

# Economic Analysis of Law Review

## A Análise Econômica do Direito nos Estudos Sobre Corrupção e as Polêmicas Envolvendo a sua Aplicação: Uma Análise Crítica

*The Law and Economics in the Studies About Corruption and its Polemics Involving its Application: A Critical Review*

Ana Claudia Santano<sup>1</sup>  
*Universidad de Salamanca*

### RESUMO

Vem crescendo o número de análises jurídicas que se utilizam de elementos econômicos para a previsão de seus resultados. Ainda que tardiamente, juristas brasileiros vêm aderindo a esta corrente nos exames sobre os mais variados temas, como corrupção e direitos fundamentais. No entanto, esta adesão não está livre de polêmica, uma vez que pensamentos econômicos, quando elevados à primeira ordem, podem levar ao bloqueio da realização de direitos. Por meio de uma revisão bibliográfica, expõe-se neste trabalho uma perspectiva geral do que se conhece por Análise Econômica do Direito (AED), avaliando sua aplicabilidade sobre situações envolvendo corrupção e direitos fundamentais. Entende-se que a corrupção, se não bem examinada, pode prejudicar sobremaneira a realização de direitos fundamentais, e como seus pressupostos são econômicos, a AED pode colaborar muito no combate a este mal. Por outro lado, a AED pode ter efeito contrário quando aplicada sobre análises de direitos fundamentais, uma vez que não há como colocar os valores de mercado sobre todos os outros, ou ao menos se julga que não se deve fazê-lo.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito; Corrupção; Custo dos Direitos.

**JEL:** K40; K38

### ABSTRACT

The number of judicial analyses using economic elements is growing, specially aiming to preview its results. Although later, Brazilian jurists are subscribing to this school of thought in the analysis of many issues, as corruption and fundamental rights. However, this subscription is not free of problems, considering the possibility to put economic factors above others, what can block the concession of many rights. Through a bibliographic review, in this paper is aimed to expose a general perspective about Law and Economics, evaluating its application on situations involving corruption and fundamental rights. It is understood that the corruption, if not well evaluated, can undermine enormously the realization of fundamental rights, and as its premises are very economical, the Law and Economics point of view can be adequate to apply on these cases. On the other hand, Law and Economics can have the reversal effect when applied on fundamental rights, considering the impossibility to put the market values above all others or, at least, it is not recommended to do so.

**Keywords:** Law and Economics; Corruption; Cost of Rights.

**R:** 12/04/19 **A:** 15/01/21 **P:** 31/12/22

<sup>1</sup> E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br

## **1. Introdução**

**E**logiada por uns, criticada por outros (muitos). Esta é uma descrição bastante fiel ao papel e posição da Análise Econômica do Direito (em diante, AED), que está longe de ser uma unanimidade. Diferentemente de sua boa recepção em outros países, a AED ainda é vista com muita desconfiança em território brasileiro, produzindo acalorados debates em torno da sua utilização pelos acadêmicos de Direito.

Quando Paula Forgione (2005, p.242-256) afirma que “para muitos, no inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousarem contaminar o direito com a economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos”, complementando que “suporta-se até a utilização de elementos da sociologia, da filosofia e mesmo da psicologia”, mas “não se admite, todavia, a promiscuidade com métodos de análise racionais, destinados a identificar a consequência econômica dos atos praticados pelos formuladores das políticas públicas e dos operadores do direito”, ela traduz um pensamento de uma expressiva parte de juristas, colocando em evidência a polêmica sobre a aplicação de instrumentos ou conceitos econômicos para o exame de casos jurídicos.

Contudo, esta negativa impressão que se possa ter da AED pode ser revertida se for considerada a sua utilidade na avaliação de políticas anticorrupção. A corrupção, por ser um fenômeno multifacetário, admite – e requer – uma diversidade de pontos de análise, a fim de compreender as razões de sua existência e permanência, sem, obviamente, buscar uma justificativa. O emprego da AED, juntamente com outras leituras como a filosofia, a sociologia e a ciência política, pode complementar um estudo mais aprofundado sobre a corrupção, bem como alternativas de combate.

Desta forma, o que se defenderá neste trabalho é o pleno cabimento da AED em análises focando a corrupção, indicando as contribuições desta metodologia para a elaboração de políticas anticorrupção, para além de uma mera conclusão deontológica que possa advir. Para tanto, utilizar-se-á uma fundamentação baseada em uma doutrina diversificada, como forma de identificar os motivos que embasam esta forte oposição à AED, bem como se tentará demonstrar que, se bem conhecida e empregada, a aplicação de ferramentas econômicas pode tornar muito mais eficiente a luta contra a corrupção.

## **2. A Face Econômica da Corrupção**

É notório o fato de que o próprio conceito de corrupção não é objeto de consenso, uma vez que há uma pluralidade de pontos de vista que tentam, ao menos, se aproximar de uma definição.

A clássica definição do termo “corrupção” trazida por Aristóteles, Platão e Maquiavel a conectava a um sentido moral, mais do que a atitudes consideradas individualmente. Era um tema relacionado à distribuição de riquezas e de poder. De fato, segundo Bustos Gisbert, o conceito de corrupção e poder são inseparáveis, porque toda forma de poder tem sofrido corrupção, sendo essa às vezes maior, às vezes menor (2010, p.71).

No entanto, esta concepção moral de corrupção, muito abordada por filósofos que trazem o interesse público como núcleo do conceito,<sup>2</sup> divide espaço com outras que enfocam regulamentações formais<sup>3</sup> e a opinião pública;<sup>4</sup> ou mesmo colocando o mercado em seu cerne.

Os adeptos desta última linha de definição eram considerados minoritários (BREI, 1996, p.65), algo que vem mudando gradativamente, com o aprofundamento de estudos sobre o tema. Neste sentido, os sujeitos econômicos tentam maximizar suas rendas, seus lucros, ou ambos, considerando um sistema de livre competição, no qual há numerosos compradores e numerosos vendedores, que encontram seu equilíbrio no ponto de interseção das duas curvas de troca. Quando um dos lados assume uma condição monopolística, ele seleciona o ponto de máximo benefício na curva de troca do outro lado do mercado, causando o que se chama de exploração. Isso pode ocorrer quando um funcionário público deixa de cumprir a sua função pública e se utiliza de suas prerrogativas para causar a escassez de um bem, abusando de sua posição de monopólio a fim de extorquir aqueles que precisam deste bem. Assim, o serviço público se torna um negócio, em que o agente busca a maximização de seu lucro (VAN KLAVEREN, 1978, p.38-40).

Tendo em vista este raciocínio, Ackerman considera que a corrupção é o uso ilegal de mecanismos de mercado na tomada de decisões alocativas alheias ao sistema político democrático. Ou seja, o surgimento de corrupção depende da existência de oportunidades e dos incentivos verificados por aqueles que se envolvem com ela. Políticos, burocratas e indivíduos devem ser vistos como seres racionais que estudam e avaliam o potencial de ganhos por meio de atos corruptos e que tomam decisões com base em oportunidades, incentivos e custos, ou seja, em princípios típicos de mercado (ROSE-ACKERMAN, 1996, p.31).

Por outro lado, os críticos dessa vertente econômica da corrupção afirmam que definições de corrupção centradas no mercado ignoram o seu impacto ético e não incluem no exame outros elementos como responsabilidade, justiça, lealdade profissional e comportamento ético da Administração Pública, o que tornaria o resultado da análise deficiente ou unilateral (BREI, 1996, p.67). Por outro lado, dentro de uma visão econômica, há quem afirme que a corrupção pode ser vista como algo positivo, quando desempenha um papel útil, principalmente em países em desenvolvimento (BARDHAN, 2002, p. 324). A corrupção pode ter a sua utilidade para o desenvolvimento, ou mesmo não valer a pena ser combatida devido aos custos de estratégias anticorrupção. Nesse sentido, os pagamentos advindos por meio da corrupção criam um tipo de mecanismo de mercado onde a burocracia é complicada e difícil, os serviços públicos escassos, não sendo prestados sequer para os que cumprem os requisitos burocráticos e que não desejam pagar a propina. Mediante o pagamento de subornos, o serviço público é realizado com mais eficiência,<sup>5</sup> gerando desenvolvimento. Se a burocracia aumenta enormemente os custos de um projeto ou um contrato, notadamente em casos que há a prestação de serviços escassos por

---

<sup>2</sup> Ou seja, que direciona a definição para fundamentos estritamente ético-morais, a partir de um juízo de bem que provoca um juízo de finalidade, sendo, portanto, um padrão de comportamento desviante (BREI, 1996, p.67).

<sup>3</sup> Como é o caso de Nye, que entende que a corrupção é “o comportamento que se desvia dos deveres formais de um cargo público em razão de vantagens pecuniárias ou de *status* oferecidas a seu titular, familiares ou amigos íntimos; ou que viola normas que impedem o exercício de certas modalidades de influência do interesse de particulares, tais como: a) suborno (uso de recompensa para perverter o julgamento do ocupante de um cargo público); b) nepotismo (concessão de cargo público sem prévia avaliação do mérito do candidato); e c) peculato (apropriação ilegal de recursos públicos para uso particular)” (2002, p.297-298).

<sup>4</sup> Como afirma Heidenheimer, que classifica as condutas corruptas com base na sua reprovação pública, ou seja, a corrupção negra, condenada como totalmente corrupta, a cinza, que são situações ambíguas nas que não existe um consenso sobre a reprovação de tal conduta e que não há uma negação aberta, e a corrupção branca, que está livre de reprovação pela sociedade (2002, p.152).

<sup>5</sup> Sobre o princípio da eficiência, cf. GABARDO, 2002.

parte do Estado, mesmo quando o solicitante observou todas as regras atinentes a este serviço e ainda assim não o logra, muito provavelmente haverá subornos que reduzam esses custos, “viabilizando” o desenrolar dessa enredada burocracia (ROSE-ACKERMAN, Susan. 2001, p.17-19).

Ainda nessa linha, a corrupção pode ser vista como algo que possibilita a articulação de grupos sobre a formulação e adoção de políticas públicas. Ou seja, a compra de favores dos burocratas faz com que se implementem políticas públicas que favoreçam a mais agentes, além dos que participaram da operação ilícita, como podem ser os subornos para obter investimentos em determinado setor. São decisões não legitimadas política ou administrativamente, tendo sido apropriadas pelos burocratas, mas que ao final terminam sendo viabilizadas – ainda que de forma perversa – aos que mais se interessam por ela. Aqui se entende que não há como evitar as forças do mercado, uma vez que a corrupção será um mercado ilícito diante do mercado lícito, porém ineficiente, possivelmente viabilizando investimentos que não eram uma prioridade do Estado sem o pagamento de propina (LEFF, 2002, p.307 e ss.).

Outro contexto em que a corrupção pode ser interpretada como algo não negativo é dentro de organizações. Devido à grande malha burocrática, pode ocorrer que a organização não esteja recebendo todos os recursos públicos que precisa para manter as suas atividades, como instalações muito precárias, falta de material de escritório, etc. Por meio de uma quantidade limitada de roubos, elaboração de falsos relatórios de gastos, “taxas de urgência” e outros, a organização pode formar um fundo tipo “caixinha” para suas despesas, favorecendo a sua operação e o cumprimento de seus objetivos. Como exemplo cita-se um programa humanitário, onde não há recursos para reembolsar despesas de transporte, alimentação e alojamento dos agentes. Os atos de corrupção, nesse caso, servem para colaborar com o alcance dos objetivos desse programa (KLITGAARD, 1994, p.49).

Todas estas situações referem-se aos “benefícios de funcionamento” que resultam de certos atos de corrupção, mas não da corrupção sistêmica que provavelmente existe na grande maioria das decisões tomadas. Ou seja, se o sistema vigente é ruim, a corrupção pode ser em certo sentido benéfica (guardadas as devidas proporções), já que, em função do crescimento econômico, a única situação pior que uma sociedade com uma burocracia muito rígida, ultracentralizada e desonesta, é a que tem uma burocracia rígida, ultracentralizada e honesta, parafraseando Samuel P. Huntington (2002. p. 258). Aqui, deve fazer uma ressalva: sabe-se que a burocracia se refere a uma administração eficiente, impessoal e sob controle. Ela resulta em uma estrutura impessoal e dirigente, responsável pela condução de atividades coletivas (MOTTA, 1981, p.7). Também é conhecida a sua conotação negativa que reflete os problemas e os defeitos de um sistema burocrático, estigmatizado por disfunções (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004, p.6). No entanto, a noção clássica de administração burocrática se traduz no domínio da impessoalidade formalista, o exercício do poder estatal público sem paixão ou ódio, subordinado somente à pressão do estrito dever igual para todos que se encontrem em igualdade de condições (WEBER, 1994, p.147). Ou seja, é o princípio da impessoalidade posto em prática.

Assim, a atuação burocrática ideal visa o alcance da eficiência e a não ocorrência de arbitrariedades, com objetividade e neutralidade, garantindo a igualdade (ZAGO, 2001, p.385). As organizações burocráticas são fundamentalmente formais, impessoais e dirigidas por administradores profissionais que devem controlá-las de forma cada vez mais ampla (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004, p.14). Contudo, esta visão vem sendo tida como ilusória atualmente (CROZIER, 1981, p.260), embora se reconheça as conquistas da implantação de um modelo

burocrático no Estado,<sup>6</sup> sem as quais não seria possível obter um concreto desenvolvimento econômico ou social (MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004, p.18 e 31). Isso ocorre principalmente em Administrações Públicas que falharam na tarefa de implantar uma burocracia genuína. São nos casos de adoção imperfeita ou incompleta dos preceitos burocráticos que se abriu espaço para a corrupção, como um facilitador de resultados, um atalho.

Contudo, mesmo nestes contextos, não há como defender a corrupção como um fator de desenvolvimento ou de progresso em absoluto (BATISTA, 1991, p.43 e ss.). Obviamente que, à medida que aumentam as provas de corrupção nos países em desenvolvimento, nota-se que os efeitos da corrupção ultrapassam – em muito – eventuais benefícios sociais, inclusive porque tais efeitos frequentemente são ocasionais. Isso porque os custos da corrupção em países em desenvolvimento muito provavelmente excederão seus benefícios, tanto em casos de corrupção de alto nível envolvendo incentivos modernos e desvios marginais, como também em situações nas quais a corrupção seja a única solução para passar um importante bloqueio ao desenvolvimento (NYE, 2002, p.297-298).

Diante disso – e se aplicando desde já um pensamento mais racional -, entende-se, neste estudo, que não se pode cair na tentação de querer eliminar por completo a corrupção. Julga-se uma utopia pensar que a corrupção poderá ser totalmente extinta, como tampouco que seja possível tratá-la em todos os seus aspectos. Portanto, sustenta-se que a dose ótima de corrupção não é zero, principalmente quando se avalia uma dada política de combate a esse fenômeno. O agente, diante de um suborno, faz um cálculo no qual ele pesa os potenciais lucros pessoais de aceitar o suborno, assumindo o ato corrupto, face aos custos pessoais de agir dessa forma (KLITGAARD, 1994, p.11-13). Com isso, assume-se que a corrupção existirá quando um indivíduo coloca seus interesses pessoais sobre os das pessoas de forma ilícita e contra os ideais que ele se comprometeu a cumprir (KLITGAARD, 1994, p.11-13). A corrupção se dá unicamente porque o indivíduo decidiu praticar uma conduta corrupta (BROOKS, 1978, p.59), independentemente do seu entorno, e é devido a isso que se entende que sempre haverá corrupção.<sup>7</sup> Não é possível construir um sistema de controle eficaz ao extremo como para impedir que um indivíduo tome a decisão de se corromper. Tal sistema é muito mais eficaz quando é interno ao indivíduo do que somente externo (J. LAPORTA, 1997, p.28). Justamente por isso, um enfoque estritamente jurídico da corrupção, que a reduza à mera cleptocracia ou a “criminalidade” dos governos, não é suficiente para captar todas as suas vicissitudes.<sup>8</sup> Junto com isso, entende-se que não se deve fazer uma análise da corrupção se embasando em noções de moral pessoal. Isso pode alterar profundamente a conclusão do exame (GARCÍA, 2010, p.62-63; BUSTOS GISBERT, 2010, p.72-74).

Porém, mesmo que se considere que não há uma forma possível de acabar totalmente com a corrupção, deve-se buscar meios efetivos de reduzi-la ao máximo, de modo que não seja um elemento tão pernicioso. É neste ponto que se pode trazer a AED para o debate.

---

<sup>6</sup> Emerson Gabardo afirma que as raízes da burocracia brasileira se estruturaram no núcleo de um Estado que era formalmente público, porém materialmente privado (2002, p.34).

<sup>7</sup> Brooks vai além, dizendo que o agente conhece bem seus deveres, mas eles são negligenciados ou mal realizados por infinitas razões. Nesse sentido, a diferença entre um oficial corrupto e um incompetente é que o corrupto deve conhecer o melhor e escolher o pior, enquanto o incompetente não conhece nada melhor (1909, p.297-320).

<sup>8</sup> Esta também é a opinião de Murillo de la Cueva (AA.VV., 2010, p.23). Sobre o tema, cf. GARCÍA, 2000, p.71 e ss.

### **3. Uma Breve Noção Sobre a Análise Econômica do Direito**

Não seria adequado iniciar o debate sobre a AED sem, ao menos, trazer seus ensinamentos básicos.

O comportamento dos indivíduos dentro de uma sociedade pode ser entendido como um reflexo da forma como a legislação vigente é aplicada. As sanções impostas pelo ordenamento jurídico são ferramentas que podem condicionar o agir das pessoas frente às normas legais. Se estas sanções não têm efetividade ou não são aplicadas de forma devida, não terão resultados na vida social, sendo o contrário também verdadeiro, ou seja, sanções efetivas também são sinônimo de eficiência das normas, com efeito direto no comportamento dos indivíduos. Este raciocínio é fundamentado na relação dos custos e benefícios, típico das ciências econômicas.<sup>9</sup>

A AED faz exatamente esse raciocínio. Trata-se da análise teórica dos efeitos da alteração das sanções previstas na lei e na probabilidade da sua aplicação. Os modelos do comportamento à margem da norma consideram que o indivíduo age com base no raciocínio que realiza dos custos e benefícios esperados, formando o que a doutrina denomina de princípio da racionalidade (DONÁRIO, 2010).

Ronald H. Coase elaborou o trabalho mais emblemático sobre AED, estabelecendo o que se denominou posteriormente de “teorema de Coase”, que dita que se os agentes envolvidos com externalidades podem negociar (sem custos de transação) a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, o farão e, com isso, chegarão a um acordo em que as externalidades serão internalizadas. Ocorre que a realidade não é isenta de custos, sendo estes geralmente muito altos. É nesse ponto que o Direito atua como um condicionante do comportamento dos agentes econômicos (COASE, 1960, p.15 e ss.). Por sua vez, Gary S. Becker também analisou o comportamento humano por meio de pressupostos econômicos, entendendo que o indivíduo calcula a probabilidade de punição e a sua gravidade para a prática de crimes. Os criminosos atuam racionalmente quando verificam que os benefícios do crime superam os custos da pena (BECKER, 1968, p.169-217). Este estudo causou muita polêmica devido aos desdobramentos morais das conclusões do autor, sendo esta uma das principais críticas dos opositores da AED, ou seja, a desconsideração dos fundamentos morais eventualmente existentes, havendo casos de, inclusive, produzir-se resultados contrários à moral aplicada.

Provavelmente o autor mais citado na AED é Richard A. Posner, que afirma que o principal fundamento desta metodologia de análise é aportar segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, uma vez que, da mesma forma que os mercados necessitam de segurança e previsibilidade para ter um funcionamento adequado, a AED é uma ferramenta para dotar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas (POSNER, 1998). Nesse sentido, há quem aponte para a AED como uma solução “messiânica” para a crise do Direito (FORGIONI, 2005, p.242-256), que já não é capaz de trazer estabilidade ao sistema somente pela norma. A Ciência do Direito não pode limitar mais o seu objeto e os métodos da norma jurídica, sendo esta postura reducionista portadora de resultados incompletos e falhos de análise.<sup>10</sup>

Entende-se que a adoção dos pressupostos econômicos ao Direito é muito útil, já que as normas têm como objetivo central a regulação do comportamento humano, sendo a Economia a área de conhecimento que avalia como o ser humano se comporta e toma as suas decisões em

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, é possível distinguir dois tipos de decisões por parte dos envolvidos em obrigações legais, sendo uma sobre a intensidade da participação do agente na atividade que gera a obrigação legal; e a segunda, a partir dessa participação, a decisão do agente em cumprir ou não a obrigação originada (ÁLVAREZ, 2006, p.57).

<sup>10</sup> Segundo Paulo Caliendo, “os resultados de uma teoria meramente normativista são vazios de sentido e pobres em resultado” (2015, p.303).

um contexto de recursos escassos, bem como as suas conseqüências. Sabe-se da dificuldade do Direito em explicar realidades sobre as que realiza um juízo de valor, da ausência de instrumento para a realização dessa análise, ou mesmo da inexistência de uma teoria jurídica que explique o comportamento humano. É nessa lacuna que a Análise Econômica do Direito pode ser uma boa ferramenta para a avaliação de prováveis conseqüências da aplicação de uma legislação específica por parte dos agentes sociais. A análise da forma como estes agentes responderão face à variação de incentivos é um meio objetivo de se obter um diagnóstico mais concreto, superior a um que resulte da mera intuição.

A aplicação de parâmetros econômicos ao Direito vem na mesma esteira que a necessária interdisciplinabilidade deste campo do conhecimento. Nesse sentido, o Direito não se desenvolve de modo fechado e independente, sendo um fenômeno multidimensional e que é, também, composto de fatores históricos, filosóficos, psicológicos, sociais, políticos, econômicos e religiosos, tanto em suas inspirações quanto em suas conseqüências (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.4). Há consenso no meio acadêmico que o raciocínio jurídico deve ser suplementado<sup>11</sup> e que o Direito tem muito a aprender com outras disciplinas, algo que tem tido bons resultados (BIX, 2003, p.975).

Por outro lado, até mesmo o caminho dessa interdisciplinabilidade não foi uniforme, ainda que sempre buscando uma análise mais completa dos fatos sociais. Em sistemas *common law*, como o estadunidense, havia a influência do pragmatismo de Holmes Jr., expressadas na escola do Realismo Jurídico, bem como da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, o que permitiu uma maior aproximação entre o Direito e a Economia, tornando a AED pouco recente nesses casos. Já em países de tradição romanística, a aproximação se deu notadamente com a sociologia, como a Escola de Frankfurt, e com a filosofia, como o Neoconstitucionalismo, sendo algo, portanto, mais contemporâneo nesses últimos (GICO JUNIOR, 2012, p.7).

Essa diferença na trajetória da adoção da AED em sistemas *civil law* pode, parcialmente, explicar a desconfiança dos juristas sobre esta metodologia, que ainda permanece. Devido à sua origem principalmente nos Estados Unidos, a AED terminou sendo vítima de um problema muito comum a outras teorias ou modelos jurídicos estrangeiros “importados” ao Brasil sem a sua correspondente adaptação, fazendo com que a AED caísse no maniqueísmo das opiniões, sendo ora celebrado, ora alijado sem qualquer contribuição positiva (SANTANA, 2014, p.157).

A ascensão do positivismo jurídico no Direito buscou uma forma de organizar objetivamente uma sociedade, desvinculada de fatores morais e políticos, tal como explicou Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Aqui, o autor prega pela aplicação neutra da norma, a partir de um intérprete sem qualquer juízo de valor sobre a opção adotada pelo legislador competente pela elaboração desta norma. Assim, o autor expõe o Direito como uma ciência preocupada somente em estudar o ordenamento jurídico de maneira sistemática e lógica, sem qualquer critério moral (KELSEN, 1987, p.117-119). No entanto, a primeira crítica que surgiu foi justamente na impossibilidade de o intérprete estar totalmente despido desse juízo de valor, uma vez que a filosofia, a sociologia e a antropologia apontavam a esta situação como algo que o Direito teria que forçosamente lidar. Nesse sentido, a AED vem novamente pugnar por esta objetividade. Há, na junção do Direito com a Economia, um esforço na elaboração de um amplo conceito de justiça, capaz de explicar tanto decisões legislativas quanto judiciais, partindo de uma

---

<sup>11</sup> Durante muito tempo se advogou por um Direito autônomo e exclusivo de e para juristas. Contudo, POSNER explica que a ideia de que o Direito ser uma disciplina autônoma ou um assunto confiado exclusivamente a pessoas com formação jurídica e ninguém mais era originalmente uma ideia política, uma forma de evitar a interferência real sobre as decisões dos juízes ingleses, assegurando uma espécie de “reserva de mercado” aos advogados para representarem terceiros em questões jurídicas (1987, p.762).

base livre de visões político-individualistas (COELHO, 2007, p.21). Nesse sentido, a AED representa muito mais o regresso ao positivismo jurídico, já que também busca cientificidade e objetividade, para além de posturas eminentemente interdisciplinares que sugerem uma interpretação mais aberta e socialmente comprometida das normas jurídicas (COELHO, 2007, p.22). E é devido a isso que a AED pode ser muito positiva para se avaliar o fenômeno da corrupção, uma vez que, como já dito neste trabalho, concepções morais ou valorativas de corrupção podem alterar em profundidade o exame realizado.

Diante disso, tem-se que o indivíduo é um maximizador de prazer. O princípio da racionalidade dispõe que o indivíduo busca maximizar o seu prazer, a sua utilidade, a satisfação de seus interesses e desejos, com um custo mínimo. Se há conflito entre o interesse geral e interesses pessoais, normalmente o indivíduo tende a satisfazer os seus próprios interesses (DONÁRIO, 2010). Nesse sentido, a norma gera custos ou benefícios para o indivíduo, que podem ou não persuadi-lo a tomar uma decisão diante de uma situação específica, ou respeitando o ordenamento vigente, ou infringindo-o (COOTER; ULEN, 2012, p.3). É nessa linha que a AED pode ser conceituada como a utilização do método econômico para compreender, explicar e prever o comportamento humano em relação com o sistema jurídico (SANTANA, 2014, p.159), ou, nas palavras de Ivo T. Gico Jr.: “A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências” (2010, p.8).

#### **4. As Críticas em Torno à AED**

Os apontamentos negativos no que se refere à aplicação da metodologia da AED podem se diferir muito a depender da vertente adotada por aquele que optou por ela. Geralmente é nesse ponto que as críticas surgem, pois pode ocorrer de o aplicador da AED não esclarecer bem qual vertente adotou em seu trabalho, fazendo com que o leitor – crítico -, enfatize ainda mais seus comentários devido a uma eventual falta de conhecimento técnico de sua parte. Ou seja, tanto aquele que aplica a AED como aquele que analisa os resultados dos estudos podem carecer de conhecimentos específicos sobre essa metodologia, causando um ponto de conflito nas conclusões.

Há duas vertentes da AED: a positiva (descritiva) e a normativa. Segundo Santana (2014, p.160), que se utiliza das lições de Timm, a vertente positiva explica, pelo método econômico, as normas jurídicas e suas consequências, esclarecendo a razão pela qual certas normas são seguidas pela sociedade e outras não, como os agentes influenciados por determinada norma irão agir, os custos de efetivação de certas normas, etc. É uma tentativa de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos agentes sociais relevantes em cada caso, mas também de melhorar a norma a partir do que se percebeu como seus resultados no mundo dos fatos (POSNER, 2007, p.25). Por sua vez, a vertente normativa se preocupa em prescrever modificações a serem internalizadas pelo ordenamento jurídico e pelos agentes, com o objetivo de conferir maior eficiência às suas condutas. É como a escolha da eficiência como um valor a ser perseguido pelo Direito, por meio da Economia, mas que não pode ser o único ou o mais importante (POSNER, 2007, p.25), pois há outros valores que também devem ser buscados pelo Direito.

Sobre estas duas vertentes, entende Gico Jr. que a AED positiva auxilia a compreender o que é a norma jurídica, a sua racionalidade e as diferentes e prováveis consequências que podem



resultar da adoção de uma regra em específico, sendo basicamente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa ajuda a optar, entre as alternativas possíveis, a mais eficiente, ou seja, a escolher qual o melhor arranjo institucional tendo em mente um valor ou vetor normativo previamente definido (2012, p.19).

A AED positiva se divide em dois segmentos, sendo o primeiro que busca descrever os fatores que determinam o bem-estar econômico na sociedade, requerendo a descrição das interrelações entre a economia e o sistema jurídico. Já o segundo envolve a aplicação da teoria econômica e suas ferramentas para estimar os impactos diretos e indiretos das normas jurídicas, que são avaliados à luz de certos critérios econômicos, como a eficiência. Por outro lado, no que tange à AED normativa, a questão fundamental consiste em definir se uma norma é mais ou menos desejável que outra, embasando-se na eficiência, critério este que deve ser utilizado para selecionar entre duas ou mais alternativas disponíveis. Nesse sentido, o uso normativo do critério da eficiência pode ocorrer por dois modos distintos, ou como um objeto primário do ordenamento jurídico, como um fim a ser perseguido pelo Direito, sendo até mesmo o seu objetivo primordial, ou sendo a eficiência tida como um objetivo secundário, sendo, portanto, um meio para que objetivos não econômicos sejam atingidos (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.40-47).

É justamente nesse ponto que as críticas à AED se multiplicam. No caso da AED positiva, quando se examina os efeitos das normas jurídicas sob a base da economia centrada na eficiência, seria possível condicionar o resultado a este objetivo. Em sendo assim, só haveria sentido comparar as normas jurídicas pelo critério da eficiência se ela for considerada um objetivo que deve ser perseguido, e não em outros casos, quando o que se busca, por exemplo, é o bem-estar social. No entanto, uma possível defesa da AED a esta crítica é que a eficiência é, direta ou indiretamente, sempre um objetivo a ser buscado, mesmo em ordenamentos que têm como alvo o bem-estar social. Nesses casos, ainda que o principal objetivo de determinada norma não seja a promoção da eficiência econômica, é recomendável conhecer e avaliar as suas consequências sobre o funcionamento deste sistema econômico, ou seja, saber exatamente os custos da medida que se quer implementar (FERNANDES, 2014, p.77).

Já no que se refere à AED normativa, algumas polêmicas são levantadas. O uso da maximização da riqueza como objetivo do ordenamento jurídico faz com que se considere como melhor uma situação em face de outra simplesmente porque os ganhos de alguns superam as perdas de outros, independentemente de haver qualquer compensação aos perdedores (utilizando-se do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks). Nesse sentido, muitos críticos alegam que o critério da maximização da riqueza apenas consolida a distribuição de riqueza existente, favorecendo os indivíduos que já possuem mais recursos. Ainda, não se entende que a eficiência econômica deva participar da noção de justo, ou seja, a identificação entre eficiência e justiça.<sup>12</sup> Coloca-se em dúvida se a AED deveria, de fato, se preocupar com questões normativas e não manter o foco somente na análise positiva (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.48). Contudo, e como já dito, a eficiência não necessita ser o único valor a ser perseguido. A AED pode se prestar a diversos fins muito variados entre si e que possam ser perseguidos por meio de normas jurídicas, cabendo, inclusive a crítica à norma insuficiente no alcance da finalidade que lhe foi assignada, não precisando ser, obrigatoriamente, a maximização da riqueza da sociedade. Para tanto, a AED normativa deve ser complementada com a positiva, não podendo ser independentes entre elas, pois são suplementares na previsão sobre as consequências de fazer uma coisa em detrimento de outra (FERNANDES, 2014, p. 79).

<sup>12</sup> Como Dworkin que, criticando a AED em sua vertente normativa, entende que a oposição existente entre justiça e riqueza pode tornar as questões meramente meritocráticas, possibilitando a justificação dos fins pelos meios (2000, p.365).

Considerando estes pontos de conflito, pode-se afirmar que, grande parte das críticas tecidas à AED se deve ao fato de que há uma ênfase na eficiência como um fator dominante posto pela Escola de Chicago para a avaliação da qualidade das normas jurídicas. Contudo, deve-se salientar que há distintas e diversas escolas de pensamento no campo da AED que não colocam esta importância sobre a eficiência, não sendo, portanto, algo unânime no que tange, por exemplo, ao exame de políticas públicas. Cada uma destas escolas fornece uma resposta diferente aos problemas postos.<sup>13</sup>

As deficiências e a carência de estudos no que se refere a questões fundamentais da AED, como o método e a distinção entre suas vertentes, têm expressiva parcela de responsabilidade na desinformação e na conseqüente rejeição da AED no Brasil. Tendo como núcleo a rejeição da Escola de Chicago no Brasil, há um fator epistemológico indicado por Rafael Zanatta, que afirma que este repúdio à AED tem cunho ideológico devido ao desconhecimento da ampla lista de escolas e de diferentes perspectivas sobre Direito e Economia, reduzindo, para muitos, a AED como um “projeto acadêmico neoliberal nascido em Chicago” (ZANATTA, 2012, p.18). Este repúdio, ainda que embasado em razões plausíveis, bloqueia o exame de certos aportes que, como se defende neste estudo, podem contribuir positivamente para o Direito brasileiro, como é o caso de estratégias anticorrupção. Nesse sentido, é muito importante a identificação das vertentes positiva e normativa da AED, tão ignorada pelos trabalhos que comumente são produzidos no país.

Incidem sobre a AED, mais comumente, os ensinamentos da microeconomia, já que enfoca a tomada de decisões por indivíduos ou pequenos grupos (COOTER; ULEN, 2012, p.12). Segundo Ejan Mackaay, a AED tem quatro pontos comuns: (i) o individualismo metodológico; (ii) a escolha racional; (iii) a estabilidade das preferências; e (iv) o equilíbrio. O individualismo metodológico faz com que a análise parta do comportamento dos indivíduos. Assim, fenômenos coletivos devem ser explicados como efeitos de decisões individuais, o que faz com que sejam tidos como um conglomerado de ações individuais, analisando-se as preferências de cada indivíduo e seus resultados no ambiente coletivo. No que se refere à escolha racional, presume-se que pessoas e organizações guiam suas escolhas para o alcance do máximo ganho, com o mínimo de perda, a partir de um cálculo de custo-benefício, mesmo em situações não-econômicas. Nesse cenário, os indivíduos são sempre racionais e capazes de mensurar as opções disponíveis, avaliando suas vantagens e desvantagens segundo suas preferências pessoais.<sup>14</sup> A estabilidade de preferências se conecta com a escolha racional, uma vez que, se o cálculo do custo-benefício se faz sobre as preferências pessoais, elas devem ser estáveis, ao menos a curto prazo, senão não seria possível prever as escolhas individuais decorrentes delas racionalmente. Por último, o equilíbrio, que é um padrão de interação que persiste, a não ser que seja perturbado por forças externas. Nesse sentido, se há alguma perturbação das condições de certo ponto de equilíbrio, haverá um movimento que tende à estabilização em outro ponto de equilíbrio. Desde uma perspectiva econômica, cada fenômeno social é descrito como um equilíbrio gerado pela interação de diversos indivíduos maximizadores (MACKAAY, 1999, p.402-415).

Em linhas gerais, os adeptos da AED se fundamentam nestes quatro pontos comuns para desenvolver seus estudos, advogando por uma maximização da segurança jurídica e da

<sup>13</sup> Devido aos limites deste trabalho, não se abordará cada escola da AED, como os institucionalistas, os neoinstitucionalistas, a Austríaca e a de New Haven. Para tanto, sugere-se a leitura de MACKAAY, 1999, p.402-415.

<sup>14</sup> É aqui que se concentra grande parte do fundamento teórico da AED. Ainda, nesse ponto são enumerados os três princípios fundamentais da Ciência Econômica, segundo Posner, que são: (i) a relação inversa entre oferta (preço cobrado) e demanda (lei da demanda); (ii) custo de oportunidade, voltado para o futuro, uma vez que os custos já suportados não devem afetar decisões de agentes racionais; (iii) a tendência da utilização de recursos onde eles sejam mais valorizados, desde que permitidas trocas voluntárias, ou seja, negociações de mercado. (POSNER, 2007, p.5-15).

previsibilidade das decisões judiciais. Nessa linha, alega-se que há uma centralização em torno de uma eficiência alocativa mais justa dos recursos sociais, enfocando seu alcance material para além das partes envolvidas em uma decisão judicial. Ou seja, cabe ressaltar, ainda, que eles pretendem buscar a máxima segurança e previsibilidade dentro da ordem jurídica, tanto na aplicação do direito, como também na sua interpretação e formulação, por meio desta alocação eficiente dos recursos disponíveis, situação esta que não permite a confusão – às vezes presente -, entre eles e os neoliberais (ou libertários), somente pelo fato de terem pontos em comum, como pode ser o individualismo metodológico,<sup>15</sup> já que, nesse tema, há uma carga ideológica expressiva pouco passível de cientificidade (CARVALHO, 2015, p.77).

## 5. A Colaboração da AED em Casos Envolvendo Corrupção: Efeitos Dissuasórios a Partir de Incentivos e Oportunidades

O surgimento de corrupção depende da existência de oportunidades e dos incentivos verificados por aqueles que se envolvem com ela. Políticos, burocratas e indivíduos devem ser vistos como seres racionais que estudam e avaliam o potencial de ganhos por meio de atos corruptos e que tomam decisões com base em oportunidades, incentivos e custos, ou seja, em princípios típicos de mercado (ROSE-ACKERMAN, 1996, p.31). Nesse sentido, a análise proposta pelo individualismo metodológico com base na avaliação de condutas individuais e de seus resultados coletivos pode ser muito proveitosa se realizada neste campo da corrupção.

Dentro de um contexto de campanhas anticorrupção, as normas compõem um arcabouço vital para dissuadir o corrupto a praticar atos ilícitos. Uma reforma estrutural deve ser prioridade. Programas públicos identificados como foco de corrupção devem ser eliminados. Caso isso não seja possível – como no caso de impostos em que não se pode deixar de arrecadar somente porque a repartição competente é corrupta – tais programas devem ser redesenhados, limitando o poder discricionário dos funcionários ou redirecionando o sistema administrativo para reduzir os lucros à disposição dos funcionários. A lei penal deve vir posteriormente, em um segundo momento (ROSE-ACKERMAN, 2001, p.94).

As estratégias de sanção para atos corruptos devem se centrar tanto no aumento do efeito dissuasório da descoberta, do castigo e da pena da conduta, como também em premiar aqueles que colaboram nessa tarefa de repressão, que se apresentam com documentos que comprovem a existência de operações corruptas, por exemplo. Como já foi afirmado, parte-se do pressuposto que o nível ótimo da corrupção não é zero, nem mesmo quando não há nenhum benefício aos subornadores. A partir disso, tem-se em consideração o custo da prevenção e logo se segue à avaliação do nível de gastos com a dissuasão, ponto no qual os benefícios marginais devem ser equivalentes aos custos marginais (STIGLER, 1974, p.60).

A dissuasão do comportamento do agente tendente à corrupção dependerá dos custos impostos pelo ordenamento, como a perda da reputação ou o constrangimento, o pagamento de pesadas multas, o risco da revelação, etc. Altas penas costumam dissuadir a corrupção, porém uma alta probabilidade de descoberta possui mais força e somente pode ser alcançada por meio da promessa de penas mais brandas para os que colaboram. O raciocínio é: sempre são necessárias duas partes para realizar atos de corrupção. Para que se possa coibir a sua

---

<sup>15</sup> Os que aplicam e apoiam a AED geralmente defendem uma necessária intervenção estatal, de modo a corrigir as falhas de mercado que se originam das assimetrias de informações ou da existência de monopólios. Já os neoliberais/libertários não admitem qualquer intervenção estatal, que se centram somente na eficiência (CARVALHO, 2015, p.77-78).

consumação, a lei deve dissuadir pelo menos uma dessas partes. Como exemplo cita-se a divisão entre corrupção ativa e passiva,<sup>16</sup> bem como um eventual tratamento menos severo para os que pagam o suborno, ao contrário dos que recebem, já que estes últimos é que tinham o dever de obedecer aos princípios da Administração Pública (ROSE-ACKERMAN, 2001, p.72-73).

Por outro lado, uma estrutura de sanções baseada no prejuízo social causado pelos subornos pode ser uma boa opção. Aqui se consideram três classes de serviço público, sendo um perfeitamente legal; outro legal, porém escasso; e outro que não é escasso se prestado com justiça. No caso do serviço legal, o prejuízo social da corrupção é a distorção introduzida pelos pagamentos corruptos. Se o serviço é legal, porém escasso, o funcionário corrupto privilegia quem paga o suborno em detrimento dos que cumprem os requisitos legais, mas se recusam a pagar, sendo este o prejuízo social causado. Por último, o serviço é legal, mas torna-se escasso devido à má conduta dos funcionários, que solicitam o pagamento de suborno para a sua prestação, sendo a distorção criada pela solicitação de subornos por funcionários. Diante disso, os custos sociais dependerão do prejuízo social causado pela utilização de critérios de disposição para o pagamento de suborno, contra a ineficiência e as desigualdades de esforços dos funcionários na criação de gargalos e de escassez (ROSE-ACKERMAN, 2001, p.74).

Frente a esta avaliação, tem-se que em algumas situações as quais se entende que o suborno não é tão reprovável (como em casos de serviços legais), deverá haver sanções vinculadas aos prejuízos sociais causados, não aos benefícios recebidos. Já quando há clara reprovação da prática do pagamento de subornos, as sanções devem se vincular ao benefício obtido pela corrupção.<sup>17</sup> No caso de funcionários, as sanções devem se conectar com a quantia de pagamentos que recebem a título de suborno e a probabilidade que há para a sua descoberta. Por isso a sanção não deve ser um valor fixo (ROSE-ACKERMAN, 1978, p.109-135). Se as penas não aumentam conforme os lucros obtidos pela corrupção tanto para os que pagam o suborno, como também para os que o recebem, pode ocorrer uma subida considerável de corrupção.

No entanto, nada disso é possível se não houver meios probatórios da ocorrência de corrupção. Trata-se de uma tarefa complicada porque os que realizaram a operação corrupta frequentemente são os únicos que têm conhecimento dela. A probabilidade da sua descoberta aumenta ou diminui, dependendo dos incentivos que tenha algum dos participantes do negócio ilícito de denunciar. É nesse contexto que as promessas da polícia e as previsões legais sobre o abrandamento da pena face à colaboração e denúncia costumam ser essenciais para a efetividade das leis anticorrupção e o aumento da probabilidade de revelação do caso.<sup>18</sup> Para uma efetiva dissuasão, deve haver prêmios reais para o que denuncia.

Outro fator de fundamental importância é a distinção entre empregados, representantes e cargos de alto nível da(s) empresa(s) envolvida(s) no caso descoberto de corrupção. Geralmente as propinas são pagas pelos empregados e representantes e não pelos que ocupam a alta direção. Estas propinas provavelmente possibilitarão a obtenção do negócio, e muito provavelmente foram facilitadas pelos diretores e proprietários da(s) empresa(s) para os seus subordinados. Esta

---

<sup>16</sup> Rose-Ackerman entende que não é de grande utilidade esta classificação, uma vez que, na prática, acaba não tendo diferença, já que ambas as partes devem estar de acordo antes de praticar o ato corrupto. (2001, p.73).

<sup>17</sup> Como já afirmado, o fator cultural possui relevante influência sobre a corrupção. Contudo, o suborno geralmente é visto como algo negativo, danoso e ilícito. (Cf. NOONAN JR., 1984, p.685 e ss.).

<sup>18</sup> Aqui se menciona como exemplo um serviço escasso, porém legal, no qual nem aqueles que pagam o suborno, como também os que recebem denunciarão voluntariamente a transação corrupta. Tal cenário pode se alterar quando há a eliminação de alguma das partes no processo, eliminando suas vantagens e gerando frustração e decepção por parte do agente eliminado. Este agente tem motivação para denunciar o esquema. (ROSE-ACKERMAN, 2001, p.77). Geralmente as denúncias decorrem de frustração, já que ninguém deseja perder dinheiro ou deixar de ganhá-lo quando se envolve com corrupção. Nesse sentido, cf. ALAM, 1995, p.419-435.

distância permite que a alta cúpula mantenha-se à margem da transação. Nesse sentido, é importante que a legislação anticorrupção possua ferramentas de avaliação de comportamento interno da empresa que se envolve em uma suspeita de corrupção. A adoção de códigos de conduta e de uma política de *compliance*<sup>19</sup> pode ser uma atenuante de pena, ou mesmo de sua eliminação como um verdadeiro indulto, restando a sanção somente para os envolvidos pessoas físicas. Porém, a previsão de recompensas para informantes internos pode ser um problema, já que, se a corrupção dentro da empresa for sistêmica, o informante pode correr riscos de sanções disciplinares por parte dos superiores corruptos ou por colegas de trabalho. Muitas vezes nestes casos, a denúncia de corrupção recai somente ao informante, como uma represália, um castigo, por ter tomado a decisão de denunciar.

## 6. Uma Ressalva Necessária: a Inaplicabilidade da AED Sobre os Direitos Fundamentais

Se até o momento o foco deste estudo foi a AED como forma de avaliação, descrição e previsão de comportamentos humanos a partir do Direito, ou seja, uma decisão individual sobre o coletivo, outro cenário se impõe quando se emprega a AED sobre o processo de tomada de decisões judiciais. Afinal, é conveniente aplicar fatores marcadamente econômicos em decisões judiciais de relevo, impondo sobre normas éticas limitações de ordem orçamentária-governamental, mesmo sob o risco de se romper com o marco constitucional vigente no Estado brasileiro? Nesse ponto levantam-se diversos questionamentos que envolvem o conceito de justiça e sua realização (por meio de decisões judiciais) e a economia que se conecta com a concretização destes direitos. Trata-se de um campo muito polêmico que coloca lado a lado a teoria da “reserva do possível”<sup>20</sup> com a concretização, notadamente, de direitos sociais fundamentais.<sup>21</sup>

No que interessa este estudo, tem-se que já houve muitos debates entre pensadores econômicos e liberais igualitários, como foi a celebrada discussão entre Ronald Dworkin e Richard Posner.<sup>22</sup>

Dworkin rejeita a AED nas duas vertentes existentes, embora suas críticas se centrem muito mais na sua face normativa. Em um primeiro momento, o autor critica a imprecisão do que se entende por “maximização de riqueza”, o que pode impedir (ou prejudicar) a promoção social. Nesta linha, ele entende que não há como se relacionar a maximização de riqueza com a eficiência de Pareto, já que nem sempre a eficiência se traduz em uma maximização concreta e

---

<sup>19</sup> *Compliance* é um conceito que significa a conformação de agir de acordo com leis, regulamentos, regras, protocolos, padrões e especificações estabelecidas. A questão crítica é em torno do custo da *noncompliance*, que pode ser com base na esfera civil, criminal, de reputação, financeira ou de mercado (Cf. TARANTINO, 2008, p.21-22).

<sup>20</sup> Expressão dada pelo Tribunal Constitucional Alemão em na BVerfGE 33, 303, de 18/07/1972. Nesse caso, todo orçamento possui um limite que deve ser usado segundo às exigências de harmonização econômica geral. Assim, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu pela inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, entendendo que existe uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível”, referindo-se do que pode o indivíduo exigir da coletividade, a partir de uma análise racional. A primeira análise deve ser feita pelo legislador, combinando administração e orçamento junto com outros interesses da coletividade.

<sup>21</sup> Não é possível, dentro dos limites deste trabalho, dissecar sobre este conturbado ponto de conflito. Dessa forma, sugere-se a leitura de: HOLMES; SUNSTEIN, 2000; SARLET; TIMM, 2008; WANG, 2008, p.539-568.

<sup>22</sup> Esta discussão possui um amplo panorama que abrange muitos aspectos do Direito e a AED. Nesse trabalho se abordará somente o que se julgou conectado com o seu objeto central, porém, deve-se também constar o debate dos autores em torno da solução de casos jurídicos. Dworkin entende que há uma solução correta para todos os casos jurídicos, inclusive para os *hard cases*, algo que é negado por Posner. Para tanto, sugere-se a leitura de FONSECA, 2011, p.63-71.

direta. Diante disso, Dworkin afirma que esta diferença entre perspectivas obriga a reconhecer a diferença da própria AED (que coloca no centro a maximização de riqueza) com a análise do Direito feita pelos economistas (a partir da utilização de conceitos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, ou seja, se a norma é eficiente segundo Pareto, mesmo quando ela não promove maximização de riqueza) (2000, p.351-355).

Já tratando a AED normativa, Dworkin questiona se a riqueza social e a sua maximização são componentes de valor, ou seja, se uma sociedade é melhor socialmente somente porque tem mais riqueza. Em não sendo assim, o autor afirma que a vertente normativa da AED tem problemas de sustentação, uma vez que desconsidera outros fatores, como a igualdade e a justiça. Nesse sentido, ele diz que componentes morais, quando inseridos na análise, alteram a utilidade da riqueza socialmente, já que, mesmo a riqueza aumentando em certas situações, em contextos de desigualdade social, ela termina por perder a sua primeira finalidade econômica diante de sentimentos pessoais. A felicidade, nesses casos, não se conecta com a maior riqueza, podendo provocar até a diminuição dessa felicidade. Ou seja, o fato de ter mais riqueza está separado do grau de sua utilidade econômica (2000, p.359-365).<sup>23</sup>

O autor destaca que sociedades que possuem como ponto central a maximização de riqueza pode não fomentar o respeito pelos direitos individuais ou os direitos mais fundamentais dos cidadãos, como o trabalho, etc. Embora Posner afirme que é o contrário, ou seja, que se conferem direitos como forma de instrumentalizar a maximização de riqueza, isso pode romper com a aplicação dos direitos, uma vez ausentes fundamentos morais para a sua manutenção diante da riqueza. Assim, a maximização de riqueza, como valor instrumental, pode gerar resultados grotescos, utilizando-se das palavras de Dworkin, como a escravidão de si próprio, visando somente essa maximização. Neste contexto, a escravidão de si mesmo pode gerar a escravidão dos demais, mesmo não intencionalmente, já que não há valores morais envolvidos (2000, p.374-381).

Finalizando a sua crítica à AED normativa, Dworkin nega que maximizar a riqueza social seja um dos vários objetivos sociais possíveis, já que “é absurdo supor que a riqueza social é [seja] um componente de valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca [que não considera a maximização de riqueza somente]” (2000, p.396).

Já sobre a vertente positiva/descritiva, Dworkin se limita a dizer que a conduta humana exige, para que tenha uma explicação plausível, segundo o seu ponto de vista, uma descrição biológica ou motivacional. Se não há essas ligações, ele diz que não passam de meras coincidências (2000, p.396).<sup>24</sup>

No que se refere a decisões judiciais a partir de pressupostos econômicos, Dworkin entende que direitos não são levados a sério (*seriously right*) (2002, p.11 e ss.) quando são negados devido a supostos prejuízos econômicos ou não contribuição para o bem-estar geral.<sup>25</sup> É aqui que

---

<sup>23</sup> Assim complementa o autor: “O dinheiro ou seu equivalente é útil na medida em que capacita alguém a levar uma vida mais valiosa, mais bem sucedida, mais feliz ou mais moral” (DWORKIN, 2000, p.359-365.).

<sup>24</sup> Essa posição também é apoiada por GALDINO, 2005, p.248.

<sup>25</sup> Nesse sentido, Dworkin entende que julgamentos por política representam o que se denomina de consequencialismo. Contudo, nesse ponto deve-se tomar cuidado com o sentido atribuído ao consequencialismo, já que, em debate com Posner, Dworkin afirma ser consequencialista, já que o juiz também é responsável politicamente pelo que faz com os princípios que constituem internamente uma comunidade democrática. Já Posner atribui ao consequencialismo um sentido diverso, uma vez que decisões judiciais devem também ser pensadas em um contexto

vem o debate sobre a reserva do possível e direitos fundamentais. Afinal, critérios econômicos devem fazer parte dos direitos?

Este ponto se vincula com a AED em sua vertente normativa que, como já demonstrado, enfrenta resistência ao agregar concepções utilitaristas a valores éticos e morais (GALDINO, 2005, p.155 e ss.). No entanto, seus defensores entendem que, ainda que seja certo que não se deve reduzir o Direito a postulados econômicos, isso não significa negar a possibilidade de se aplicar a AED para que, desde uma perspectiva normativa, possa se buscar determinados fins estabelecidos na Constituição Federal de 1988, não colocando a eficiência econômica como prioridade, mas sim na procura de uma legislação que melhor se preste para o alcance desses objetivos, dentro dos parâmetros éticos e morais da sociedade. Nesse sentido, a AED, quando conjugada com complementações de outras ciências sociais, pode aumentar a probabilidade de que as atuações estatais que visam à concretização de direitos fundamentais sejam bem sucedidas (RIBEIRO; CAMPOS, 2012, p.323-324). Aqui, poder-se-ia dizer que “o direito inadequado em grau extremo é um dos principais causadores da pobreza e da violência” (GALDINO, 2005, p.269).

Embora possa se reconhecer a limitação de recursos e a importância de planejamentos econômicos em uma atuação estatal que visa à concessão e realização de direitos, nesse trabalho se assume que a AED tem muito a contribuir em sua vertente descritiva para os casos envolvendo o tema corrupção, que tanto compromete pressupostos econômicos da Administração Pública, mas que a sua aplicação desde a perspectiva normativa em conexão com a efetivação de direitos fundamentais se vê prejudicada. Desde o ponto de vista defendido aqui defendido, deve-se fazer um esforço para separar a moral da análise de casos de corrupção – assumindo-se que o agente corrupto é egoísta e busca benefícios para si ou para outrem já traíndo seus próprios princípios -, mas não julga adequado que se faça o mesmo quando o que se debate são os direitos mais basilares dos cidadãos. Adere-se ao dito por Dworkin de que a maximização de riqueza não é um valor em si mesmo, nem deve ser a prioridade em uma sociedade. Por outro lado, há uma ampla utilização da reserva do possível como forma de evasão dos Estados em cumprir seus deveres constitucionais, o que não se pode tolerar, ainda que argumentos econômicos não devam ser totalmente ignorados no momento de se elaborar uma legislação ou de proferir uma decisão. Entretanto, mesmo as considerando, tais razões não devem prevalecer sobre direitos, para que estes sejam, definitivamente, levados a sério.

## **7. Considerações Finais**

Embora se reconheça a polêmica da aplicação da AED sobre muitos aspectos, o fato é que, para análises envolvendo corrupção, esta pode ser uma ferramenta de grande valor, por possibilitar o cálculo do comportamento do agente corrupto diante de leis anticorrupção. A AED não supõe que a lei, somente por ter sido aprovada e de estar validamente vigente, será cumprida pelos agentes. Incentivos e desvantagens devem ser percebidos para que a norma cumpra seus objetivos, e considerando que a corrupção possui forte conotação econômica-racional, a AED colabora na precisão desse exame. O corrupto não pratica o ato sem razão, ele faz um cálculo pessoal, avalia riscos, verifica possibilidades, e é aqui que pressupostos econômicos podem ter efeito dissuasório.

---

econômico, ou seja, eventuais prejuízos econômicos ou bem-estar geral. Para este debate, sugere-se a leitura de STRECK, 2013, p.207-222.

No entanto, a AED exige, de certo modo, a separação da legalidade e da moralidade, como ocorre também nos estudos sobre corrupção. Trata-se de um difícil exercício, principalmente quando os interlocutores dessas ideias sofrem diretamente com as consequências de uma corrupção sistêmica e aparentemente complicada de se desfazer ou de diminuir. Provavelmente é por isso que a metodologia AED seja a mais adequada para abordar e trabalhar com temas de corrupção, pois ao partir de um ponto que é, ou ao menos se pretende que seja, amoral, poderá ter muito a contribuir na elaboração de uma estratégia anticorrupção. Dessa forma, para afrontar um problema tão complexo como esse, deve-se entender a forma de pensamento dos agentes envolvidos, o raciocínio empregado e o ambiente em que ele ocorre.

Contudo, também nesse trabalho procurou-se abordar o que se entende por “outro lado da moeda”, que é justamente a utilização da AED diante de direitos fundamentais. Defendeu-se que a aplicação da AED deve ser para casos envolvendo corrupção e não para o Direito como um todo, por entender que alguns temas não devem se pautar exclusivamente ou preponderantemente por critérios econômicos, como é o caso dos direitos fundamentais. Dentro do marco constitucional brasileiro, há a clara opção do constituinte em privilegiar as normas que mais tenham capacidade de efetivar o generoso rol de direitos fundamentais (e aqui se mencionam todos, de todas as dimensões), o que evidencia a não permissão da prevalência de critérios econômicos sobre os objetivos traçados em um Estado social. Nessa linha, sabe-se que o Direito como um todo vem sendo alcançado por teorias como a do custo dos direitos, da reserva do possível, dentre outras, que possuem amparo em uma análise econômica, o que faz com que a prestação de direitos fundamentais se torne mais pragmática, algo que, segundo o defendido nesse trabalho, é incompatível com este rol de direitos, que por si só possuem uma carga valorativa (SANTIAGO NINO, 1990, p.316). A AED pode ser de grande valia para a solução de muitos problemas que o Direito sozinho talvez não alcance solucionar, porém, não deve ser utilizada para dificultar, ou até mesmo bloquear garantias fundamentais que são um resultado de um longo período histórico de conquistas (SGARBOSSA, 2010, p.273 e ss.; SOUZA; OLIVEIRA, 2017, p.99 e ss.).

## **8. Referências**

- AA.VV. **Encuesta: Corrupción Política**. Teoría y Realidad Constitucional. n° 25, 1° semestre. Madrid: UNED, 2010. p. 15-55.
- ALAM, Muhammad Shahid. **A Theory of Limits on Corruption and Some Applications**. *Kyklos*. v. 48, n° 3, p. 419-435, aug. 1995.
- ÁLVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações**. *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez., 2006.
- BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). **Political Corruption – Concepts & context**. 3° ed., New Jersey: Transaction, 2002. 321-338.
- BATISTA, Antenor. **Corrupção: Fator de Desenvolvimento?**. São Paulo: Letras e letras, 1991.
- BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. *The journal of political economy*. v. 76, n° 2, mar./apr., 1968. p. 169-217. Disponível em: <[http://www.soms.ethz.ch/sociology\\_course/becker1968](http://www.soms.ethz.ch/sociology_course/becker1968)>. Acesso em 21 abr. 2017.



- BIX, Brian. **Law as an Autonomous Discipline**. In: CANE Peter, TUSHNET Mark (eds.). *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford University Press, 2003. p. 975-987.
- BREI, Zani Andrade. **Corrupção: Dificuldades para Definição e para um Consenso**. RAP – Revista de Administração Pública. v. 30, n° 1, 64-77, jan./fev. Rio de Janeiro: FGV, 1996.
- BROOKS, Robert C. **Apologies for Political Corruption**. *The International Journal of Ethics*. v. 19, n. 3, p. 297-320. April, 1909.
- BROOKS, Robert C. **The Nature of Political Corruption**. In: HEIDENHEIMER, Arnold J. (ed.): *Political Corruption – Readings in Comparative Analysis*. New Jersey: Transaction, 1978. p. 56-61.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. **Corrupción Política: Un Análisis Desde la Teoría y la Realidad Constitucional**. *Teoría y Realidad Constitucional*. n° 25, 1º semestre. p. 69-109, UNED, Madrid, 2010.
- CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e Análise Econômica do Direito: Contribuições e Limites**. In: GONÇALVES, Oksandro; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Desenvolvimento e sustentabilidade – desafios e perspectivas*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 303-314.
- CARVALHO, Vinícius Soares. **Análise Econômica do Direito e sua Problemática Constitucional**. *Revista do programa de pós-graduação em Direito da UFBA*, p. 73-98, 2015.
- COASE, Ronald H. **The Problem of Social Costs**. *The journal of Law and Economics*. v. III, oct., 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>> Acesso em 21 abr. 2017.
- COELHO, Cristiane de Oliveira. **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 Annual Papers*. 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>> Acesso em 03 abr. 2017.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ª ed. Boston: Pearson, 2012.
- CROZIER, Michel. **O Fenômeno Burocrático: Ensaio Sobre as Tendências Burocráticas dos Sistemas de Organização Modernos e Suas Relações, na França, com o Sistema Social e Cultural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- DONÁRIO, Arlindo. **Análise Econômica do Direito – Probabilidade Umbral**. Instituto Nacional de Administração. 2010. Disponível em: <<http://www.universidade-autonoma.pt/upload/galleries/probabilidade-umbral.pdf>> Acesso em 21 abr. 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, Felipe Nogueira. **A Aplicabilidade da Análise Econômica do Direito no Contexto do Exame de Proporcionalidade**. Monografia de conclusão de curso de

especialização. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1507/Monografia\\_Felipe%20Nogueira%20Fernandes.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1507/Monografia_Felipe%20Nogueira%20Fernandes.pdf?sequence=1)> Acesso em 03 abr. 2017.

FONSECA, Ana Carolina da Costa e. **Dworkin e Posner Acerca da Existência de Respostas Certas para as Questões Jurídicas: A Reconstrução de um Debate**. Veritas. v. 56, n° 3, p. 63-71, set./dez., 2011.

FORGIONI, Paula A. **Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação?** Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 242-256. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.2d0.0.0.0/revs.nfo.2d1.0.0.0/revs.nfo.2d4.0.0.0?fn=document-frame-nosync.htm&f=templates&2.0>> Acesso em 03 abr. 2017.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, Flavio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA, Eloy. **El Estado Constitucional Ante su ‘Momento Maquiavélico’**. Madrid: Cívitas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Istorie Fiorentini de Maquiavelo: Una Primera Definición Moderna de Corrupción**. Teoría y Realidad Constitucional. n° 25, 1° semestre. p. 57-67, Madrid: UNED, 2010.

GICO JR., Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic analysis of Law review. v. 1, n° 1, p. 7-33, jan./jun., 2010.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

HEIDENHEIMER, Arnold J. **Perspectives on the Perception of Corruption**. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, M. (eds.). Political Corruption – Concepts & Contexts. 3° ed. New Jersey: Transaction. 2002. 141-153.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton, 2000.

HUNTINGTON, Samuel P. **Modernization and Corruption**. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (eds.). Political Corruption – Concepts & context. 3° ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 253-264.

J. LAPORTA, Francisco. **La Corrupción Política: Introducción General**. In: J. LAPORTA, Francisco; ÁLVAREZ, S. (eds.). La Corrupción Política. Madrid: Alianza, 1997. p. 19-38.

KElsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2a. ed, trad. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

- LEFF, Nathaniel. **Economic Development Through Bureaucratic Corruption**. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3º ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 307-320.
- MACKAAY, Ejan. **School: General**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. Item 0500. 1999. p. 402-415. Disponível em: < <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0500-schools-and-approaches.pdf>> Acesso em 04 abr. 2017.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**. Princeton University Press. 2º ed. [s.l.], 2006.
- MOTTA, Fernando C. Prestes. **O Que é Burocracia**. Brasília: Editora Brasiliense, 1981.
- MOTTA, Fernando C. Prestes; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Introdução à Organização Burocrática**. São Paulo: Pioneira, 2004.
- NOONAN JR., John T. **Bribes**. New York: Macmillan, 1984.
- NYE, Joseph. **Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis**. In: HEIDENHEIMER, Arnold. J.; JOHNSTON, Michael (eds.). *Political Corruption – Concepts & context*. 3º ed., New Jersey: Transaction, 2002. p. 281-302.
- POSNER, Richard. **The decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 – 1987**. *Harvard Law Review*. v. 100, n. 4, p. 761-780, fev. 1987.
- \_\_\_\_\_. **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. 1998. Disponível em: <[http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)> Acesso em 21 abr. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Economic Analysis of Law**. 7ª ed. New York: Aspen Publishers, 2007.
- RIBEIRO, Marcia Carla; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. **Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 11, nº 11, p. 304-329, jan./jun., 2012.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption: A Study in Political Economy**. New York: Academic Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. **The Political Economy of Corruption**. 1996. Disponível em: <<http://www.adelinotorres.com/economia/a%20economia%20politica%20da%20corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2017.
- \_\_\_\_\_. **La Corrupción y los Gobiernos – Causas, Consecuencias y Reforma**. Madrid: Siglo XXI de España, 2001.
- SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. **Análise Econômica no Direito Brasileiro: Limites e Possibilidades**. *Lex humana – Revista do programa de pós-graduação em Direito da UCP*. v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014.
- SANTIAGO NINO, Carlos. **Sobre los Derechos Morales**. *DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho*. nº 17, p. 311-325, 1990. Disponível em: < [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10827/1/Doxa7\\_11.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10827/1/Doxa7_11.pdf)> Acesso em 02 jun. 2018.

**A Análise Econômica do Direito nos Estudos Sobre Corrupção e as Polêmicas Envolvendo a sua Aplicação: Uma Análise Crítica**

- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. v. 1 – Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. **O Custo dos Direitos Fundamentais: O Direito à Saúde em Frente às Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial**. Revista de direitos e garantias fundamentais. Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017.
- STIGLER, George. **The Optimum Enforcement of Laws**. In: BECKER, Gary S.; LANDER, William M. (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 55-67.
- STRECK, Lenio Luiz. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão**. Observatório da jurisdição constitucional, a. 6, v., p. 207-222, mai. 2013.
- TARANTINO, Anthony. **Governance, Risk, and Compliance Handbook: Technology, Finance, Environmental, and International Guidance and Best Practices**. New Jersey: Wiley, 2008.
- VAN KLAVEREN, Jacob. **The Concept of Corruption**. In: HEIDENHEIMER, Arnold J. (ed.): *Political Corruption – Readings in Comparative Analysis*. New Jersey: Transaction. 1978. p. 38-40.
- WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**. Revista Direito GV. v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez., São Paulo, 2008.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.
- ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O Princípio da Impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ZANATTA, Rafael A. F. **Desmistificando a Law and Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil**. Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília. v. 10, p. 25-53, 2012.