impor ao indivíduo incentivos para que se previna anteriormente ao cometimento de algum ilícito civil, pois saberá que, em acontecendo o sinistro, será responsabilizado, mediante constatação acerca de sua negligência, imprudência ou imperícia.

Diante desse contexto, inevitavelmente, temos que fazer alusão ao chamado “dano eficiente”, que em simplórias palavras é o “dano que compensa ser sofrido”.

O eminente Professor César Fiúza bem ressalta:

“Fala-se, por fim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall*, para concertar o defeito de todos os carros vendidos que forem apresentados, estaremos diante do dano eficiente.”³⁴

Em nosso contexto social brasileiro, não nos impinge demasiado esforço crer que as sociedades empresariais de telefonia e aéreas, dentre outras, preferem assumir o risco econômico de suportar

³⁴ FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 8ª Ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2004. p. 692.

eventuais custos de processos indenizatórios do que investir na prevenção do dano. Opta-se pelo “dano eficiente.”

Refletamos acerca da numerosa e espantosa quantia de processos judiciais, indenizatórios de danos morais, que, por exemplo, envolvem negativas indevidas dos nomes dos consumidores junto aos órgãos de restrição de crédito, feitas, injustamente, pelas sociedades empresárias de telefonia. A mesma massa espantosa de processos se dá em relação aos comuns e rotineiros extravios de bagagem de passageiros, relacionados ao ramo de aviação aérea.

Assim como outros vários, tais fornecedores de produtos e serviços conseguem estipular, provisionar e prever qual o dano eventualmente a ser ocorrido em suas relações consumeristas, sabendo inclusive qual o patamar das eventuais condenações judiciais, que, em muitos casos, infelizmente, não consideram o caráter pedagógico e desestimulante da indenização a ser aplicada, caso a caso.

Sabem tais fornecedores de produtos e/ou serviços existir uma espécie de “tabela” de valores de condenação, perceptível no dia-a-dia forense e da advocacia militante, ou seja, o custo destes milhares de processos que tratam da mesma hipótese e assunto.

Assim, torna-se um “incentivo” para que tais empresas não custeiem os gastos necessários à prevenção do dano (prevenir os extravios de bagagem aérea, evitar contratações de serviços telefônicos fraudulentos que ensejem negativas indevidas, etc.), preferindo, por outro lado, serem declaradas judicialmente e civilmente responsáveis em cada um destes pequenos e rotineiros processos.

Portanto, em apertada síntese, busca a Análise Econômica do Direito, em relação a responsabilidade civil, alcançar o equilíbrio mais eficiente entre prevenção e dano.

17 - A Análise Econômica do Direito e sua relação com os contratos

Importante inteiração da Análise Econômica do Direito se dá também em relação aos contratos. Como se estuda, os contratos acarretam limitações das ações das partes contratantes, prevendo deveres e direitos.

A AED assevera que os contratantes se submetem às tais condições pois as intenções individuais e privadas, via de regra, não levam a um bom resultado coletivo. Ou seja, quando as partes delimitam seus direitos e deveres, o resultado para a coletividade, em geral, será maior.

Também visa a Análise Econômica do Direito estudar além da própria elaboração e formação dos contratos, seus impactos e conseqüências que ensejam sua proteção, bem como apreciar as conseqüências de eventual descumprimento de um contrato.

O não conhecimento e a ausência de plena certeza sobre o real cumprimento dos contratos enseja o risco nas atividades econômicas. Pode-se cumprir ou não cumprir um contrato, ganhar ou perder. Não se sabe, ao certo, o resultado final da atividade.

Deste modo, a Análise Econômica do Direito aduz que os contratos são instrumentos adequados a compor os riscos da própria atividade econômica, diminuindo eventual perda e prejuízo do agente contratante, possibilitando um contexto mais eficiente.

O cumprimento dos contratos em geral, é premissa fundamental para o desenvolvimento de um país e, justamente por isso, é uma das searas nas quais a Análise Econômica do Direito merece ser aplicada.

A maior crença de que os contratos serão honrados gera maior eficiência e dinamicidade econômica. A cooperação entre contratantes é incentivada quando há efetiva proteção legal e judicial.

Deste modo, para a Análise Econômica do Direito, deve-se dar amparo legal em relação aos pactos pelos quais os agentes contratantes inicialmente desejavam que as condições fossem todas cumpridas, independentemente do risco da atividade, de modo a se valorizar os atos que ensejam condutas eficientes e que visam melhor e maior alocação possível dos bens escassos.

18 – Conclusão

Verifica-se que, há muito, discute-se sobre o impacto econômico das atuações por parte de todos os operadores do direito, mormente quanto as decisões judiciais. Isso pois, propiciar resultados jurídicos mais seguros, visando à distribuição da Justiça e estabilidade das relações sociais, é um objetivo bem antigo e perseguido constantemente.

O anseio pela segurança jurídica a fim de se reduzir as incertezas provocadas pela atuação judiciária que pode levar a decisões predominantemente políticas / ideológicas ou exageradamente impregnadas de subjetivismos, sempre foi, aliás, uma preocupação constante da teoria do direito.

Certo é que a atividade do Poder Judiciário, ao decidir questões afetas ao direito civil, influencia diretamente a economia, pois, quanto maior a racionalidade e confiança no sistema civil, maior o desenvolvimento econômico e social de um país.

Portanto, de acordo a Análise Econômica do Direito, a opção por uma solução, e não pela outra, deve se dar a partir da escolha daquela que, em um determinado contexto social, esteja fundamentada nas leis que regem as relações civis (patrimoniais, obrigacionais e familiares), de modo a se proporcionar o maior bem estar, maior maximização de riquezas e interesses, mediante real eficiência na alocação dos recursos escassos e, sempre, de acordo com os bons costumes, ética e moral.

19 – Bibliografia

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. 6º ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005.

COASE, Ronald H. **Essays on economics and economists**. Chicago/London: University of

COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago/London: University of Chicago Press, 1998.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost.** Journal of Law and Economic, The University of I. Chicago Press, n.º 3, 1960.

COASE, Ronald – **El Mercado de los bienes y el Mercado de lãs ideas.** Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/rev45_coase1.pdf.

COLOMA, Germán. **Análisis Econômico de los derechos de propriedade.** In: KLUGER, V. (Org.) Análisis Económico del derecho. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

COOTER, Robert d.; ULEN, Thomas. **Law e Economics.** 4ª ed. New York: Pearson Addison Wesley, 2004.

COOTER, Robert d. **Las Mejores Leyes Correctas: Fundamentos Axiológicos del Análisis Econômico Del Derecho.** In: ROEMER, A. (Org.) Derecho y Economía: Una Revision de la Literatura. México-D.F: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

DAHRLMAN, Carl J. **The problem of externality.** Disponível em: <http://www.esm.ucsb.edu/academics/courses/297-1F/Readings/dahlman1.pdf>.

DEMSETZ, Harold. **Control empresarial, riqueza e desarrollo economic.** Disponível em: <http://66.102.1.104/scholar?q=cache:s3ahCKgQdikJ:scholar.google.com/+DEMSETZ,+Harold++d+esarrollo+&hl=pt-BR>.

DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoria de Los Derechos de Propriedad.** Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoria-derechos-propiedad.pdf

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo.** 8ª Ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2004.

LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen. **Freakonomics.** São Paulo: Ed. Campus Elsevier. Capítulo I e IV, 2008.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia.** 3ª Edição. São Paulo: Ed. Thomsom. Capítulos I, II, III e IV, 2004.

NORTH, Douglas. **Institutions.** Disponível em: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html

PAMPLONA, Gustavo. **Uma aplicação da teoria dos jogos ao direito – Os Cartéis, a licitação e a teoria dos jogos.** In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia.** Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), v. 11, p. 97-120, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresárias brasileiras: entre a autonomia da vontade e a estrita legalidade.** Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 142, p. 66-79, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado.** Revista de Direito Público da Economia, v. 19, p. 9-28, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** São Paulo: Elsevier Campos, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Exclusão e Retirada de sócios - conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas.** 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, Economia e relações patrimoniais privadas.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-174, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado.** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Eficiência econômica e Autonomia Privada como fundamento da recuperação de empresas no Direito Brasileiro.** In: Cesar Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Neves. (Org.). **Direito Civil: Atualidades II - Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais.** 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. II, p. 291-313.

POSNER, Richard A.. **Economic Analysis of law.** 5ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1972.

POSNER, Richard A.. **Law and Economics in common-law, civil law, and developing nations.** Ratio Juris. V. 17, n.1. 2004.

POSNER, Richard. **Maximizacion de La riqueza y tort law.** Disponível em: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>.

POSNER, Richard A. **Usos y Abusos de la teoria econômica em el derecho.** In: ROEMER, A. (Org.). **Derecho y Economia: Una Revisión de la literatura.** México-D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo.** Revista de Economia. 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2009

SALAMA. Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na obra de Richard Posner.** Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=bruno_meyerhof_salama

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia. Análise econômica do direito e das organizações.** Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2005.