

# ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA APROXIMAÇÃO

MARCOS VINÍCIO CAVALCANTE LIMA\*

**Resumo:** Objetiva-se com esta pesquisa estabelecer uma linha de aproximação entre o Direito e a Economia, explorando, para tanto, a epistemologia da Análise Econômica do Direito (AED). Para a consecução dessa pretensão, buscar-se-á, ao início, e sem o intento de esgotar o tema, traçar um paralelo entre o direito, a economia e as correspondentes ciências, observando os seus pontos de aproximação e afastamento. Posteriormente, pretende-se registrar a origem, os fundamentos, a metodologia, os princípios e o conceito da AED, abordando-se, em seguida, os seus diferentes métodos de pesquisa (positiva e normativa), a medida com que cada um pode contribuir para com o discurso jurídico, bem como os limites desta pretensão. Quanto à metodologia, a pesquisa será qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental. Os instrumentos de pesquisa serão o levantamento e a seleção bibliográfica, a leitura e o fichamento das informações. Será adotado o método de pesquisa dedutivo. A ideia a que se chegou, ao fim, é a de que a AED complementa o Direito, porque prescreve uma teoria sobre o comportamento humano, introduzindo uma metodologia que contribui significativamente para a compreensão dos fenômenos sociais, bem como para auxiliar na tomada racional de decisões jurídicas, no entanto, não se olvidam os limites de sua contribuição para com o discurso jurídico, especialmente no que concerne a seu intento de implementar eficiência econômica às normas de direito. Nesse sentido, frisou-se ser proveitoso para a dogmática jurídica a posição que congrega a ética consequencialista da economia com a deontologia da discussão do justo, pois permite uma integração de novas metodologias ao estudo das instituições jurídico-políticas, contribuindo para que o direito possa responder de modo eficaz às necessidades da sociedade.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Metodologia. Contribuições. Dogmática Jurídica.

**ABSTRACT:** The objective of this research is to establish a line of approximation between Law and Economics, exploring, for this purpose, the epistemology of Economic Analysis of Law (AED). In order to achieve this aim, it will be sought, at the beginning, and without the intention of exhausting the topic, to draw a parallel between law, economics and the corresponding sciences, observing their points of approach and distance. Subsequently, the intention is to register the origin, the foundations, the methodology, the principles and the concept of the AED, then addressing its different research methods (positive and normative), to the extent that each one can contribute to the legal discourse, as well as the limits of this claim. As for the methodology, the research will be qualitative, exploratory, bibliographic and documentary. The research instruments will be the survey and bibliographic selection, reading and filing of information. The deductive research method will be adopted. The idea reached, at the end, is that AED complements the Law, because it prescribes a theory about human behavior, introducing a methodology that contributes significantly to the understanding of social phenomena, as well as to assist in the rational taking of Legal decisions, however, do not forget the limits of their contribution to the legal discourse, especially with regard to their attempt to implement economic efficiency to the rules of law. In this sense, it was emphasized that the position that brings together the consequentialist ethics of the economy with the

\*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduado em Direito público pela Universidade Cruzeiro do Sul. Advogado e Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7313248350649498>. E-mail: [marcosvinicio2910@gmail.com](mailto:marcosvinicio2910@gmail.com).

deontology of the discussion of the just is beneficial for legal dogmatics, as it allows for the integration of new methodologies to the study of legal-political institutions, contributing so that the law can respond effectively to society's needs.

**Keywords:** Economic Analysis of Law. Methodology. Contributions. Legal Dogmatics.

## 1. INTRODUÇÃO

Nunca é demais dizer que os desafios da humanidade se renovam dia-a-dia. A pandemia que nos assola certamente é mais um de muitos desafios que os seres humanos terão de superar em sua jornada no Planeta Terra. Tais dificuldades obrigam os indivíduos a atuarem de forma coordenada na busca pela solução que melhor atenda às necessidades de todos os envolvidos, mas essa coordenação nem sempre é fácil de ser alcançada, e quando é, muitas vezes subsistem problemas que tornam a sua manutenção instável.

Essa realidade tem impulsionado o estudo das ciências por um novo caminho: o da interdisciplinaridade. Dentro desse contexto, a ciência jurídica não se esquiva, sobretudo ao se falar do atual Estado Democrático de Direito. O debate sobre o conflito entre saúde e economia, já bem explanado no âmbito jurídico, dentro do qual muito se falava sobre a questão do mínimo existencial *versus* a reserva do possível, tomou novo fôlego em tempos de pandemia e, independentemente da linha defendida, corroborou para o pensamento de que o direito precisa ser um aliado das outras ciências, na medida em que é apenas um meio para um fim.

Nesse contexto, revela-se oportuno desenvolver um estudo com o objetivo de estabelecer uma linha de aproximação entre o Direito e a Economia, explorando, para tanto, a epistemologia da Análise Econômica do Direito (AED). Isso porque, conforme Santana (2014, p. 157), a AED é uma alternativa de estudo interdisciplinar que almeja complementar, fundamentar ou mesmo corrigir as soluções jurídicas para os problemas ocorridos na vida em sociedade, na medida em que, segundo Gico Jr. (2010, p. 12), traz para o Direito instrumentos analíticos próprios da teoria econômica, os quais auxiliam o intérprete e o aplicador da lei a identificar, prever e mensurar as suas consequências no mundo real.

Para a consecução dessa pretensão, buscar-se-á, no início do estudo, e sem o intento de esgotar o tema, traçar um paralelo entre o direito, a economia e as correspondentes ciências, observando os seus pontos de aproximação e afastamento. Posteriormente, pretende-se registrar a origem, os fundamentos, a metodologia, os princípios e o conceito da AED, abordando-se, em seguida, os seus diferentes métodos de pesquisa (positiva e normativa), a medida com que cada um pode contribuir para com o discurso jurídico, bem como os limites desta pretensão.

Quanto à metodologia, a pesquisa será qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental. Os instrumentos de pesquisa serão o levantamento e a seleção bibliográfica, a leitura e o fichamento das informações. Será adotado o método de pesquisa dedutivo.

## 2. O DIREITO E A ECONOMIA: ASPECTOS GERAIS

Sinteticamente, Gico Jr. (2010, p. 8) aduz ser o direito, “de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano”. Em outras palavras, o direito pode ser conceituado como “o conjunto de normas estabelecidas pelo poder político que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época” (PEREIRA, 1976, p. 18-19 apud DINIZ, 2003, p. 243).

De modo mais abrangente, Gonçalves e Stelzer afirmam que (2012, p. 78)

o Direito é uma ciência social aplicada que se ocupa em dirimir conflitos, disciplinar as vivências e resgatar os ditames de justiça entre os jurisdicionados mediante a aplicação de princípios, normas ou regras, segundo a tradição da *Common law* ou da *Civil law* e critério de justiça previamente definido e adotado.

Dentro desse contexto, a norma jurídica pode ser apreendida como o meio pelo qual o direito busca obter o equilíbrio social (DOWER, 1976, p. 6 apud DINIZ, 2003, p. 243), sem olvidar, na lição de Reale (1973, p. 65 apud DINIZ, 2003, p. 243), a sua vinculação a fenômenos socioaxiológicos, como a realidade social subjacente e os valores que conferem sentido aquela. Por esse caminho, o direito, pois, trata-se de “uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores” (REALE, 1973, p. 67 apud DINIZ, 2003, p. 244).

Essa vinculação das normas aos fenômenos socioaxiológicos ocorre exatamente porque o direito possui importantes funções, tais como de controle social, prevenção e composição de conflitos e de promoção de ordem, segurança e justiça (MORAES MELLO, 2008, p. 3). Com efeito, “em uma sociedade complexa como a nossa, o homem utiliza o Direito como um meio para facilitar a convivência, manter a ordem e promover o progresso social” (MORAES MELLO, 2008, p. 7).

Por conseguinte, diante da centralidade da norma jurídica que atua instrumentalizando a persecução das finalidades do direito, a ciência do direito pode ser definida como o “estudo das normas jurídicas com o objetivo de descobrir o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, bem como estabelecer as suas raízes sociais e históricas” (GUSMÃO, 1973, p. 11).

Gusmão (1973, p. 11-12) destaca que o objeto da ciência do direito seria “as normas jurídicas, dado concreto, que se encontra na realidade histórico-social, ou, se quisermos, realidade cultural, (...). Por isso, a ciência jurídica é ciência que trata de realidades”. Pondera o

autor, entretanto, que seus métodos variam em comparação com os das ciências empíricas, pois, como objetiva o conhecimento de normas, supõe interpretação, e não descrição (GUSMÃO, 1973, p. 11-12).

Em sentido semelhante, assentava Kelsen (2003 apud ESTEVES, 2010, p. 30) que, em razão de uma margem de indeterminação relativa das normas, uma norma comportaria diferentes sentidos, todos de igual valor, pelo que caberia à “ciência do direito elencar os possíveis sentidos da norma jurídica em estudo a partir do estudo das normas que lhe são hierarquicamente superiores, superando a ficção de uma única interpretação correta”.

O doutrinador ainda afirmava, assim como Gusmão destacara, que o jurista deveria distinguir a ciência do direito, como ciência social normativa que é, das demais ciências sociais causais, ou positivas (tal como a psicologia, a história, a sociologia e a economia), justamente porque o seu conteúdo abrange como as condutas recíprocas dos homens, determinadas por normas positivas, devem realizar-se, e não como efetivamente se realizam (KELSEN, 1962, p. 169-176 apud DINIZ, 2003, p. 216).

Por outro lado, pensando a ciência do direito como um gênero com múltiplas espécies, Diniz (2003, p. 217) reconhece que, enquanto de modo amplo a ciência do direito possa ser compreendida como “qualquer estudo metódico, sistemático e fundamentado dirigido ao direito, abrangendo nesta acepção as disciplinas jurídicas como a sociologia jurídica, a história do direito etc”, em sentido estrito, trata-se da ciência do direito propriamente dita, da ciência dogmática do direito.

Tratando-se então da dogmática jurídica, pode-se dizer que ela “corresponde ao momento culminante em que o jurista se eleva ao plano dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico” (REALE, 1976, p. 318-321 apud DINIZ, 2003, p. 217).

Conseqüentemente, “o jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visa o problema da aplicação” (REALE, 1976, p. 318-321 apud DINIZ, 2003, p. 217).

O problema da aplicação da norma jurídica se impõe na medida em que os enunciados da ciência jurídica não são verificáveis ou refutáveis como os enunciados científicos, dependendo a sua validade de relevância prática, que possibilite, pois, decisões legislativas, judiciais, administrativas e contratuais (DINIZ, 2003, p. 195). Em outras palavras, é a

decidibilidade o que se busca com a interpretação, a construção e a sistematização do direito (DINIZ, 2003, p. 195).

Como destaca Diniz (2003, p. 195-196), “os enunciados dogmáticos põem-se a serviço da problemática da realizabilidade de modelos de comportamento, como são as normas jurídicas, e das consequências da sua realização para a vida social, e que lhes dá um sentido crítico”.

É por isso que Ferraz (1977, p. 254-255 e 356 apud DINIZ, 2003, 218) insiste que

a dogmática jurídica não objetiva a fixação pura e simples do estabelecido pelo legislador, mas possibilita reflexões com as quais a matéria normativa é controlada e dirigida para a solução de conflitos jurídicos. Cria, portanto, condições de decidibilidade de conflitos. É um estudo das condições do que é juridicamente possível, tendo em vista um direito dado. Não tem apenas o escopo de conhecer, mas sim conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade da norma, na solução de conflitos.

Nesse contexto, o fenômeno da aplicação das normas jurídicas consagra a ciência do direito como uma ciência social normativa, que tem por objetivo o estudo da lei e dos textos normativos através da interpretação, construindo um conhecimento coordenado e sistematizado que, sobretudo, auxilie o aplicador do direito na solução de conflitos, vez que indissociável da realidade que lhe dá suporte. É por esse viés dogmático que a ciência econômica pode trazer contribuições relevantes na seara do direito.

A ciência econômica é uma ciência social cujo objetivo é descobrir como o mundo econômico funciona (MENDES, 2009, p. 3). Pode ser definida como “o estudo da alocação (utilização) dos recursos escassos na produção de bens e serviços para a satisfação das necessidades ou dos desejos humanos” (MENDES, 2009, p. 3).

“Escassez” quer dizer “que os recursos são limitados e podem ser utilizados de diferentes maneiras, de tal modo que devemos sacrificar uma coisa por outra” (MENDES, 2009, p. 3). Trata-se da incapacidade de satisfazer todas as nossas necessidades (PARKIN, 2009, p. 1).

Diante da escassez, surge a necessidade de escolher; e tal necessidade tem relação com os incentivos dados, os quais refletem uma recompensa que estimula uma ação ou uma penalidade que desestimula outra (PARKIN, 2009, p. 2).

Portanto, a “Economia é a ciência social que estuda as escolhas que as pessoas, as empresas, os governos e sociedades inteiras fazem à medida que se defrontam com a escassez e com os incentivos que influenciam e conciliam essas escolhas” (PARKIN, 2009, p. 2).

Destaque para a sua divisão em razão de dois tipos de análise econômica: a microeconomia e a macroeconomia. A primeira estuda as escolhas que as pessoas e as empresas fazem, o modo como essas escolhas interagem no mercado e a influência que os governos exercem (PARKIN, 2009, p. 2). A segunda é o estudo do desempenho das economias nacional e mundial (PARKIN, 2009, p. 2).

Perceptivelmente, a ciência econômica é uma ciência positiva, que procura desenvolver afirmações positivas coerentes com o que se observa para ajudar a compreender o mundo econômico (PARKIN, 2009, p. 11), contrariamente ao que se observa na ciência do direito.

Boarati (2006, p. 5), refletindo no mesmo sentido, afirma que “a teoria econômica se propõe a realizar uma análise objetiva sobre o mundo em que vivemos, sendo, portanto, definida como uma ciência social positiva”.

Todavia, há de se afirmar a existência da economia normativa, fundada em preceitos sobre o sistema econômico baseados em juízos de valor, e não exclusivamente no raciocínio científico, que, segundo Mochón (2007, p. 3), na vida real, mesclam-se de tal maneira que se torna muito difícil separá-los.

A economia normativa trata do que deveria ser, afirmações que dependem de valores e não podem ser testadas (PARKIN, 2009, p. 10). “Refere-se aos preceitos éticos e a normas de justiça” (MOCHÓN, 2007, p. 3), o que evidencia uma importante área de contato com o direito, tendo em vista a intensa interpenetração da “Moral” nas regras jurídicas, como vetor de justiça e, “principalmente, para humanizar o crescente vulto das relações econômicas” (GUSMÃO, 1973, p. 38).

Porém, mesmo que não seja o objeto da economia em si, não se refuta que o conhecimento da realidade e o suporte da teoria econômica sejam utilizados para tentar interferir na economia e transformá-la, uma vez que se não fosse possível influir na atividade econômica através de políticas econômicas, a economia seria uma ciência “meramente descritiva e histórica” (MOCHÓN, 2007, p. 3).

Nesse contexto, as sociedades buscam solucionar três problemas econômicos fundamentais que decorrem da escassez de recursos: o que produzir? Como produzir? Para quem produzir? São os agentes econômicos (famílias, empresas e governo) que respondem estas perguntas mediante decisões descentralizadas, à medida que interagem entre si nos mercados de bens e serviços (MOCHÓN, 2007, p. 2). É o que se chama de economia de mercado (MOCHÓN, 2007, p. 8).

De outro lado, a realidade demonstra que nem sempre os mercados funcionam de modo a garantir a ordem institucional, razão pela qual se mostra relevante o papel de instituições públicas na regulação da atividade econômica, sob uma perspectiva tanto micro quanto macroeconômica, no intuito de corrigir e melhorar a forma pela qual os mercados atuam (MOCHÓN, 2007, p. 8-9).

No que concerne à esse papel, a intervenção do Estado pode ser justificada a partir de três pilares: redistribuição de renda e igualdade; razões macroeconômicas; e existência de falhas de mercado (MOCHÓN, 2007, p. 9).

As políticas redistributivas de renda visam à manutenção das diferenças de renda dentro de determinado patamar, à garantia de que todos os indivíduos alcancem um nível mínimo de renda e que tenham acesso, em igualdade de oportunidades, aos serviços públicos (MOCHÓN, 2007, p. 9).

As políticas macroeconômicas pretendem interferir nos ciclos econômicos, de modo a atenuar os seus efeitos negativos ao obter resultados sobre as variáveis-chaves – nível de emprego, taxa de inflação e crescimento de renda. Em geral, as políticas fiscal e monetária são os instrumentos (MOCHÓN, 2007, p. 9).

As falhas de mercado, por sua vez, decorrem de fatores que levam a uma alocação ineficiente de recursos e são geradas, em síntese, pela concorrência imperfeita, pelas externalidades e pela informação imperfeita (MOCHÓN, 2007, p. 9).

Para os fins deste trabalho, basta nesse ponto percebermos que a realidade econômica possibilita, e muitas vezes exige, uma conexão com o direito, intermediada pelo Estado, mormente como meio de garantir a ordem institucional e o funcionamento eficiente dos mercados.

Tal aspecto é ressaltado numa frequente pergunta presente nos estudos de Economia: “quando a busca do interesse pessoal promove o interesse social?” (PARKIN, 2009, p. 4) Essas conexões ilustram um amplo leque de relações que existem entre a ciência econômica e a ciência do direito. Por exemplo, tanto a Economia quanto o Direito são ciências sociais, pois se preocupam com a expressão do homem em sociedade, isso quer dizer, com a explicação e a previsão, pela Economia, com a regulação e a imposição, pelo Direito, de condutas humanas voltadas para o convívio com o seu semelhante.

Segundo Leal (2010, p. 43), a relação entre o direito e a economia remonta a própria conformação dos sistemas normativos, bastando “atentar para o desenvolvimento do Direito

Romano no que tange às proteções dos negócios jurídicos envolvendo a propriedade e as relações parentais, notadamente nos aspectos da transmissão da herança”.

No mesmo sentido, assevera Gusmão (1973, p. 37-38) que a Economia tem laços estreitos de parentesco com o Direito, porque há largo campo do jurídico em que os fatos econômicos são levados em conta. Algumas questões ligadas a disciplinas jurídicas acadêmicas denotam de forma clara tal relação, tais como as garantias no Direito Civil, a industrialização no Direito do Trabalho, o controle da produção e da circulação de riquezas no Direito Econômico, etc.

Aliás, um dos marcos históricos que referenciam a intersecção entre as ciências jurídica e econômica advém exatamente dos estudos de economia política de Adam Smith, a partir dos quais se constatou relevante a regulação e a intervenção do Estado nos mercados, o que posteriormente veio a integrar a disciplina jurídica de Direito Econômico nas faculdades de Direito (SALAMA, 2017, p. 17).

Contudo, a relação entre as ciências do direito e da economia muitas vezes foi vista com ressalvas, mormente em razão da diferença de métodos de pesquisa causada pelo choque entre a normatividade do direito e a positividade da economia.

Como acentua Salama (2017, p. 12),

tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

Na mesma toada, sintetiza Stigler (apud PORTO, 2013, p. 10-11) que

enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas.

Ocorre que, diante da complexidade das relações sociais, a pesquisa exclusivamente pautada em uma específica disciplina não tem conseguido dar respostas satisfatórias para a análise e/ou soluções de determinados problemas sociais que se afiguram multifacetados no estudo da ciência, seja a do direito (LEAL, 2010, p. 53), seja a da economia (ALLOSP, 1997

apud ESTEVES, 2010, p. 39). No mundo globalizado, portanto, “não se pode pensar mais nessa clivagem de conteúdo epistemológico entre direito e economia” (PORTO, 2013, p. 11)

Dentro desse contexto, o próprio problema da escassez, um dos pressupostos cernes da economia, pode ser compreendido como um fenômeno multifacetado, pois tanto a Economia quanto o Direito dele tratam: a primeira, tendo a escassez como pressuposto, estuda as escolhas e considera as suas implicações; o segundo visa à prevenção ou à remediação de conflitos que, na grande maioria das vezes, ocorrem exatamente em consequência da escassez (MUNIZ SANTOS, 2004, p. 247).

Muniz Santos (2004, p. 249) enfatiza bem essa relação, pois

uma vez que a economia trata de estudar a escassez e o modo pelo qual os indivíduos se comportam ante seu espectro, é extremamente profícuo o diálogo entre direito e economia, especialmente no momento em que, a pretexto de se solucionar determinado conflito, diversas interpretações possíveis podem ser dadas aos dispositivos legais aplicáveis ao caso.

No mesmo sentido, ressalta Gico Jr. (2010, p. 22) que a escassez de recursos, assim como na Economia, motiva o Direito, embora com outra roupagem, uma vez que se os recursos não fossem escassos, não haveria conflitos, e sem conflitos, não haveria necessidade do Direito, pois todos cooperariam por vontade própria.

Com efeito, há diversos fundamentos comuns que conectam o Direito à Economia e vice-versa, mas o que nos leva a traçar um liame mais tênue entre as respectivas ciências é o aspecto da decidibilidade que as permeia. Tanto a ciência do direito quanto a ciência econômica preocupam-se com escolhas e decisões, ainda que nesta o fundamento seja puramente econômico e naquela uma questão de justiça.

É justamente visando o problema da decidibilidade que a ciência do direito se socorre de modelos empíricos, na empreitada de “investigar as normas de convivência, que, por serem encaradas como procedimento decisório, fazem do pensamento jurídico um sistema explicativo do comportamento humano, enquanto controlado por normas” (DINIZ, 2003, p.197). Nesses modelos, sobleva-se “a função de previsão, que cria condições para que se possa passar do registro de certos fatos relevantes para outros fatos, eventualmente relevantes, para os quais não há registros” (DINIZ, 2003, p.197).

Então, aqui jaz um ponto de contato que permite uma forte aproximação entre essas ciências, na medida em que o método econômico auxilia o aplicador do direito a interpretar e sistematizar as normas jurídicas a partir de modelos empíricos de explicação e previsão da

realidade, tudo com o intuito de, na dicção de Ferraz (2001, p. 86 apud FISCHMANN, 2010, 11), gerar o mínimo de perturbação social.

Aliás, o direito positivo brasileiro não é alheio à questão do uso de modelos empíricos para a operacionalização do direito. É o que se extrai, por exemplo, da leitura do artigo 20<sup>1</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/1942), positivado pela Lei nº 13.655/2018, o qual estabelece uma norma de sobredireito de especial relevância para a ciência jurídica, mormente por aprofundar as discussões sobre a questão da decidibilidade.

Portanto, é nesse contexto que a Análise Econômica do Direito se encaixa, por ser uma alternativa de estudo interdisciplinar que busca complementar, fundamentar ou mesmo corrigir as soluções jurídicas para os problemas ocorridos na vida em sociedade (SANTANA, 2014, p. 157).

### **3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ORIGEM E FUNDAMENTOS**

Essa aproximação entre Direito e Economia ocorre remotamente a partir da influência do utilitarismo filosófico de Jeremy Bentham, no qual se identifica um antecedente da AED pela aplicação do princípio da maximização racional - uma das premissas da AED adiante explicada - em aspectos outros da vida que não o mercado (mercados implícitos) (POSNER, 2000, p. 66-67 apud ALVAREZ, 2006, p. 56).

Posteriormente, é através do movimento do Realismo Jurídico norte-americano que se colocam as bases para o estudo interdisciplinar entre Direito e Economia. Trata-se de uma reação ao Doutrinalismo Langdelliano - o qual muito se assemelha ao Juspositivismo - a fim de demonstrar a indeterminação do direito e a ausência de mecanicidade na tarefa de aplicá-lo, sendo que seu resultado necessariamente seria contaminado por aspectos pessoais do seu aplicador e, diante disto, que a solução seria o pragmatismo, fundado “no conhecimento de

---

<sup>1</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (BRASIL, 1942, on-line).

outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico)” (GICO JR., 2010, p. 12).

O pragmatismo filosófico encontrado no Jusrealismo, por sua vez, perfaz uma concepção essencialmente instrumental do direito, em que este reflete um conjunto de meios sociais que servem a fins determinados, os quais surgem de necessidades e interesses sociais externos a ele, sendo o direito, pois, uma forma de tecnologia, uma tecnologia social complexa (PACHECO, 1994, p. 266 apud ALVAREZ, 2006, p. 54). Entre outras características, sublinha-se tratar de uma teoria do Direito em que os seus operadores são os verdadeiros protagonistas em seu processo de criação, com o fim de alcançar uma visão ótima da sua potencial eficácia e de marcado caráter utilitarista, tendo em vista que o Direito existe para satisfazer necessidades ou interesses (ALVAREZ, 2006, p. 54).

A citada corrente deu voz a estudos interdisciplinares, entre os quais se situava a AED, com o intuito de aproximar o direito da realidade social, tendo se sobressaído, especialmente, no sistema jurídico da *common law* (GICO JR., 2010, p. 12).

De outro lado, nos sistemas romano-germânicos, a aproximação interdisciplinar ocorreu principalmente com a filosofia, expressada pelo Neoconstitucionalismo, razão pela qual a AED é um fenômeno mais recente nos países desta tradição (SANTANA, 2014, p. 156).

No que concerne à produção e à pesquisa bibliográfica, embora já houvesse estudos anteriores sobre as relações existentes entre o Direito e a Economia, notadamente com foco no processo legislativo, é a partir da década de 1960 que a Análise Econômica do Direito ganha maior relevo, com a publicação dos trabalhos de Ronald Coase (*the problem of social cost*) e Guido Calabresi<sup>2</sup> (*thoughts on risk distribution and the law of torts*), movimento que também ficou conhecido pelo termo *Law and Economics* (FISHMANN, 2010, p. 28-29), o primeiro ligado à Universidade de Chicago e o segundo à de Yale (SALAMA, 2017, p. 20).

Em seus estudos, Coase discute “as implicações econômicas da condenação de uma fábrica poluidora a ressarcir os seus vizinhos dos danos que causou” (MUNIZ SANTOS, 2004, p. 298). Mostra, nesse caminho, como é possível pensar os direitos de propriedade sobre a ótica da economia (TABAK, 2015, p. 323), isto é, abordando o instituto jurídico como meio de alocação de recursos de forma eficiente (FISHMANN, 2010, 29), pois os princípios que

---

<sup>2</sup> Também são relevantes os trabalhos de Gary Becker, que desenvolveu estudos de AED em diversos ramos do Direito, Richard Posner, que condensou seus estudos e sistematizou seus princípios e sua metodologia, entre outros.

regeriam o mercado também valeriam para as áreas do direito que tradicionalmente não eram entendidas como sendo econômicas (POSNER, 1987, p. 5 apud FISHMANN, 2010, 30).

Segundo o teorema de Coase, num ambiente em que os direitos de propriedade estejam perfeitamente definidos<sup>3</sup>, e uma vez inexistentes os custos de transação<sup>4</sup>, é indiferente a quem os direitos sejam previamente atribuídos, restando, sempre, a possibilidade de realocação dos recursos segundo os interesses dos particulares envolvidos, promovendo, assim, eficiência alocativa. (MOCHÓN, 2007, p. 124). As suas ideias demonstram a interdependência entre o Direito e a Economia, pois, resumidamente, apontam para a necessidade de que os tribunais entendam as consequências econômicas de suas decisões, uma vez que seria sempre desejável que os custos de transação fossem reduzidos (COASE, 1988, p. 119 apud SANTANA, 2014, p. 167) e de que os economistas levassem em conta os custos de transação gerados pelo ambiente jurídico (SANTANA, 2014, p. 167).

Já Calabresi, partindo do conceito de custos de transação gerado por Coase, buscou estudar os custos com indenizações pagas por empresas em processos de danos por acidentes. Contudo, chega a conclusão diversa de Coase, pois observou que muitos dos custos de transação se relacionam com direitos de restrita disposição, os quais, por não poderem ser livremente negociados, devem induzir ao cuidado e à minimização de acidentes, o que deveria ser estimulado através das indenizações em processos judiciais (ZANATTA, 2011 apud SANTANA, 2014, p. 169).

### 3.1 CONCEITO, METODOLOGIA E PRINCÍPIOS

Sendo a Economia uma ciência social que estuda escolhas (PARKIN, 2009, p. 2), ela não se limita ao estudo de fatos especificamente com conotação monetária, estabelecendo um método de investigação que “serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não” (GICO JR. 2010, p. 17).

---

<sup>3</sup> Segundo Mochón (2007, p. 124), “um sistema de direitos de propriedade bem definido exhibe três características: todos os recursos, salvo os disponíveis em quantidade ilimitada, têm um proprietário; é possível impedir que terceiros utilizem o recurso; os recursos são transferíveis”.

<sup>4</sup> Trata-se de conceito criado por Coase para se referir a todos os custos de negociação suportados pela empresa a fim de levar a cabo transações no mercado (COASE, 1988, p. 114 apud SANTANA, 2014, p. 166). Dito de outra forma, são os custos em que as partes incorrem para chegar a um acordo e zelar por seu cumprimento (MOCHÓN, 2007, p. 125).

Sendo assim, a AED “tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito” (GICO JR., 2010, p. 18), pautando-se pela teoria microeconômica neoclássica, a partir da qual se observam as premissas do individualismo metodológico e das escolhas racionais (MACKAAY, 1999, p. 408 apud COELHO, 2007, p. 8).

O individualismo metodológico pretende explicar e compreender os comportamentos coletivos através da compreensão dos comportamentos individuais dos agentes - em interação, dinamicamente - que compõem a coletividade estudada, seja quem forem, os quais serão, ao fim, os responsáveis pelo resultado macro que se busca compreender (GICO JR., 2010, p. 24).

Já a teoria das escolhas racionais pode ser compreendida pela interação de três conceitos: preferências; utilidades; e análise marginal. Por preferências compreendem-se os gostos específicos possuídos por cada agente econômico, e são consideradas completas, transitivas e estáveis<sup>5</sup> (GICO JR., 2010, p. 26). Por utilidade entende-se o benefício atribuído pelo indivíduo a cada escolha possível, sendo o mesmo capaz de ordenar as suas escolhas de acordo com as suas utilidades, tendo em vista que suas decisões serão pautadas pelas escolhas que mais trazem utilidades (GICO JR., 2010, p. 26). E por análise marginal compreende-se que as pessoas apenas incorrerão nos custos de desenvolver determinada atividade enquanto a unidade adicional desta trazer mais utilidade do que custou para desenvolvê-la (GICO JR., 2010, p. 27). Trata-se de uma análise de custo-benefício.

Outro aspecto metodológico de suma importância é a utilização de um modelo para explicar o comportamento humano, com o intuito de instrumentalizar o processo de compreensão e explicação do mundo a partir de uma redução da realidade (GICO JR., 2010, p. 25). Ocorre, notadamente, em razão do reconhecimento da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, de uma abordagem sobre o mundo real assim como é, havendo a necessidade de escolher as variáveis que serão consideradas mais relevantes (GICO JR., 2010, p. 25).

Portanto, a AED traz para o Direito instrumentos analíticos próprios da teoria econômica, os quais auxiliam o intérprete e aplicador da lei a identificar, prever e mensurar as suas consequências no mundo real (GICO JR., 2010, p. 12). Por outras palavras, pode-se dizer que a AED complementa o Direito porque prescreve uma teoria sobre o comportamento humano, introduzindo uma metodologia que contribui significativamente para a compreensão

---

<sup>5</sup> Completa porque não importam quantas as escolhas disponíveis, os agentes sempre serão capazes de decidir, ainda que os resultados sejam incertos (GICO JR., 2010, p. 26). Transitivas porque há coerência entre as preferências, de modo que o agente é capaz de realizar a escolha que atinja sua maior preferência (GICO JR., 2010, p. 26). Estáveis porque elas não mudam, e se houver uma mudança de comportamento do agente é porque algo externo a ele foi alterado e não suas preferências (GICO JR., 2010, p. 26).

dos fenômenos sociais, bem como para auxiliar na tomada racional de decisões jurídicas (GICO JR., 2010, p. 16).

Feita a explanação acerca da metodologia, cabe então conceituá-la. Segundo Gico Jr. (2010, p. 18), pode ser entendida como

a aplicação do instrumental analítico e empírico da Economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento.

Porto (2013, p. 10) a conceitua como a aplicação de elementos da “teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do Direito e das instituições legais”. Já Posner (2007, p. 23 apud SANTANA, 2014, p. 159) a define, sinteticamente, como a “[...] aplicação da economia ao sistema legal em todos os sentidos”.

Por fim, interessante citar a definição de Zylberztajn e Sztajn (2005, p. 82 apud SANTANA, 2014, p. 160), por destacar a importância da norma como um incentivo às escolhas:

Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Feitas essas considerações, cabe frisar que a AED divide-se em pesquisa positiva – de caráter explicativo e preditivo, em que se busca analisar as consequências de uma dada regra jurídica – e em pesquisa normativa – de caráter valorativo, pela qual se avalia qual regra jurídica deveria ser adotada (GICO JR., 2010, p. 18-19). É a partir dessa divisão que será dado seguimento ao estudo.

### 3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO POSITIVA

A AED positiva, assim como a Economia positiva, trata de se debruçar sobre “o mundo dos fatos, que podem ser investigados e averiguados por métodos científicos, cujos os resultados são passíveis de falsificação” (GICO JR., 2010, p. 19). Logo, investiga um fato.

Como referencial para a AED positiva, destaca Salama (2017, p. 26) que são de importante compreensão cinco conceitos centrais da microeconomia: a) escassez; b) maximização racional; c) equilíbrio; d) incentivos; e) eficiência.

A escassez, como já afirmado, refere-se ao fato de os indivíduos viverem em um mundo de recursos escassos, e por tal motivo, precisam realizar escolhas e incorrer em *trade-offs*<sup>6</sup> (SALAMA, 2017, p. 26). Os *trade-offs* geram um custo, que representa justamente aquilo que deixamos de escolher: é o custo de oportunidade (SALAMA, 2017, p. 26-27). Daí conclui-se que qualquer proteção de direitos pelo Estado é sempre custosa e que cada centavo gasto em uma atividade é o mesmo não gasto nas demais (SALAMA, 2017, p. 27).

A maximização racional é a noção de que os indivíduos calculam<sup>7</sup> para alcançar os maiores benefícios aos menores custos (SALAMA, 2017, p. 28). A premissa é a de que os indivíduos farão escolhas para atender os seus interesses pessoais objetivando a maximização do bem-estar, em todas as suas atividades (SALAMA, 2017, p. 27). Essa suposição leva ao chamado processo de decisão marginalista, pelo qual os indivíduos só tomarão decisões e efetuarão escolhas se os benefícios - benefício marginal - dessa próxima unidade excederem seus custos - custo marginal - (SALAMA, 2017, p. 28).

O equilíbrio “é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente” (SALAMA, 2017, p. 32). Em outras palavras, o equilíbrio é alcançado quando os agentes realizam trocas até que os custos associados à cada troca se igualam aos benefícios auferidos, momento em que não mais ocorrerão trocas (GICO JR., 2010, p. 23) É o que ocorre no processo de formação de uma lei, por exemplo, quando todos os agentes políticos têm seus interesses considerados na sua produção (SALAMA, 2017, p. 32).

Os incentivos representam um elemento, no processo de tomada de decisão dos indivíduos, a ser considerado no cálculo de custos e benefícios, podendo ser positivo (recompensa) ou negativo (penalidade) (PARKIN, 2009, p. 2). Trata-se da ideia de que os sujeitos, por tomarem decisões racionais de suas preferências e procurarem por padrões de

---

<sup>6</sup> *Trade-offs* “são sacrifícios: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo” (SALAMA, 2017, p. 26-27).

<sup>7</sup> A noção de racionalidade não significa que haja um cálculo consciente de custos e benefícios, nem quer indicar que o homem sempre agirá de forma econômica, mas é proveitosa porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é aleatório. No entanto, cabe ressaltar que “a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de ‘racionalidade limitada’. Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações de forma ótima, os mesmos passam a ser ‘intencionalmente racionais’ ainda que limitados por aptidões cognitivas” (SALAMA, 2017, p. 29-30).

comportamento relativamente estáveis, respondem a incentivos na busca pela maximização do bem-estar<sup>8</sup> (SALAMA, 2017, p. 34).

Por fim, a eficiência, em termos econômicos, tem diversas acepções. (SALAMA, 2017, p. 35) Em sentido amplo, “refere-se apenas à otimização de alguma medida de valor”. É o que ocorre, por exemplo, quando se é levado a preferir a opção que extrai o máximo proveito dos fatores de produção (PORTO, 2013, p. 15).

No entanto, a eficiência em AED é comumente compreendida pela “maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais” (SALAMA, 2017, p. 35). É o que se pode obter a partir da maximização da “fórmula do bem-estar social”, através da qual se mede a “agregação do nível de utilidade aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social” (PORTO, 2013, p. 15). Por esse viés, toda medida que produza a maior satisfação da maior quantidade de indivíduos de uma comunidade será sempre eficiente (PORTO, 2013, p. 15).

O problema que se tem para operacionalizar tal critério de eficiência jaz na grande dificuldade de quantificação objetiva do nível de utilidade aferido por cada indivíduo dada uma determinada escolha que o afete (PORTO, 2013, p. 16).

De outro modo, Gico Jr (2010, p. 23) entende que a eficiência em AED advém da situação de equilíbrio de mercado (este entendido em sentido amplo, relativo ao contexto social em que os agentes realizam trocas por meio de barganhas com o objetivo de satisfazer uma ou mais preferências e maximizar utilidades), a partir do qual não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem (ótimo de Pareto), pois a posição de equilíbrio indica que as trocas benéficas se esgotaram.

Essa situação de equilíbrio de mercado advém da aplicação do conceito de eficiência de Pareto. Segundo Leal (2010, p. 56), “é estaticamente definido como sendo um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico”. Sob o aspecto dinâmico, a eficiência ocorre pela “melhora de Pareto” (também chamada de superioridade de Pareto), em que, dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou rendas, pode ser definida como “uma alteração que

---

<sup>8</sup> Um exemplo trazido por Salama (2017, p. 34) é o da multa por excesso de velocidade disposta no Código de Trânsito Brasileiro. Trata-se de incentivo que imporá um juízo de ponderação entre os benefícios auferidos em decorrência do aumento da velocidade e o prejuízo decorrente do custo da multa por excesso de velocidade balizados pela probabilidade de que haja autuação e imposição de multa.

possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro” (SALAMA, 2017, p. 85).

Todavia, haja vista que a eficiência paretiana não se preocupa com aspectos socialmente benéficos ou aceitáveis, assim como em razão de sua restrita possibilidade de aplicação prática, uma outra noção de eficiência propõe um ajuste para sua melhor operacionalização (SALAMA, 2017, p. 36). Trata-se do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, também conhecido como potencial de Pareto. É definido pela confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada escolha (TABAK, 2015, p. 324). Caso o benefício total seja maior que o custo total da realização dela, a escolha será eficiente (TABAK, 2015, p. 324), desde que haja a possibilidade dos ganhadores compensarem os perdedores, ainda que não o façam (SALAMA, 2017, p. 37).

Como se observa, o conceito de Kaldor-Hicks foca na elevação do nível de riqueza, olvidando a questão da sua distribuição, sendo essa a principal crítica quanto a sua utilização como guia para as políticas públicas, embora haja outras (SALAMA, 2017, p. 37).

Sintetizando o exposto, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito positiva leva em consideração que

os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado) (PORTO, 2013, p. 12).

Em outras palavras, a ideia é de que a AED positiva possa explicar a estrutura das normas jurídicas cujos sistemas “poderiam ser compreendidos como sendo a resultante das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez” (SALAMA, 2017, p. 22-23).

Adicionalmente, pode ser empregada para prever as consequências das regras e interpretações jurídicas: “trata-se de identificar os prováveis efeitos de diferentes posturas jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso” (SALAMA, 2017, p. 23).

Essa última acepção segue o entendimento de Muniz Santos (2004, p. 298), segundo a qual

a economia e seu instrumental teórico transcendem o papel de investigar a sanção enquanto preço e permitem ao operador do direito vislumbrar as consequências da

adoção de determinada interpretação em detrimento das outras, o que amplifica o papel do operador do direito de mero aplicador das leis para alguém que *opta*, consciente e consistentemente, por uma solução em vista dos resultados esperáveis.

Há ainda a possibilidade de sua utilização para averiguar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos (SALAMA, 2017, p. 38). Isso porque nem sempre os fins pretendidos pela norma serão alcançados em razão dos incentivos por ela criados, os quais podem, na pior das hipóteses, contribuir inversamente com o fim desejado. Assim, o ferramental descritivo da microeconomia mostra-se útil “para entender se os arranjos institucionais defendidos por este ou aquele grupo conduzirá [sic] às consequências prometidas” (SALAMA, 2017, p. 38).

Todavia, é preciso alertar que não se objetiva defender que a AED se proponha a dar respostas definitivas para dilemas normativos (SALAMA, 2017, p. 13). Faz bem ressaltar que os objetivos de explicação e predição do direito pela AED, apontados acima, deixam uma série de fatores culturais e históricos de lado e enfrentam uma barreira natural imposta pelo direito, que tem como objeto uma série de fenômenos de difícil quantificação objetiva (SALAMA, 2017, p. 23-24).

### 3.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NORMATIVA

A AED normativa, por sua vez, procura traçar juízos sobre “o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico” (GICO JR., 2010, p. 19). Logo, investiga um valor.

A sua finalidade é traçar uma perspectiva de eficiência às normas de direito, uma vez que as decisões judiciais, ao avaliar normas e preceitos legais, deveriam ser pautadas em um critério que determinasse se elas “facilitam ou atrapalham o uso eficiente dos recursos” (PORTO, 2013, p. 12).

Portanto, a AED normativa perpassa necessariamente pela problemática da definição do conceito de eficiência, o qual pode ser compreendido de diversas formas, como por uma medida de otimização de um valor, pela maximização da “fórmula do bem-estar social”, ou pelas definições de Pareto ou de Kaldor-Hicks, todas já analisadas anteriormente.

Por outro lado, é bom frisar que a eficiência econômica, em regra, não se confunde com o conceito jurídico de eficiência. A eficiência jurídica tem seu fundamento legal mais conhecido

no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>9</sup>, mas também pode ser aferida através dos artigos 70 (economicidade) e 74, II, da Lei Maior<sup>10</sup> (BUGARIN, 2001, p. 45).

A doutrina ainda não adotou um conceito uniforme de eficiência jurídica, todavia, boa parte dela considera um ou mais elementos do conceito de Modesto (2007, p. 10), o qual a define como a exigência jurídica imposta aos exercentes da função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos, de ação idônea (eficaz), econômica (otimizada) e satisfatória (dotada de qualidade) na realização de finalidades públicas. Cabe ressaltar que Di Pietro (2000, p. 83) a compreende de forma ainda mais ampla, pois a estende ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública.

Como bem observam Souza e Fidalgo (2015, p. 42), “o princípio da eficiência a que se encontra adstrita a Administração Pública é mais amplo e consiste na análise dos custos e benefícios associados à adoção de medidas administrativas para a consecução de determinadas finalidades públicas, previstas na lei e na Constituição Federal”.

Portanto, quando se fala em aplicar uma perspectiva de eficiência às normas jurídicas, não se está falando, em regra, de eficiência administrativa, o que não impede que esta seja objeto de análise na AED caso seja o critério normativo cuja realização se queira obter.

Essa compreensão é ressaltada por Gico Jr. (2010, p. 20), de que a AED normativa tem sua plena aplicação adstrita aos critérios normativos previamente estipulados, pois servirão de base para aferição da eficiência diante da ponderação entre as diversas alternativas - se se deve adotar a política pública X ou Y, ou decidir um caso de forma A ou B.

Por sua vez, se o intento do aplicador do direito for definir o objeto a ser alcançado (como a própria definição de uma política pública), então, a AED “não necessariamente trará ganhos substanciais em relação a análise oferecida por outras áreas do conhecimento ou

---

<sup>9</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988a, on-line).

<sup>10</sup> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

(...)

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

ciências, devendo ser considerada em conjunto com as demais, dentro de suas limitações” (GICO JR., 2010, p. 20).

A verdade é que a integração entre a Economia normativa e o Direito possui limites. Salama (2017, p. 40) questiona sobre até que ponto a eficiência se relaciona com a justiça. Não se trata de questão fácil de responder e há muita divergência entre os autores da AED.

Posner já defendeu que a eficiência fosse compreendida como fundação ética para o Direito, encartando tese extremamente polêmica. A ideia central seria que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, como sistema de incentivos indutor de condutas, deveriam ser avaliadas em função do paradigma da maximização da riqueza, posto ser o objeto a ser alcançado (SALAMA, 2017, p. 40-42).

Posteriormente, diante de fortes e incontáveis críticas, Posner reviu seu posicionamento e passou a considerar a eficiência como um possível objeto a ser perseguido, a partir de uma visão pragmática do Direito (SALAMA, 2017, p. 46). Nessa concepção, a eficiência, embora deva ser considerada através da averiguação das prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, deve ser ponderada com “os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação dos poderes” (SALAMA, 2017, p. 40).

De modo distinto, Calabresi (1970 apud SALAMA, 2017, p. 41) defendeu que a “eficiência jamais poderia ser fundação ética para o Direito, pois os sistemas jurídicos devem, em primeiro lugar, ser justos, e apenas em segundo lugar, devem contribuir para a maximização de riqueza e [sic] redução dos custos sociais”.

Nessa concepção, chamada de regulatória por Salama (2017, p. 50), o Direito é visto como “uma fonte de regulação de atividades, e portanto de concretização de políticas públicas”. Susan Rose-Ackerman (1989 apud SALAMA, 2017, p. 50) sintetiza bem essa linha de pensamento da AED, a qual “serviria para (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis aos tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas”.

Trazendo o debate para o Direito brasileiro, Santana (2014, p. 173) argumenta que a busca pela eficiência subverte, em grande medida, a ideia de supremacia da Constituição, submetendo-a a ditames econômicos, tendo em vista ser insuficiente albergá-la como critério normativo apenas por se tratar de princípio aplicável à administração pública. Assim, rechaça a ideia de que a AED possa orientar a atividade legislativa e a jurídica no Direito brasileiro,

ressalvado o caso de sua aplicação subordinada aos mandamentos constitucionais, tal como a garantia dos direitos fundamentais (SANTANA, 2014, p. 173).

Logo, assegura-a uma aplicabilidade auxiliar, apenas como meio de identificação e combate a ineficiência entendida como desperdício de recursos, “tanto quanto não configure uma ofensa a valores constitucionais” (SANTANA, 2014, p. 173).

Esse parece ser também o entendimento de Salomão F. (2001 apud MUNIZ SANTOS, 2004, p. 298-299), ao afirmar que o operador do direito

muitas vezes efetua considerações valorativas ou distributivas, de cunho ético e moral, frequentemente sob o manto da justiça ou equidade, com respaldo em leis e na Constituição do país, que podem se contrapor às premissas de utilidade e eficiência, frequentemente invocadas pelos economistas para justificar seus raciocínios.

Na mesma linha, Muniz Santos (2004, p. 298-299) complementa afirmando que as premissas distintas que fundamentam as ciências do direito e da economia impõem, em muitos casos, a decisão de resguardar “determinado agente econômico à custa da maximização geral da riqueza. Afinal, a satisfação da escassez não se despede (e não é justificável que se despeça) da investigação ética a respeito de como a escassez é satisfeita”.

Distintamente, há ainda quem defenda que a AED pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais, na medida em que fornece instrumental útil para examinar se as políticas públicas escolhidas pelo Estado são eficientes para a sua máxima concretização, isto é, estimulem uma estrutura de incentivos de maneira consentânea a sua efetivação, com o máximo aproveitamento dos recursos (RIBEIRO; CAMPOS, 2012, p. 322).

Todavia, adjudicam o conceito de eficiência de Galdino (2005, apud RIBEIRO; CAMPOS, 2012, p. 322), o qual a condiciona aos valores da sociedade e aos fatores sociais, políticos e econômicos. Sendo assim, esta interpretação muito se parece com as de Santana e Muniz Santos, posto que “rejeita-se a pretensa aplicação da eficiência econômica sem a correspondente observância dos valores éticos e de equidade” (RIBEIRO; CAMPOS, 2012, p. 322).

De outro modo, Gico Jr. (2010, p. 28) entende que, no âmbito de aplicação de uma política pública, não há justificativa moral ou ética para que seja ineficiente (gere desperdício de recursos), tratando-se de condenável injustiça. Assim, a AED normativa, a despeito de não poder dizer o que é o justo, pode contribuir para a definição do injusto, uma vez que, num mundo de recursos escassos e necessidades humanas potencialmente ilimitadas, todo

desperdício implica necessidades humanas arbitrariamente não atendidas (GICO JR., 2010, p. 28).

Buscando conciliar os imperativos ético-jurídicos com os imperativos econômicos, Gonçalves e Stelzer (2012, p. 97-105) defendem a aplicação do princípio da eficiência econômico-social (PEES), segundo o qual se defende a ideia de justiça a partir de uma ótica jurídico-econômica, pela qual se interpreta o direito como incentivo à maximização da riqueza, mas também como incentivo à internalização de custos sociais, albergando o imperativo de que não se deve fazer ao outro o que não se quer para si mesmo<sup>11</sup> (alteridade), de modo que as relações de troca melhor reflitam os anseios de todos, sem que o desejo individual prevaleça sobre o da comunidade, conjugando, no entender dos doutrinadores, eficiência e equidade<sup>12</sup>.

Percebe-se que o debate é intenso e muito controvertido. Entretanto, de modo geral, percebe-se um consenso em assumir que a eficiência deve ter um papel na formação do conceito de justiça, seja de forma inclusiva, ponderada com outros valores; seja de forma exclusiva, pela eliminação da injustiça que decorreria da ineficiência; ou até mesmo de modo subordinado e condicionado, com respeito a valores maiores.

Nesse contexto, concorda-se com ponderada afirmação de Salama (2017, p. 99), que o ponto central da Análise Econômica do Direito “não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios”.

Assim, entende-se que a interpretação que melhor contribui para a dogmática jurídica, ao adicionar a eficiência na atividade de interpretação e aplicação do direito e solução de conflitos jurídicos, é a traçada por Calabresi, pois congrega “a ética consequencialista da economia com a deontologia da discussão do justo” (SALAMA, 2017, p. 52).

Tal contribuição resulta numa integração de novas metodologias ao estudo das instituições jurídico-políticas, de modo que o direito possa responder eficazmente às necessidades da sociedade, e rompe com a gramática do discurso jurídico tradicional, ao inferir nova terminologia que auxilia o aplicador e o formulador da lei na tarefa de usar a ciência do direito como instrumento do bem comum (SALAMA, 2017, p. 52).

---

<sup>11</sup> O filósofo Robert Nozick em sua obra intitulada *Anarquia, Estado e utopia* defende uma ideia de justiça com base em regras que observem o princípio da simetria, segundo o qual pessoas em situações similares devem ser tratadas de maneira similar (PARKIN, 2009, p. 108-109), contribuindo para a discussão sobre a dificuldade de aliar eficiência a equidade.

<sup>12</sup> Uma outra noção de justiça que procura conjugar eficiência e equidade pode ser encontrada em *Uma teoria da justiça*, de autoria do filósofo John Rawls (PARKIN, 2009, p. 108).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico buscou desenvolver um estudo sobre a Análise Econômica do Direito, na tentativa de congrega os pontos de vista jurídico e econômico através de sua metodologia.

Inicialmente, realizou-se breve explanação sobre o papel do direito e da ciência jurídica seguidos de um paralelo com a economia e a ciência econômica, constatando-se, por conseguinte, como a relação entre essas ciências muitas vezes foi vista com ressalvas, mormente em razão da diferença de métodos de pesquisa causada pelo choque entre a normatividade do direito e a positividade da economia.

Por outro lado, demonstrou-se que tanto a ciência do direito quanto a ciência econômica preocupam-se com escolhas e decisões, ainda que nesta o fundamento seja puramente econômico e naquela uma questão de justiça. Destacou-se, nesse contexto, o aspecto da decidibilidade.

Registrou-se que a ciência do direito, visando ao problema da decidibilidade, recorre a modelos empíricos, na empreitada de “investigar as normas de convivência, que, por serem encaradas como procedimento decisório, fazem do pensamento jurídico um sistema explicativo do comportamento humano, enquanto controlado por normas” (DINIZ, 2003, p.197).

Percebeu-se, ainda, que o direito positivo brasileiro não é alheio à questão do uso de modelos empíricos para a operacionalização do direito, havendo uma importante referência no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/1942), positivado pela Lei nº 13.655/2018, norma de sobredireito que aprofunda as discussões sobre a questão da decidibilidade.

Firmou-se, então, um ponto de contato que permite uma forte aproximação entre essas ciências, na medida em que o método econômico auxilia o aplicador do direito a interpretar e sistematizar as normas jurídicas a partir de modelos empíricos de explicação e previsão da realidade.

Em seguida, a origem, os fundamentos, a metodologia, os princípios e o conceito da AED foram esboçados. Compreendeu-se, assim, que a AED traz para o Direito instrumentos analíticos próprios da teoria econômica, os quais auxiliam o intérprete e o aplicador da lei a identificar, prever e mensurar as suas consequências no mundo real (GICO JR., 2010, p. 12).

A ideia a que se chegou, portanto, é a de que a AED complementa o Direito, porque prescreve uma teoria sobre o comportamento humano, introduzindo uma metodologia que contribui significativamente para a compreensão dos fenômenos sociais, bem como para auxiliar na tomada racional de decisões jurídicas (GICO JR., 2010, p. 16).

Na sequência, registrou-se que a AED divide-se em pesquisa positiva – de caráter explicativo e preditivo, pela qual se busca analisar as consequências de uma dada regra jurídica – e em pesquisa normativa – de caráter valorativo, pela qual se avalia qual regra jurídica deveria ser adotada (GICO JR., 2010, p. 18-19).

Ao fim do estudo, percebeu-se relevante ressaltar os limites de sua contribuição para com o discurso jurídico, especialmente no que concerne a seu intento de implementar eficiência econômica às normas de direito, pelo que foi ressaltado que seu ponto central não é igualar a eficiência à justiça, mas pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, de custos e benefícios (SALAMA, 2017, p. 99).

Nesse sentido, frisou-se ser proveitoso para a dogmática jurídica a posição que congrega a ética consequencialista da economia com a deontologia da discussão do justo, pois permite uma integração de novas metodologias ao estudo das instituições jurídico-políticas, contribuindo para que o direito possa responder de modo eficaz às necessidades da sociedade (SALAMA, 2017, p. 52).

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, A. B. **Análise Econômica do Direito**: contribuições e desmistificações. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul/dez 2006. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287/260>>. Acesso em: 28 junho 2020.

BOARATI, V. **Economia para o Direito**. Barueri: Manole, 2006.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988a.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 Junho 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942, 121º da Independência e 54º da República. DOU de 9.9.1942, retificado em 8.10.1942 e retificado em 17.6.1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 26 Junho 2020.

BULGARIN, P. S. **O princípio constitucional da eficiência**: um enfoque doutrinário multidisciplinar. R. TCU, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan/mar 2001.

COELHO, C. D. O. **A Análise Econômica do Direito enquanto ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley, 01 Maio 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 27 Junho 2020.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESTEVEZ, H. B. B. **Economia e Direito**: Um Diálogo Possível. Dezembro 2010. 252f. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Disponível em: <<http://docplayer.com.br/4332653-Economia-e-direito-um-dialogo-possivel.html>>. Acesso em: 27 Junho 2020.

FISCHMANN, F. **Direito e Economia**: um estudo propredêutico de suas fronteiras. 2010. 104f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01082011-162655/publico/Dissertacao\\_Completa\\_Filipe\\_Fischmann.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01082011-162655/publico/Dissertacao_Completa_Filipe_Fischmann.pdf)>. Acesso em: 27 junho 2020.

GICO JR., I. T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economics Analysis of Law Review, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan-jun 2010. ISSN 1022-4057. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794/2034>>. Acesso em: 27 junho 2020.

GONÇALVES, E. D. N.; STELZER, J. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>>. Acesso em: 27 junho 2020.

GUSMÃO, P. D. D. **Introdução à ciência do direito**. 6ª. ed. reestruturada, rev. e ampl. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LEAL, R. G. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. 310f. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Coseloenfam/article/view/3284/3225>>. Acesso em 27 junho 2020.

MENDES, J. T. G. **Economia**: fundamentos e aplicações. 2ª. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

MOCHÓN, F. **Princípios de Economia**. Tradução de tradução de Thelma Guimarães e Revisão técnica de Rogério Mori. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

MODESTO, P. **Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 10, maio/junho/julho 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 27 junho 2020.

MORAES MELLO, C. D. **Introdução ao estudo do direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.

MUNIZ SANTOS, F. Direito e Economia. In: MENDES, J. T. G. **Economia: Fundamentos e aplicações**. 2ª. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 247-249.

PARKIN, M. **Economia**. Tradução de Cristina Yamagami e revisão técnica Nelson Carneiro. 8ª. ed. São Paulo: Addison Wesley, 2009. ISBN 978-85-88639-32-4.

PORTO, A. J. M. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Apostila Graduação FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:  
<[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_2013\\_2.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_2013_2.pdf)>. Acesso em: 2020.

RIBEIRO, M. C. P.; CAMPOS, D. C. D. S. **Análise Econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais**. Revista Direito Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. ISSN 1982-0496. Disponível em:  
<<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>>. Acesso em: 27 junho 2020.

SALAMA, B. M. **Estudos em Direito e Economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. ISBN 978-85-92988-02-9. Livro eletrônico. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/135/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/)>. Acesso em: 27 junho 2020.

SANTANA, P. V. P. D. **Análise econômica do direito brasileiro: limites e possibilidades**. Lex Humana, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, junho 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/548/309>>. Acesso em: 27 junho 2020.

SOUZA, J. M.; FIDALGO, C. B. **Legislação administrativa para concursos**. 2ª edição revisada, ampliada e atualizada. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015.

TABAK, B. M. **A Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar.

2015. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>>. Acesso em: 27 junho 2020.