

Economic Analysis of Law Review

Do Direito de Causar Dano ao Direito da Maximização da Riqueza: Coase, Posner e Parâmetros Teóricos ao Estilo de Chicago para Decisões Jurídicas Pró-Mercados

*From the Right to Harm to the Law of Wealth Maximization: Coase, Posner and Chicago-Style Parameters
for Pro-Market Legal Decisions*

Hugo Luís Pena Ferreira¹
Universidade Federal de Jataí (UFJ)

RESUMO

Ronald Coase e Richard Posner foram centrais para o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito (AED) ao estilo de Chicago entre as décadas de 1960 e 1970. O artigo objetiva caracterizar como Coase e Posner contribuíram para estruturar uma moldura favorecedora de decisões pró-mercados via AED. A metodologia adotada centra-se em revisão bibliográfica de caráter descritivo e analítico. A principal contribuição proposta é a caracterização e sistematização de elementos do pensamento desses autores, de modo tanto a evidenciar as conexões entre suas principais teses quanto suas associações com a Sociedade Mont-Pèlerin e fundos de financiamento que compartilhavam com a AED a mesma sensibilidade econômica *pró-mercados*. Nesse sentido, o artigo posiciona as formulações de Coase e Posner, centradas no aspecto da eficiência econômica, como indutoras de decisões limitadoras de políticas públicas redistributivas, consubstanciando um direito da maximização da riqueza que relega considerações de equidade distributiva a segundo plano.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Richard Posner; Ronald Coase; Chicago; Políticas redistributivas.

JEL: K10.

ABSTRACT

Coase and Posner were central to the development of Chicago-style Law and Economics (L&E) in the 1960s and 1970s. This paper aims at depicting how Coase and Posner contributed to structuring a pro-market framework for decision-making through L&E. The methodological approach consists of literature review of descriptive and analytic nature. The main contribution presented is the characterization and systematization of these authors' thoughts, so as to highlight the connections among their main theses, as well as their associations with the Mont-Pèlerin Society and funding organizations that shared with L&E the same pro-market economic sensitivity. Accordingly, the paper positions Coase and Posner's formulations, centered on the aspect of economic efficiency, as inducers of a style of decision-making averse to redistributive public policies, substantiating a law of wealth maximization that relegates considerations of distributional equity to the background.

Keywords: Law & Economics; Richard Posner; Ronald Coase; Chicago; redistributive policies.

R: 12/07/20 **A:** 06/10/22 **P:** 31/12/23

¹ E-mail: hugopena@ufj.edu.br

1. Introduction

Em 2018, a edição da Lei 13.655 contribuiu para impulsionar o interesse por abordagens *consequencialistas* do direito ao incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a determinação de que as consequências das decisões judiciais, administrativas e controladoras devem ser indicadas de modo expresse por quem as toma. Em 2019 e 2020, respectivamente, foram editados a Lei 13.848 e o Decreto 10.411, que estabeleceram a necessidade de análise de impacto regulatório para o exercício do poder normativo por parte de agências reguladoras no Brasil. Em especial, o artigo 7º do decreto insere, entre as metodologias admissíveis para esse propósito, a “análise de custo-benefício”. Em 2021, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF) esteve entre os editores-chefes que lançaram a “Revista de Análise Econômica do Direito” (RAED), ao lado de Erik Wolkart e Luciana Yeung. Apesar de o lançamento de uma revista dedicada à Análise Econômica do Direito (AED) não ser uma inovação em si, a presença de um Ministro do STF na editoria do periódico é simbolizadora do prestígio da AED. No mesmo ano, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Fux foi o relator da proposta de alteração da Resolução que regulamenta concursos públicos para ingresso na magistratura no Brasil². Após tramitação e aprovação em 2022, a versão alterada da Resolução 75 de 2009 passou a incorporar a AED, dentre outras inovações, como disciplina obrigatória para referidos concursos.

As transformações apontadas acima contribuem para impulsionar o interesse pela – e a importância prática da – AED no Brasil. São, ainda, evidências da maior permeabilidade às formulações da AED nos planos administrativo, regulatório, legislativo e judicial. Sabidamente, porém, as formulações ideais dificilmente podem ser consideradas neutras, apesar de a metodologia proposta para a AED evocar a “precisão matemática e a objetividade”³. Parte-se, aqui, do pressuposto de que toda formulação ideal está conectada à defesa de algo no plano mais concreto. Ou seja, interesses ideacionais são conectados a interesses materiais, sem que necessariamente tenha de haver relações determinísticas entre esses polos: os atores políticos se apropriam estrategicamente de um mundo repleto de instituições e ideias sobre estas. Segundo Colin Hay, as percepções do que é possível, legal, factível e desejável são moldadas tanto pelo ambiente institucional quanto pelos modelos e visões de mundo existentes. Para Hay, tais elementos atuam como “filtros cognitivos” sobre padrões de ação de pessoas, governos e organizações⁴.

Diante disso, é relevante perguntar: qual é o projeto da AED? Que tipo de consequência prática para as instituições jurídicas a sua adoção como paradigma decisório favorece? Que impactos podem ser esperados de sua ascensão no Brasil? Para responder a essas questões, o expediente metodológico adotado é o de revisão bibliográfica, que assume contornos descritivos, analíticos e históricos. O aspecto de descrição é consubstanciado no levantamento dos principais aspectos caracterizadores da AED segundo a delimitação proposta. Porém, o texto é mais do que mero rol descritivo de características. Os traços definidores da AED, na delimitação delineada mais abaixo, são sistematizados e entrelaçados. Propõe-se, ainda, o entendimento das ligações entre a empreitada intelectual da AED ao estilo de Chicago e de *think tanks* e fundos de financiamento orientados para o estímulo ao pensamento *pró-mercados* no contexto das décadas de 1960 e 1970, caracterizando o aspecto histórico da abordagem feita. Espera-se que referidos elementos auxiliem

2 SALIBA, Ana Luisa. CNJ aprova voto de Fux para aumentar disciplinas no concurso da magistratura. *Consultor Jurídico*, 24 set. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-24/cnj-aumenta-disciplinas-obrigatorias-concurso-magistratura>>. Acesso em: 8 set. 2022.

3 TAMANAHA, Brian Z., *Instrumentalism in theories of law*, in: *Law as a means to an end: threat to the rule of law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 119.

4 HAY, Colin. *Constructive institutionalism*. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. *The Oxford handbook of political institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 56-74.

para a compreensão do significado do ganho de prestígio da AED, intensificada em anos recentes, sobre o direito brasileiro em geral, e em especial para as políticas públicas de caráter redistributivo.

A tradição de julgar instituições jurídicas com base em categorias econômicas – e em especial microeconômicas – teve a publicação de dois artigos, no início da década de 1960, como expressão de um momento fundacional⁵. Um deles foi *The problem of Social Cost*, em 1960, de Ronald Coase. Outro foi *Some thoughts on risk distributions and the law of torts*, de Guido Calabresi, em 1961⁶. Optou-se, aqui, por abordar as origens da AED (seção 2, a seguir) de forma delimitada a Ronald Coase, por três motivos. Primeiramente, a publicação de Coase antecede a de Calabresi. Em segundo, uma categoria de base em *The problem of Social Cost*⁷, “custos de transação”, já havia sido explorada em uma de suas publicações décadas antes, *The nature of the firm*, de 1937⁸. Por fim, Coase permaneceu no *mainstream* da AED, ou seja, associado à “Escola de Chicago”, ao passo que Calabresi viria a ser um dos nomes de uma linhagem alternativa – a “Escola de New Haven”⁹, cujos argumentos tendem a favorecer maior medida de intervencionismo estatal na economia¹⁰. A abordagem aqui feita permanece, porém, com foco na AED de Chicago, não só por ter sido a vertente com maior visibilidade e influência acadêmica e prática, como também o tronco principal do qual emergiram variantes: “a história oficial e interna do campo começa em Chicago.”¹¹

A delimitação proposta para a análise é referida a dois expoentes associados à formação e ao ganho de prestígio da AED ao estilo de Chicago durante as décadas de 1960 e 1970. Primeiramente, o foco recai sobre Ronald Coase, identificado, como sugerido acima, como principal contribuição intelectual imediata para a formação da AED a partir do projeto de direito antitruste da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. O objetivo não é fazer referência a outras movimentações intelectuais que também envolveram, em alguma medida, a avaliação de instituições jurídicas com base em critérios econômicos, como o realismo jurídico norte-americano

5 Ver SALAMA, Bruno Meyerhof, O que é pesquisa em direito e economia?, Cadernos Direito GV, v. 5, n. 2, p. 1–58, 2008, p. 12; POSNER, Richard A., Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 53, 1998, p. 1.

6 CALABRESI, Guido, Some thoughts on risk distribution and the law of torts, The Yale Law Journal, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

7 COASE, Ronald H., The problem of social cost, The Journal of Law and Economics, v. 3, p. 1–44, 1960.

8 COASE, Ronald H., The nature of the firm, Economica, New Series, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937. “Embora Posner seja um escritor prolixo e tenha ficado conhecido como o grande expoente da AED, realizada nos moldes propagados por professores da Universidade de Chicago, as ideias que realmente estruturaram os referenciais analíticos dessa abordagem vieram de Ronald Coase, um economista cujas concepções a respeito das relações entre direito e economia remontam à década de 1930, mas ficaram marginalizadas por várias décadas dos debates acadêmicos mais prestigiados.” CASTRO, Marcus Faro de, Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

9 Nesse sentido, “alguns fazem referência ao artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts* de Guido Calabresi, de 1961, como equivalente à contribuição de Coase para a fundação da análise econômica do direito (*law and economics*). Outros entendem que Calabresi foi o fundador da escola da análise econômica do direito de New Haven, como algo distinto da escola da análise econômica do direito de Chicago.” HARRIS, Ron, The uses of history in law and economics, Theoretical Inquiries in Law, v. 4, n. 2, p. 659–96, 2003, p. 662.

10 SALAMA, O que é pesquisa em direito e economia?, p. 28; MACKAAY, Ejan, Schools: general, in: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Orgs.), Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I: The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 410.

11 HARRIS, The uses of history in law and economics, p. 662.

ou mesmo o utilitarismo de Jeremy Bentham¹², que são aqui tomados como influências *mediatas*, mais distantes que o impacto *direto* das formulações de Coase. Em segundo lugar, o foco se dirige a Richard Posner, que se tornou o principal expoente da AED após uma empreitada intelectual de tonalidades enciclopédicas, que buscou demonstrar a aplicabilidade desta a qualquer campo do direito, por meio da publicação de *The economic Analysis of Law*, em 1973.

Em consonância com a delimitação descrita acima, a seção 2 propõe, primeiramente, que as contribuições de Coase possam ser encaradas como principais bases intelectuais imediatas da AED e busca descrever e analisar seus contornos. Em seguida, a seção 3 volta-se à consolidação da AED a partir do projeto antitruste da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. De um projeto focado em uma área do direito de tonalidades econômicas bastante marcantes, a AED, após Coase, Becker e sobretudo Posner, projetou-se sobre as mais diversas áreas do direito. A seção destaca, ainda, a importância que fundações de fomento à divulgação de ideias conservadoras tiveram para o crescimento e aquisição de relevância política da AED. A seção 4, por sua vez, aponta as principais características do *mainstream* da AED, pautado por Posner, ou seja, a AED ao estilo de Chicago, e identifica suas principais teses, com especial atenção ao impacto das formulações teóricas sobre políticas públicas de caráter redistributivo.

2. Bases intelectuais imediatas da AED: as contribuições de Ronald Coase

Em *The nature of the firm*, Coase critica uma presunção fundamental da teoria econômica: a de que “a direção dos recursos depende diretamente do mecanismo de preços.”¹³ Há instituições, como a *firma*, que também coordenam atividades de produção e troca, de modo alternativo às sinalizações de preços. Assim, Coase exemplifica que um funcionário é alocado “do departamento Y para o departamento X” não por causa de uma “mudança nos preços relativos, mas porque ele é ordenado a fazê-lo.”¹⁴ Dentro da firma, são as ordens do empreendedor, e não as sinalizações de preços de mercado, que alocam os fatores de produção¹⁵.

Para Coase, o que determina a existência desse sistema alternativo para a alocação de recursos – a firma – é a existência de *custos de transação*. A teoria econômica convencional presume que todos os preços nos mercados sejam conhecidos pelos indivíduos, mas “isso claramente não é verdade no mundo real.”¹⁶ Há custos para descobrir preços, para negociar e concluir contratos¹⁷. Diante da existência de tais custos, no mundo real, torna-se mais viável reunir os diferentes fatores de produção sob uma estrutura unificada de direção e comando por um indivíduo ou grupo de indivíduos, do que pela celebração de uma miríade de contratos em transações de mercado

12 “Evidentemente, o realismo jurídico americano constitui, com o pragmatismo filosófico e o utilitarismo tingido de consequencialismo os pilares teóricos que permitiram à AED se desenvolver” MILLARD, Eric; HEINEN, Luana Renostro, *A Análise Econômica do Direito: um olhar empirista crítico*, *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 1, p. 277–284, 2018, p. 279.

13 COASE, *The nature of the firm*, p. 387.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, p. 388.

16 *Ibid.*, p. 390.

17 *Ibid.*, p. 390–1. Uma explicação mais detalhada e exemplificada dos custos de transação é dada por Coase em *The problem of social cost*: “Para realizar transações de mercado é necessário descobrir com quem se quer negociar, informar pessoas de que se quer negociar e em que termos, conduzir negociações que levem a um acordo, redigir o contrato, fazer a inspeção necessária para assegurar-se de que os termos do contrato estão sendo observados, e assim por diante. Essas operações são frequentemente bastante custosas, custosas o suficiente para impedir a ocorrência de muitas transações que seriam conduzidas num mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.” COASE, *The problem of social cost*, p. 15.

determinadas pelas sinalizações de preços. A firma é vista, nesse sentido, como um feixe ou nexo de contratos:

Um fator de produção (ou seu dono) não tem que realizar uma série de contratos com os fatores com os quais está cooperando dentro de uma firma, como seria necessário, é claro, se essa cooperação se desse como resultado do funcionamento do mecanismos de preços. Um só contrato substitui uma série de outros¹⁸.

Pode-se perceber que a noção de *custos de transação* está na base da explicação que Coase oferece para a firma como meio alternativo às sinalizações de preço para coordenar atividades econômicas. Até aqui, não se está no campo da AED. Porém, a mesma noção – custos de transação – também está na base do que viria a ficar conhecido como *teorema de Coase*¹⁹, a partir de formulações em *The problem of social cost*, publicado em 1960, e que é dedicado “às ações de empresas que têm efeitos danosos sobre terceiros”²⁰, ou seja, ao tema das *externalidades*, advindo da economia do bem-estar (*welfare economics*). Este sim – isto é, o teorema de Coase – passaria a estar na base das formulações da AED.

As *externalidades* são efeitos benéficos ou prejudiciais que a realização de uma atividade econômica origina para terceiros. Coase aborda uma série de exemplos (alguns dos quais são mencionados a seguir), com ênfase em externalidades de tipo negativo. O modo como trabalha esses exemplos implica a rejeição de duas pressuposições comuns a respeito de situações em que a atividade econômica de um gera dano sobre outros.

A primeira das pressuposições rejeitadas é a de que as externalidades devam ser enfrentadas pela regulamentação governamental. Coase critica economistas e formuladores de políticas da época por apresentarem essa tendência²¹, que se reverte na recomendação de que subsídios sejam utilizados para fomentar externalidades positivas, e a tributação, ou mesmo proibição de determinadas atividades em locais delimitados, ocorra para as externalidades negativas. As soluções de subsidiar ou tributar, especificamente, se encaixariam na tradição “pigouviana”, assim referida em razão das ideias de Arthur Pigou, que sugeriu tais medidas como formas de *internalizar* as externalidades. Ou seja, como meio para que os efeitos de uma atividade econômica sobre terceiros passassem a integrar o preço do que é produzido e comercializado.

A segunda pressuposição rejeitada por Coase é a noção comum de que o agente econômico que causa dano a terceiros deva ser monetariamente responsabilizado por isso. Essa seria uma visão simplificada, ou mesmo equivocada, do sentido de “dano”. Para Coase, esta noção deve ser abandonada e substituída por outra, que reflita a “natureza recíproca” do dano no que diz respeito a atividades econômicas. Assim, interromper a atividade do “causador” ocasiona-lhe dano, da mesma forma que sua continuidade causa danos a terceiros. E o problema torna-se, assim, “evitar o dano mais sério”²², o que se faz por uma análise de custos.

Um dos exemplos é a situação de emissão de fumaça gerada na produção de sulfato de amônia, que escurece tecidos produzidos em propriedade vizinha ao interagir com o alvejante ali

18 COASE, The nature of the firm, p. 391.

19 Segundo o próprio Ronald Coase, a expressão “teorema de Coase” não foi cunhada por ele, mas por George Stigler. Ver COASE, Ronald H., Law and economics at Chicago, The Journal of Law and Economics, v. 36, n. 1, Part 2, p. 239–254, 1993, p. 249.

20 COASE, The problem of social cost, p. 1.

21 Ibid., p. 18.

22 COASE, Law and economics at Chicago, p. 2.

empregado²³. Em uma tal situação, a análise comum identificaria a fábrica química como causadora do dano, derivando disso um dever de indenizar. Coase ressalta, porém, a natureza recíproca do dano: tanto o escurecimento é “custo” para a atividade de tingir tecidos, como também a presença da produção têxtil, vizinha à fábrica química, é “custo” para esta última. Dada a reciprocidade do dano, ou seja, da imposição de custos às atividades de terceiros, a resposta a ser dada “não é clara, a não ser que saibamos o valor do que é obtido bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo.”²⁴ Ou seja, a questão de quem deverá indenizar dependerá da *análise de custo-benefício*. É antes necessário responder: qual das atividades *maximiza o valor da produção*?

Para Coase, a concepção econômica dos *fatores de produção* é falha porque os considera como entidades físicas ou materiais – terra, capital, trabalho... – ao passo que seria mais adequado considerá-los como *direitos*. “Podemos falar que uma pessoa possui terra e a emprega como fator de produção, mas o que proprietário da terra de fato possui é um direito de conduzir uma lista limitada de ações.”²⁵ Quando a análise dos fatores de produção passa a encará-los em termos de direitos, “torna-se mais fácil compreender que o direito a fazer algo que tenha um efeito danoso (como a geração de fumaça, barulho, cheiros etc.) também é um fator de produção.”²⁶ A partir disso, Coase destaca que o exercício de tais direitos têm custos de oportunidade: O custo de exercer um direito (de usar um fator de produção) é sempre a perda ocasionada em outro lugar como consequência do uso desse direito – a impossibilidade de atravessar uma propriedade, estacionar um carro, construir uma casa, desfrutar de uma paisagem, ter paz e sossego ou respirar ar puro.²⁷

O ponto fica mais claro quando o exemplo tomado é contaminação de um córrego (e morte de peixes) por efluentes despejados por uma fábrica. Novamente, pela visão convencional, o dano ambiental é responsabilidade da fábrica, que deve assim indenizar. Na visão de Coase, porém, a questão ambiental representa um “custo” para a atividade da fábrica. Assim, “a questão a ser decidida é: o valor dos peixes perdidos é maior ou menor do que o valor da produção que a contaminação do córrego torna possível?”²⁸ Essa deve ser a base para atribuir ou não, à fábrica, um “direito de poluir” (como fator de produção): o teste da relação custo-benefício.

Como se pode notar, não há espaço, nesse tipo de análise, para valores *intrínsecos* (como a preservação ambiental), somente para valores que possam ser expressos monetariamente, ou seja, para coisas passíveis de transação nos mercados²⁹. Isso leva a argumentação de Coase à afirmação

23 COASE, The problem of social cost, p. 10–1.

24 Ibid., p. 1–2.

25 Ibid., p. 44. A mesma ideia é espelhada de forma didática por David Friedman: “o que você possui não é um pedaço de terra, mas um feixe de direitos [*a bundle of rights*] relacionados a um pedaço de terra.” FRIEDMAN, Law’s order: what economics has to do with law and why it matters, p. 14.

26 COASE, Law and economics at Chicago, p. 44.

27 COASE, The problem of social cost, p. 44.

28 Ibid., p. 2.

29 Em sentido contrário, Ivo Gico Jr. sustenta: “são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g. academia), poder (e.g., política) ou mesmo altruísmo (e.g. família).” GICO JR., Ivo, Introdução ao direito e economia, in: TIMM, Luciano Benetti (Org.), Direito e economia no Brasil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 23. No entanto, como a AED procede a partir da teoria dos preços, a análise econômica, nesse caso, precisará estimar valores para tais elementos imateriais ou psicológicos, ou seja, precificá-los. De fato, esse expediente chega a ser feito pelos autores da AED ao estilo de Chicago, como o próprio Posner, que em certa passagem voltada à análise de atropelamentos e custos de medidas de segurança ligadas a ferrovias, emprega raciocínios que se valem de expressões do tipo: “[s]uponha que a vida de uma criança valha tanto quanto a de quem fez o seu resgate, diga-se, \$X” POSNER, Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, p. 6. O mesmo ocorre com a abordagem de crimes como o estupro, em que Posner supõe valores a partir de preferências estimadas tanto para o autor quanto para a vítima, conforme relata Buchanan: “se os benefícios alcançados pelo potencial estuprador excederem as perdas sofridas pela vítima potencial, ganhos mútuos da transação [no sentido de Kaldor-Hicks] devem existir, e tais transações devem ocorrer.”[!] BUCHANAN, James M., Good economics – bad law, Virginia Law Review, v. 60, n. 3, p. 483–92, 1974, p. 485. Esse tipo de raciocínio habilita a falar, desde a linguagem da AED, em

de um *direito de poluir* que está em função da maximização da produção ou da riqueza, quer dizer, de resultados economicamente ótimos. Essa mesma lógica é aplicada na situação de uma população afetada pela fumaça emitida por uma fábrica vizinha. Partindo de uma suposição aritmética em que os custos para continuar poluindo são menores do que os de medidas destinadas a evitá-la, o autor considera que “haveria ganho no valor da produção [...] se a fábrica continuasse a emitir fumaça e os habitantes do distrito se mudassem para outro lugar ou fizessem outros ajustes para evitar o dano.”³⁰ Nesse contexto, o objetivo da regulação não deve ser o de “eliminar a poluição gerada pela fumaça, mas o de assegurar a quantidade ótima de poluição pela fumaça, que é a quantidade que maximizará o valor da produção.”³¹

A lógica econômica de *maximização do valor da produção*, que permite falar em um “nível ótimo” de poluição, é o elemento que Coase pretende aplicar para pautar o olhar jurídico dos problemas que envolvam a geração de danos para terceiros. “Tudo é uma questão de comparar os ganhos que adviriam da eliminação desses efeitos danosos com os ganhos que são obtidos ao permitir sua continuidade.”³² A partir disso, a solução que Coase oferece é tratar os problemas de danos a terceiros não como situações de *responsabilidade civil* (como normalmente faria um jurista), mas como situações em que *direitos de causar dano* – por assim dizer – tornam-se passíveis de transação.

Aqui é alcançado o caminho que leva à afirmação do “teorema de Coase”. Esse teorema envolve duas situações. Uma é hipotética: refere-se a um mundo imaginário em que não há *custos de transação*, uma situação que Coase já havia rejeitado como irrealista em *The nature of the firm*³³. Noutra, os custos de transação são significativos. Como resultado dessa modulação, há diferentes efeitos a partir da definição inicial de quem é ou não responsável juridicamente pela existência de um dano ou custo a terceiros.

Não havendo custos de transação, a definição jurídica das responsabilidades por danos causados a terceiros simplesmente não será relevante³⁴. Isso porque o direito de causar dano será objeto de transação entre as partes. As negociações levarão necessariamente ao mesmo resultado: o prosseguimento da atividade de maior valor econômico, que resulte numa alocação mais eficiente, ou ótima, de recursos³⁵. Assim, não importa se a fábrica será ou não considerada responsável pela poluição que atinge a vizinhança. Se a atividade da fábrica resultar em maior valor econômico, ela negociará com os vizinhos e comprará deles o que se pode considerar um direito de poluir, prosseguindo com suas atividades. Caso a fábrica não seja inicialmente responsabilizada, “a alocação de recursos será a mesma nessa situação, tal como seria se o negócio causador de dano fosse considerado responsável pelos danos causados.”³⁶ Ou seja, juridicamente responsabilizada ou não, a fábrica poderia “contornar” as restrições jurídicas por meio de negociações com as outras partes afetadas, neste cenário em que os custos de transação são presumidos nulos. “Sempre é possível modificar a delimitação inicial de direitos por transações de mercado. E, é claro, se tais

“nível eficiente” ou “ótimo” para a ocorrência de crimes em uma sociedade. Raciocínios baseados em “níveis ótimos” podem ser utilizados para validar, dessa forma, a permanência de situações indesejadas pelos indivíduos e grupos adversamente afetados.

30 COASE, The problem of social cost, p. 41.

31 COASE, Law and economics at Chicago, p. 42.

32 COASE, The problem of social cost, p. 26.

33 COASE, The nature of the firm.

34 COASE, The problem of social cost, p. 8.

35 Ibid., p. 6.

36 Ibid.

transações de mercado forem sem custos, tal rearranjo de direitos sempre ocorrerá se for conducente ao aumento no valor da produção.”³⁷

Havendo custos de transação, como no mundo real, a situação muda de figura. Os direitos inicialmente atribuídos só passarão por rearranjos se os custos para que as partes os negociem forem inferiores ao benefício que decorreria da negociação. “Em tais condições a delimitação inicial de direitos tem efeito sobre a eficiência com que o sistema econômico opera.”³⁸ Por isso, as decisões de juízes sobre quem será responsabilizado por danos a terceiros têm influência direta sobre a eficiência econômica. Sabendo que essa atribuição de direitos, na prática, pode não ser modificada por livre negociação das partes – em razão de custos de transação –, os juízes devem procurar pautar suas decisões pelo critério de maximização do valor da produção: “Parece desejável que as cortes devam compreender as consequências econômicas de suas decisões e devam, tanto quanto é possível sem criar muita incerteza sobre a posição jurídica em si, levar essas consequências em conta para a tomada de suas decisões.”³⁹

Em outros termos, Coase está afirmando que os juízes devem decidir de forma a maximizar a eficiência econômica, fazendo uma atribuição inicial de direitos que corresponda ao que hipoteticamente seria a alocação “ótima” a partir da livre negociação das partes num cenário de ausência de custos de transação. A esse respeito, Coase observa que os juízes no *common law*, embora nem sempre versem suas decisões em raciocínios explicitamente econômicos, tendiam a incorporar racionalidades econômicas implicitamente ao decidir sobre casos de danos a terceiros. Ou seja, há uma tendência a que as decisões judiciais sejam eficientes.

Em síntese, o “teorema de Coase” reúne dois enunciados sobre as consequências das instituições jurídicas nos cenários de existência e inexistência de custos de transação:

É necessário saber se a atividade econômica danosa é ou não responsável pelos danos causados porque, sem essa delimitação inicial de direitos estabelecidas, pode não haver transações de mercado para transferir e recombinares estes direitos. Mas o resultado final (que maximiza o valor da produção) é independente da posição jurídica quando o mecanismo de preços tem funcionamento presumido sem custos.⁴⁰

As análises feitas por Coase estão carregadas de implicações normativas. A mais evidente é a eleição da eficiência econômica como critério para julgar a adequação das instituições jurídicas. Isso implica que as consequências econômicas das instituições jurídicas devam ser tomadas como relevantes para sua validação. Nesse sentido, Coase afirma: “Ao projetar ou escolher entre arranjos sociais, devemos considerar os efeitos totais. Esta é, sobretudo, a mudança de abordagem que proponho.”⁴¹ Outra consequência normativa diz respeito à hipótese de funcionamento dos mercados sem custos de transação: como os mercados são tomados como capazes de resolver automaticamente problemas envolvendo a delimitação inicial de direitos, “o tipo de ação governamental que os economistas pensavam ser necessária” – como tributação e outras formas de regulação restritiva – “é completamente desnecessário, dadas as presunções de seu sistema analítico.”⁴²

37 Ibid., p. 15.

38 Ibid., p. 15–6.

39 Ibid., p. 19.

40 Ibid., p. 8.

41 Ibid., p. 44.

42 COASE, Law and economics at Chicago, p. 252.

Mesmo quando os custos de transação voltam à análise, a “eficiência dos mercados” continua sendo o critério para pautar as decisões jurídicas ideais: a implicação normativa que Coase retira da presença de custos de transação não é a de que o Estado deva buscar regular as atividades dos causadores de danos. É, ao contrário, uma solução que busca “simular” o que ocorreria caso não houvesse custos de transação. Quer quando custos de transação são levados em conta, quer quando não, o teorema de Coase continua sendo uma defesa do *laissez-faire*⁴³. Os juízes devem procurar atribuir direitos – ou seja, definir quem deve ser responsabilizado e quem deve receber reparações por danos sofridos – como se estes pudessem ser livremente negociados na ausência de custos de transação. É curioso, nesse sentido, que Coase aponte a existência de custos de transação como um elemento que torna irrealistas as análises tradicionais dos economistas até então, que tendiam a excluir (ou pressupor) a relevância das instituições jurídicas. Da constatação de que existem impedimentos ao funcionamento adequado dos mercados não deriva, porém, uma receita de maior abertura para a participação da regulação estatal. Pelo contrário, a receita sugerida consiste em buscar imitar os mecanismos de alocação dos mercados por exercícios hipotéticos de subtração dos custos de transação e por análises de custo-benefício.

Ainda outra implicação do raciocínio de Coase é a noção de que os problemas das *externalidades* sejam melhor resolvidos segundo os moldes das *negociações privadas*. Quando não há custos de transação, os direitos migram espontaneamente para a parte que os valoriza mais. Quando há custos de transação, as cortes devem atribuir responsabilidades e direitos de acordo com o que seria o resultado da livre negociação privada na ausência de tais custos. O local privilegiado da eficiência é a esfera privada. As cortes – como mãos do Estado – entram “no jogo” apenas como remédios contra custos elevados de transação que interferem na habilidade privada de negociar.

Um exemplo adicional pode ajudar a conferir nitidez ao emprego do teorema e a algumas de suas implicações. Coase toma o caso da ferrovia cujas faíscas geram incêndios nas matas das propriedades vizinhas. “Não é necessariamente desejável que a ferrovia deva ser obrigada a compensar aqueles que sofram danos causados pelas locomotivas.”⁴⁴ Na ausência de custos de transação, mesmo que a atividade da ferrovia fosse mais valiosa e juízes decidissem pelo dever de indenizar proprietários vizinhos, a ferrovia poderia negociar e comprar-lhes o “direito de incendiar”. Como se disse anteriormente, a alocação inicial de direitos não importa para o cenário de ausência de custos de transação: a livre barganha entre as partes conduzirá ao resultado economicamente mais eficiente. “O problema consiste em ser ou não desejável tornar a ferrovia responsável por danos em condições nas quais seja muito caro para que tais barganhas ocorram.”⁴⁵ Nessa situação, Coase sugere que os juízes devam decidir pelo direito de a ferrovia causar danos aos proprietários vizinhos: “do ponto de vista econômico, a situação em que exista ‘danos não compensados às matas vizinhas de faíscas oriundas de locomotivas’ não é necessariamente indesejável.”⁴⁶ O critério empregado é a análise de custo-benefício. A decisão judicial deve validar as atividades econômicas em que “o que é ganho vale mais do que aquilo que é perdido”⁴⁷ – já que este seria o resultado atingido, afinal, pela ocorrência desimpedida de transações nos mercados.

Portanto, para Coase, havendo alguma ação econômica que cause malefícios a alguém, ela pode permanecer defensável sob o argumento de que os recursos “usados” pela mesma ação devem passar a ser considerados como

43 Ver FRIEDMAN, Law’s order: what economics has to do with law and why it matters, p. 39.

44 COASE, The problem of social cost, p. 31.

45 Ibid.

46 COASE, Law and economics at Chicago, p. 34.

47 COASE, The problem of social cost, p. 44.

parte de seus “custos” econômicos – sem que a ação seja atribuída qualquer conotação de ilicitude. Uma consequência disso é que as condutas percebidas por alguns como causadoras de inaceitáveis malefícios, e que podem ser caracterizadas juridicamente como “ofensa a um direito subjetivo”, passam a ser justificáveis economicamente. E, sendo aplicadas genericamente à análise jurídica, como defendem os adeptos da AED ao estilo de Chicago, as condutas vistas como injuriosas sob o prisma jurídico convencional passam a ser consideradas como juridicamente válidas, se forem economicamente justificáveis.⁴⁸

As contribuições de Coase demonstraram ser possível empregar critérios econômicos para avaliar instituições nos mais variados domínios do direito. Antes, o procedimento de avaliar instituições jurídicas com base na economia já era aplicado a áreas do direito com tonalidades econômicas mais evidentes, como o direito antitruste. Era o que ocorria na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago que, em decorrência da existência do projeto interdisciplinar de direito antitruste, passou a contar com economistas como integrantes de seu corpo docente.

3. AED em expansão: do nicho antitruste em Chicago à AED abrangente e influente

Em Chicago, o primeiro economista contratado pela Faculdade de Direito foi Henry Simons. Sua inserção é sugestiva da influência de Hayek e da *Mont-Pèlerin Society* (MPS) dentro da Escola de Chicago⁴⁹, uma marca inicial de sua orientação *pró-mercados*. São várias as ligações: Simons (i) havia participado do encontro fundacional da MPS, apesar de não ter se tornado um membro; (ii) havia ajudado a publicar nos Estados Unidos, em 1944, uma edição do *The road to serfdom*, de Hayek, pela Universidade de Chicago;⁵⁰ e (iii) recebeu apoio financeiro do Volker Fund⁵¹, que impulsionou sua carreira na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, contribuindo para que saísse de uma “posição marginal” rumo ao “centro de gravidade”⁵². Outro aspecto peculiar de convergência consiste em que, quando a MPS foi formalmente constituída como entidade sem fins lucrativos, sua sede foi “formalmente registrada como situada na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.”⁵³ Para além de Simons, as conexões entre o que viria a ser a AED ao estilo de Chicago e o projeto da MPS (comumente referido como “neoliberalismo”) são fortalecidas pelo fato de que muitos dos expoentes da primeira foram também membros da segunda – e alguns,

48 CASTRO, Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia, p. 208–9.

49 Coase avalia que Hayek não só desempenhou papel crucial na formação da Mont-Pèlerin Society mas também “nos eventos que conduziram à formação do programa de Análise Econômica do Direito [Law and Economics] na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.” COASE, Law and economics at Chicago, p. 246.

50 Ibid., p. 245; TELES, Steven M., The rise of the conservative legal movement: the battle for the control of the law, Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 91.

51 O Volker Fund era uma fundação presidida por Harold Lunhow, membro da MPS e “estridente conservador anti-New Deal”. A fundação era voltada ao financiamento de projetos que promovessem o “repensar da política liberal na América” VAN HORN, Rob; MIROWSKI, Philip, The rise of the Chicago School of Economics and the birth of neoliberalism, in: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Orgs.), The road from Mont-Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 141. Entre as contribuições do Volker Fund estão o pagamento de passagens aéreas para que acadêmicos norte-americanos atendessem aos encontros da MPS; o financiamento do tour de Hayek pelos Estados Unidos em 1946; o apoio financeiro a Henry Simons e a Aaron Director na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, concessão de bolsas de estudos, entre outros Ver Ibid., p. 150–9; TELES, The rise of the conservative legal movement: the battle for the control of the law, p. 93–5; COASE, Law and economics at Chicago, p. 243.

52 VAN HORN; MIROWSKI, The rise of the Chicago School of Economics and the birth of neoliberalism, p. 143.

53 Ibid., p. 159.

até mesmo seus presidentes⁵⁴ –, como Ronald Coase, Richard Posner, James Buchanan e Gary Becker.

Hayek e Simons articularam, juntos, a contratação de Aaron Director pela Faculdade de Direito de Chicago, e obtiveram do Volker Fund o apoio financeiro para concretizá-la. O Volker Fund, nesse sentido, arcou com parte da remuneração de Director durante sua carreira em Chicago. Além de assumir o lugar de Simons nas aulas de direito antitruste, Director recebeu de Hayek a incumbência de conduzir projeto intitulado *A free market study*, “um estudo da moldura jurídica e institucional para um sistema competitivo efetivo”⁵⁵. O estudo não chegou a ser concluído⁵⁶. O primeiro deles foi o envolvimento na criação do *Journal of Law and Economics*⁵⁷. O segundo foi a persuasão de diversos estudantes de direito a respeito dos méritos do uso do instrumental econômico para analisar instituições jurídicas, como narra Ronald Coase:

Inicialmente, Director lecionou o curso de Análise Econômica e Políticas Públicas, essencialmente um curso de teoria dos preços, mas depois ele foi convidado por Edward Levi para colaborar no curso de antitruste. Depois de uma tentativa de lecionarem conjuntamente, decidiram dividir as lições em quatro dias para Levi e um para Director. O que ocorreu foi descrito por alguns que fizeram o curso. Wesley Leiberler disse isso: “Por quatro dias a cada semana, Ed Levi abordaria o direito e utilizaria técnicas tradicionais do raciocínio jurídico para relacionar os casos uns com os outros, e criar uma síntese do tipo com que juristas estão acostumados para explicar e racionalizar os casos. Era um feito considerável. Por quatro dias, Ed faria isso, e por um dia a cada semana, Aaron Director nos diria que tudo o que Levi havia nos falado nos quatro dias precedentes era bobagem. *Ele usava análise econômica para mostrar-nos que a análise jurídica simplesmente não se sustentava.*” [...] *Dali em diante, a superioridade da análise econômica do direito, ao menos na área de antitruste, tornou-se firmemente estabelecida na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.*⁵⁸

Outros importantes economistas contratados pela Faculdade de Direito foram o próprio Ronald Coase, em 1964, e Gary Becker, em 1968⁵⁹. Coase assumiu a editoria do *Journal of Law and Economics* conjuntamente com Director. Como se viu, a importância fundamental de Coase residiu na expansão inovadora da análise econômica – para além do antitruste – a áreas do direito que até então não eram percebidas como tendo interdisciplinaridade evidente com a economia, tal como a responsabilidade civil. A importância de Gary Becker reside no aprofundamento desse projeto a

54 Ver PLEHWE, Dieter, Introduction, in: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Orgs.), *The road from Mont-Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 8.

55 COASE, Law and economics at Chicago, p. 246; Ver ainda VAN HORN, Rob, *Reinventing monopoly and the role of corporations: the roots of Chicago law and economics*, in: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Orgs.), *The road from Mont-Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 204–37.

56 VAN HORN, *Reinventing monopoly and the role of corporations: the roots of Chicago law and economics*, p. 213.

57 MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., *Economics and the law: from Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 53. Até a publicação do artigo de Coase em 1960, o *Journal of Law and Economics* havia focalizado questões de direito antitruste. Ver POSNER, *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*, p. 1.

58 COASE, Law and economics at Chicago, p. 247- acrescentou-se ênfase.

59 Ver TELES, *The rise of the conservative legal movement: the battle for the control of the law*, p. 96–8.

áreas inexploradas, como a análise econômica da discriminação racial, das relações de família e do crime⁶⁰.

O projeto de expansão da análise econômica às mais diversas áreas do direito consolidou-se com a publicação de *The economic analysis of law*, de Richard Posner, em 1973. Esta foi a “obra que, por assim dizer, ‘codificou’ esse estilo da análise jurídica, desenvolvido com a intenção de adotar pressupostos microeconômicos para o processo de determinação das ‘formas’ da *jurisprudência*.”⁶¹ “Ao passo que o trabalho de Director e Coase ajudou a estabelecer a análise econômica do direito (*law and economics*) como um campo respeitável, foi a ascensão de Richard Posner que a tornou um fenômeno acadêmico de primeira grandeza.”⁶²

Posner – contratado pela Faculdade de Direito de Chicago em 1969⁶³ – encarava a AED como fonte de “ferramentas analíticas muito mais afiadas para lidar com o direito do que o vocabulário jurídico padrão”. A nova aplicação desse ferramental era orientada por certa inclinação político-econômica específica. Nas palavras de Posner, “nos anos 1970 eu era bastante conservador, então certamente parte do meu interesse na [AED] era um esforço de reformar o direito e tornar o direito antitruste mais econômico e menos político”. O mesmo se pode dizer em relação às outras áreas do direito. Mais à frente, Posner complementa: “era, é claro, uma reação à regulação excessiva (*overregulation*)”⁶⁴. Certos aspectos do pensamento de Posner serão destacados adiante (seção 4).

Mesmo as contribuições intelectuais mais visíveis da Escola de Chicago, tais como a de Posner, não respondem sozinhas pelo crescimento e influência da AED. Em *The rise of the conservative legal movement*, Stephen Teles vincula a ascensão da AED às suas convergências com o projeto político de grupos conservadores. Nos anos 1970, apesar de sua proeminência política, grupos conservadores (isto é, favoráveis ao livre mercado, autonomia privada e governo limitado, contra medidas de redistribuição de renda etc.), “sentiam-se como estrangeiros nas divisões de elite da academia jurídica”⁶⁵, bem como no judiciário e no meio advocatício. A orientação da AED para a eficiência econômica e os desdobramentos intelectuais do teorema de Coase resultavam na promoção de “soluções de mercado” para problemas de políticas públicas, o que tornava a AED

atraente para corporações que reconheciam que o crescimento da regulação federal não era um mito. Quer o apelo fosse ao antitruste, que atingia em cheio os interesses de grandes corporações, ou à nova “regulação social” do início dos anos 1970, a regulação era inescapável, crescente, e conectada a uma estrutura poderosa de suporte nas universidades.⁶⁶

Como decorrência dessas afinidades, o movimento da AED recebeu “suporte financeiro substancial de corporações e fundações, de uma maneira que nenhum outro movimento jurídico

60 HARRIS, The uses of history in law and economics, p. 663; Ver ainda MERCURO; MEDEMA, Economics and the law: from Posner to Post-Modernism, p. 56.

61 CASTRO, Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia, p. 207.

62 TELES, The rise of the conservative legal movement: the battle for the control of the law, p. 96; Ver ainda COASE, Law and economics at Chicago, p. 254.

63 TELES, The rise of the conservative legal movement: the battle for the control of the law, p. 98.

64 Posner apud Ibid.

65 Ibid., p. 278.

66 Ibid., p. 116.

conservador o foi.”⁶⁷ Uma dessas fundações de apoio à difusão de ideias *pró-mercado* já foi mencionada anteriormente: o Volker Fund⁶⁸. Outras relevantes fontes de recursos foram o Liberty Fund e a Olin Foundation.

O Liberty Fund apoiou o projeto de Henry Manne de expandir a “audiência para a produção acadêmica da análise econômica do direito tanto na academia quanto no judiciário.”⁶⁹ Da década de 1970 em diante, Manne iniciou a realização de cursos intensivos de introdução à microeconomia, inicialmente voltados a professores de direito⁷⁰. Num segundo momento, o curso contou com uma versão dirigida a magistrados do judiciário federal norte-americano. “Os atrativos do programa, especialmente antes de ter obtido uma reputação entre juízes federais, eram seu preço (gratuito), acomodações de luxo [...] e instrutores de alta qualidade, como Milton Friedman, Paul Samuelson [etc.]”⁷¹ Nos anos 1990, os cursos de Manne haviam coberto 40% dos juízes federais e 67% dos membros de cortes federais de apelação nos Estados Unidos⁷². O Liberty Fund também apoiou projetos de Manne para realização de conferências e a criação de institutos de AED em pontos variados dos Estados Unidos, bem como a concessão de bolsas a economistas que buscassem titulação adicional em direito⁷³.

Os institutos de Manne para professores de direito equiparam um número considerável de acadêmicos jurídicos com as técnicas necessárias para aplicar a análise econômica do direito ao campo, e aumentaram a receptividade da profissão aos *insights* desses acadêmicos. Ao mesmo tempo, os programas de Manne para juízes federais garantiram que muitos membros da associação federal de advogados e juízes [*members of the federal bar*] pudessem entender os conceitos que esses professores estavam desenvolvendo, o que significava que as cortes não teriam que esperar por uma geração completamente nova de juízes para absorver essas novas teorias.⁷⁴

Por sua vez, a Olin Foundation orientou seus investimentos ao posicionamento estratégico da AED em escolas jurídicas de elite nos Estados Unidos e, em certos casos – como o da Universidade de Toronto – também no exterior, com base na noção de que o restante da academia pautaria sua produção pelo que ocorre nas grandes faculdades, inclusive em termos de configuração do currículo acadêmico⁷⁵. Dessa forma, dirigiu seus investimentos para a realização de conferências, concessão de bolsas e apoio a projetos de pesquisa em instituições como Harvard, Yale, Chicago, Stanford, Columbia e outras⁷⁶. “Ao apoiar a análise econômica do direito, a fundação esperava estabelecer uma ‘posição firme’ (*foothold*) para conservadores em escolas de direito, e fornecer um ‘contrapeso’ contra os liberais.”⁷⁷ O ocorrido em Harvard exemplifica essa orientação estratégica de apoio a AED como parte de um projeto de

67 Ibid., p. 218.

68 Ibid., p. 93.

69 Ibid., p. 101.

70 Ibid., p. 105.

71 Ibid., p. 112.

72 Ibid., p. 113.

73 Ibid., p. 109.

74 Ibid., p. 133.

75 Ibid., p. 202.

76 Ibid., p. 200–3.

77 Ibid., p. 206. O sentido da expressão “liberais”, aqui, deve ser entendido no contexto da política dos Estados Unidos, ou seja, como referência à inclinação política que favorece maior presença do Estado na economia, maior preocupação com *welfare* social e medidas redistributivas etc.

redirecionamento ideológico da escola de direito e derrota de sua facção mais dinâmica, o *critical legal studies* (CLS). [...] Na mente desses conservadores, a análise econômica do direito era o único movimento capaz de prover uma alternativa intelectualmente respeitável, e a fundação aplicou milhões de dólares em seu apoio.⁷⁸

Os elementos levantados ao longo desta seção permitem perceber que a AED ao estilo de Chicago tem com a sensibilidade econômica comumente referida como “neoliberalismo” não só afinidades intelectuais, como também conexões práticas. Algumas conexões são de ordem organizacional ou mesmo pessoal, como contatos e sobreposições entre partidários da Escola de Chicago e o espaço intelectual transnacional da MPS, encabeçada por Hayek. Outras conexões são de ordem financeira. O Volker Fund é um elo entre a MPS e Chicago. Outras fundações de orientação conservadora, como o Liberty Fund e a Olin Foundation, operaram “em sinergia” com esse projeto.

Por mais que esses elementos “práticos” revelem a força das conexões, as sobreposições intelectuais não devem ser desprezadas. Tanto a AED como os economistas alinhados ao paradigma comumente referido como “neoliberal” compartilham o viés *pró-mercados* e a aversão à intervenção estatal e em particular às medidas de redistribuição de renda. Além disso, ambos privilegiam o uso da microeconomia neoclássica como método de análise. Como resultado, não é surpreendente que as recomendações feitas pelos dois grupos sejam convergentes, dado que as ferramentas analíticas de base e suas orientações políticas são essencialmente as mesmas. Uma diferença, porém, reside no fato de que, na década de 1970, os economistas ainda encaravam “instituições” como pressupostos de sua análise, ao passo que a AED já as havia “internalizado”, considerando os formatos assumidos pelas instituições jurídicas como relevantes para a eficiência econômica e, portanto, para o crescimento econômico.

4. Principais características e teses da AED ao estilo de Chicago.

As formulações da AED encontram-se permeadas pelo raciocínio de que instituições jurídicas guardam relação com o desempenho econômico. Nesse sentido, modulações nas normas e procedimentos jurídicos afetam a estrutura de incentivos dos indivíduos, ocasionando mudanças de comportamento e, em última análise, trazendo impactos para as atividades econômicas⁷⁹.

Valendo-se dessa lógica, praticantes da AED conseguem identificar “uma ‘estrutura profunda’ do direito que exhibe considerável coerência”⁸⁰. Essa coerência é dada por um elemento de ligação específico, capaz de conectar normas nos mais diferentes campos do direito. Trata-se do emprego da *teoria dos preços*, derivada da microeconomia neoclássica. A AED analisa instituições jurídicas em função das sinalizações de preços que emitem, e que se refletem no comportamento dos indivíduos. Na base desse uso encontram-se os pressupostos de que “o homem é um maximizador racional”⁸¹ de utilidade em *todas* as áreas da vida, não só em assuntos “econômicos” e de que “as pessoas respondem a incentivos”⁸². Em outros termos, diferentes áreas do direito

78 Ibid., p. 191.

79 MERCURO; MEDEMA, Economics and the law: from Posner to Post-Modernism, p. 22.

80 POSNER, Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, p. 5–6.

81 “Racionalidade significa [...] a disposição de escolher, consciente ou inconscientemente, um meio apto a atingir quaisquer objetivos que o formulador da escolha tenha em vista. [...] Ela não pressupõe consciência, e certamente não pressupõe onisciência.” POSNER, Richard A., Economic analysis of law, 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 17.

82 Ibid., p. 4.

tornam-se intercambiáveis sob o olhar da AED em razão de sua adoção dos seguintes pressupostos⁸³:

(1) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em seu comportamento fora e dentro dos mercados; (2) os indivíduos respondem aos incentivos de preços em seu comportamento fora e dentro dos mercados; e (3) regras jurídicas e resultados jurídicos podem ser avaliados com base em suas propriedades de eficiência, junto com a qual vem a prescrição normativa de que as decisões jurídicas devam promover a eficiência.⁸⁴

Apesar de partir do indivíduo como unidade de análise, a AED, ao menos na tradição de Posner, não se ocupa de estudar o comportamento empírico dos indivíduos, ou seja, ele é “presumido ao invés de estudado.”⁸⁵ Os “preços”, outro elemento central para a análise proposta nessa tradição (afinal, são as sinalizações de preços que representam incentivos ao comportamento individual), são também frequentemente supostos em vez de empiricamente aferidos. É comum, nesse sentido, encontrar, nas publicações que aplicam a AED, preços hipoteticamente “lançados”, a partir dos quais argumentos são ilustrados. O emprego de suposições aritméticas é um procedimento de que Ronald Coase se valeu bastante, não sendo surpreendente que Posner, assim como outros praticantes da AED ao estilo de Chicago, tenham acompanhado essa tradição de emprego de modelos abstratos para versar a análise sobre instituições jurídicas⁸⁶.

Valendo-se da teoria dos preços, a AED consegue unir as diferentes áreas do direito sob uma só racionalidade econômica, abrangendo mesmo áreas que comumente não eram associadas ao sentido comum dos negócios. Esse é o caso do direito penal, que, “apesar de geralmente considerado o domínio *par excellence* da moral ao invés do pensamento econômico em direito, tem uma lógica econômica impressionante.”⁸⁷ As sanções penais são encaradas como “custos” para os autores de crimes e contravenções, vistos como indivíduos que procedem a análises de custo-benefício realizando ponderação entre, de um lado, a utilidade a obter com o crime em caso de sucesso e, de outro, as chances de detecção e punição, a severidade das penas aplicáveis, e os custos para condução do ilícito (que podem ir desde os custos associados à obtenção de uma arma até os *custos de oportunidade* envolvidos no tempo investido na prática criminosa, e que poderia ser empregado em outra atividade lícita ou ilícita).

⁸³ Numa descrição alternativa, mas convergente, Ejan Mackaay desmembra esses mesmos pressupostos em quatro premissas fundamentais: (i) individualismo metodológico; (ii) escolha racional; (iii) preferências estáveis e (iv) o emprego da noção de equilíbrio de mercado. MACKAAY, Schools: general, p. 408–9..

⁸⁴ MERCURO; MEDEMA, Economics and the law: from Posner to Post-Modernism, p. 57.

⁸⁵ HARRIS, The uses of history in law and economics, p. 665. Evidentemente, há exceções, como a “análise econômica do crime” realizada por Shikida e Amaral, cuja conclusão, no sentido de que “os criminosos migraram para as atividades ilegais na esperança de que os ganhos esperados superassem os riscos da atividade”, é escorada em dados levantados por meio de questionários aplicados a mais de 500 indivíduos encarcerados no Paraná entre 2000 e 2009. SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do, Análise econômica do crime, in: TIMM, Luciano Benetti (Org.), Direito e economia no Brasil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 316. Ver ainda: SHIKIDA, Pery Francisco Assis; NICKEL, Helena. Circunstâncias socioeconômicas da prática ilícita para apenados por prestação de serviços e/ou pecuniária: um estudo de caso em Foz do Iguaçu (Paraná). Economic Analysis of Law Review, v. 13, n. 2, p. 3–22, 2022.

⁸⁶ “Mesmo que a AED esteja também atravessada por concepções concorrentes das ciências econômicas, o modelo padrão de economia, particularmente na sua versão de Chicago, continua a ser o modelo de referência mais partilhado. Esse modelo não é o mais visivelmente empírico.” MILLARD; HEINEN, A Análise Econômica do Direito: um olhar empirista crítico, p. 281.

⁸⁷ POSNER, Richard A., An economic theory of the criminal law, Columbia Law Review, v. 85, n. 6, p. 1193–231, 1985, p. 1230.

Esse tipo de visão produz concepções do criminoso “como um ‘empresário’ [...], um agente que irá organizar a sua produção, reunindo os fatores de produção disponíveis, assumindo os riscos inerentes à atividade criminal”⁸⁸; e permite a afirmação do “setor criminal como o empregador, de fato, de última instância”⁸⁹. Produz, também, consequências em termos de política criminal, balizadas pela ideia de um *nível ótimo* de crime.

Este é identificado como o *ponto de equilíbrio* que minimiza as perdas sociais decorrentes de atividades criminosas. As “perdas sociais” existem não só em função dos danos provocados pelo crime, como também dos custos de detecção, apreensão, condenação e execução das penas⁹⁰. Decorre dessa ideia a noção de que investimentos adicionais na repressão do crime, mas que superem em custos o valor dos danos causados pela atividade criminosa, serão ineficientes. Portanto, “as políticas ótimas de combate ao comportamento ilícito são parte da alocação ótima de recursos.”⁹¹

A mesma lógica fundamental de modulação das sinalizações de preços em busca da eficiência econômica – maximização de riqueza ou “alocação ótima de recursos” – pode ser encontrada em análises que abrangem outras áreas do direito⁹².

A compreensão de certas propostas, teses e contornos da AED, sobretudo a partir de Posner, contribuirá para explicitar outros pontos característicos da abordagem. Quatro aspectos serão ressaltados com esse fim: (i) o lugar da eficiência em relação ao direito (subseção 4.1); (ii) a tese da eficiência do *common law* (4.2); (iii) o emprego da “hipótese dos mercados eficientes” (4.3) e (iv) a marginalização ou exclusão de propósitos redistributivos para políticas públicas (4.4).

4.1. O lugar da eficiência em relação às instituições jurídicas

Uma das propostas mais significativas da AED é a de que as instituições jurídicas devam ser configuradas de modo a favorecer a eficiência econômica. Para Posner, eficiência significa *maximização de riqueza*, ou “aquela alocação de recursos em que o valor é maximizado”⁹³.

Essa proposta incorpora a tese de que as normas jurídicas conduzem à eficiência econômica quando induzem trocas voluntárias, desimpedidas, porque estas levam ao uso mais apreciado dos recursos econômicos escassos: “[q]uando os recursos estão sendo empregados onde seu valor é maior, ou de modo equivalente, quando nenhuma realocação aumentaria seu valor, dizemos que estão sendo empregados eficientemente.”⁹⁴ Pode-se perceber que a noção de eficiência está ligada à alocação “ótima” de recursos, na qual nenhuma realocação superior é possível.

Por trás dessa noção há a discussão dos critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks. Pelo critério de Pareto, uma situação ou equilíbrio⁹⁵ é eficiente quando não for possível promover

88 SHIKIDA; AMARAL, Análise econômica do crime, p. 297.

89 POSNER, Economic analysis of law, p. 476.

90 BECKER, Gary S., Crime and punishment: an economic approach, NBER Essays in the economics of crime and punishment, 1974, p. 43.

91 Ibid., p. 45.

92 Ver TIMM, Luciano Benetti, Direito e economia no Brasil., São Paulo: Atlas, 2012.

93 POSNER, Economic analysis of law, p. 11.

94 Ibid., p. 10.

95 “‘Equilíbrio’ significa o ponto estável, ou seja, o ponto em que, a não ser que as condições de demanda ou oferta mudem, não há incentivo para que os vendedores alterem preços ou quantidades produzidas.” Ibid., p. 8. Ivo Gico Jr. relaciona a noção de equilíbrio à autonomia da vontade e à eficiência: “Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. [...] Como o equilíbrio decorre da livre

uma realocação de recursos sem prejudicar ao menos um indivíduo. Ou seja, qualquer melhoria para uns implicaria perda para outros. Dessa forma, ainda que a mudança econômica aumentasse o bem-estar total da sociedade, ela não seria considerada eficiente caso representasse perda para um indivíduo. Trata-se de concepção essencialmente protetora do *status quo*. Posner considera que o critério de superioridade de Pareto tem pouca aplicabilidade no mundo real, porque a maior parte das transações têm efeitos sobre terceiros⁹⁶.

O critério de eficiência de Kaldor-Hicks contorna o problema da exigência de que ninguém fique em situação pior a partir de certa mudança de equilíbrio. É um conceito “menos austero de eficiência”, segundo o qual a eficiência econômica ainda existe quando a realocação de recursos promove o aumento de riqueza e os “ganhadores podem compensar os perdedores, quer o façam mesmo ou não.”⁹⁷ Em outros termos, as normas jurídicas devem criar uma estrutura de incentivos que favoreçam a maximização de riqueza. Ainda que alguns grupos sejam adversamente afetados, uma tal estrutura permanece válida pela comparação dos custos ou perdas sofridas por esses grupos com os benefícios ou ganhos obtidos por outros, ou seja, por uma análise de custo-benefício.

A AED privilegia, como já foi possível observar, a noção de que a eficiência (como maximização de riqueza) é melhor promovida pela esfera privada, não pela iniciativa pública. Nesse sentido, o emprego desta noção é a chave para “desmontar” instituições jurídicas que confirmam ao Estado papéis ativos no cenário econômico, quer no formato de sua participação como “empresário” (em setores como energia, recursos naturais, transportes, comunicações etc.), quer segundo propósitos redistributivos (ponto abordado na subseção 4.4). O Estado é encarado como provedor do ambiente institucional que favoreça baixos custos de transação, e sua atuação, quando necessária (como ocorre com a tributação), não deve ultrapassar pontos “ótimos” de equilíbrio.

Posner trabalhou a *eficiência* como critério ético para “distinguir regras justas de injustas”⁹⁸, o que equivale a dizer que a equiparou – ao menos em uma primeira fase, que Bruno Salama apelida de “fundacional” – à própria *justiça*. Este traço remete à citação empregada na abertura desta seção, de David Director Friedman, que afirmava o propósito de ignorar, deliberadamente, questões de justiça ao longo de seu livro. Isto porque, para ele, “há uma surpreendente correspondência entre justiça e eficiência.”⁹⁹ O mesmo parece poder ser dito de Posner¹⁰⁰.

interação dos agentes até que todas as possibilidades de trocas benéficas se esgotem, diz-se que um mercado em equilíbrio tem uma propriedade socialmente valiosa: o seu resultado eliminou todos os desperdícios, ou seja, é eficiente.” GICO JR., Introdução ao direito e economia, p. 12.

96 POSNER, *Economic analysis of law*, p. 13.

97 Ibid.

98 SALAMA, O que é pesquisa em direito e economia?, p. 28.

99 FRIEDMAN, *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*, p. 22.

100 Em sentido contrário: “Posner (2003) não defende, segundo o lemos, uma substituição a seco dos conceitos de “justo” ou de “bom”, pelos conceitos de “útil” e de “eficiente”. Em sua proposta, a “ideia de justiça” não dá lugar a outra noção, ela simplesmente não cabe no corpo teórico atual da microeconomia aplicada à AED. Não faz sentido para um economista a preocupação com os valores de “bom” ou “justo” porque eles são dados pelo agente. É o agente – repita-se – quem elegerá a utilidade a ser perseguida, contando com a Economia (e com a AED) para dizer da eficiência econômica dos meios empregados para esse fim.” WYKROTA, Leonardo Martins; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, André Matos de Almeida, Considerações sobre a AED de Richard Posner, seus antagonismos e críticas, *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 1, p. 303–318, 2018. Note-se, porém, que essa última passagem não faz o enquadramento do problema da equiparação entre justiça e eficiência do mesmo modo que os precedentes: a questão já não é mais a equiparação para o *jurista*, mas, no último caso, desde o ponto de vista do *economista*. De

Numa segunda fase, após sofrer pesadas críticas, Posner passou a apresentar o argumento de eficiência numa versão que Salama¹⁰¹ chama de “pragmática”. Nesse sentido, Posner haveria descartado tanto o emprego da eficiência como “critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade.”¹⁰² O direito – como a eficiência – passaram a ser apresentados como meios para fins sociais apreciados. A seguinte fala de Posner, na sexta edição de seu tratado, exemplifica o novo uso da eficiência como maximização de riqueza:

o que a riqueza torna possível – não somente ou principalmente bens voluptuários, mas também lazer, conforto, medicina moderna, e oportunidades de autoexpressão e autorrealização – são componentes importantes da felicidade da maior parte das pessoas, então a maximização da riqueza é instrumental à maximização da utilidade.¹⁰³

A conversão da versão “fundacional” à versão “pragmática” a respeito da posição da eficiência parece, no entanto, ter sido muito mais uma concessão à crítica do que uma reorientação concreta na produção da AED. Isso porque Posner e os praticantes da AED ao estilo de Chicago, ainda que tenham aceitado limitações à equiparação entre eficiência e justiça, continuaram, na prática, a empregar a eficiência como critério de validação ou rejeição das normas jurídicas. Assim, por exemplo, Salama observa que o “desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável. Há, portanto, algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça.”¹⁰⁴ Da mesma forma, Ivo Gico Jr. afirma que:

toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.¹⁰⁵

Extrai-se a conclusão de que, em Posner, a eficiência (maximização de riqueza) foi inicialmente apresentada como critério *igualável* à própria noção de justiça, posição subsequentemente atenuada pela afirmação de que a eficiência poderia ser considerada um meio para outros fins, ao invés de fim em si mesma. Quer igualada à justiça, quer não, a eficiência permanece, para a AED, como crivo para a avaliação das instituições jurídicas. Cumpre apontar, em vista do exposto na seção 2, que a noção de que a eficiência, na visão da AED ao estilo de Chicago, é favorecida pela existência de instituições que reduzam custos de transação, sendo esta uma incorporação das lições de Ronald Coase.

4.2. A tese da eficiência do *common law*

toda forma, o reenquadramento é coerente com a posição instrumental que o direito assume perante a economia na abordagem da AED.

101 SALAMA, O que é pesquisa em direito e economia?, p. 31–2.

102 Ibid., p. 32; Ver ainda a citação de Posner em WYKROTA; CRUZ; OLIVEIRA, Considerações sobre a AED de Richard Posner, seus antagonismos e críticas, p. 316.

103 POSNER, Economic analysis of law, p. 16.

104 Salama questiona-se, no entanto: “Mas até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça? Até que ponto o Direito, enquanto ‘ciência normativa’, deve integrar cálculos de custo e benefício?” SALAMA, O que é pesquisa em direito e economia?, p. 26. Tal questionamento decorre da proposta do autor de que “a análise dos incentivos postos pela legislação é onde começa a discussão do justo; não onde ela acaba. A questão não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão da eficiência na discussão do justo.” Ibid., p. 7. Apesar de tais ressalvas, aplicações práticas da AED, como ilustradas adiante, permanecem no emprego da eficiência como ponto central para a crítica das instituições jurídicas e para a elaboração das propostas de reforma.

105 GICO JR., Introdução ao direito e economia, p. 28.

Em *The problem of social cost*, Ronald Coase, a partir da análise de diversos julgados britânicos e norte-americanos do século XIX, havia proposto que os juízes do *common law* decidiam segundo a racionalidade econômica da *eficiência* ainda que não se valessem explicitamente de critérios econômicos para balizar suas decisões. Essa é a tese de que o *common law*, sobretudo por ser uma moldura jurídica favorecedora de transações voluntárias – e são justamente estas que o teorema de Coase aprecia –, é mais propenso a promover a eficiência econômica do que o direito estatutário ou legislado, como é o caso dos sistemas de *civil law*¹⁰⁶. Posner, assim como os partidários da AED ao estilo de Chicago, acompanha essa tese:

A teoria é de que o *common law* é melhor (mas não perfeitamente) explicado como um sistema para a maximização da riqueza na sociedade. O direito estatutário ou constitucional, como campos distintos do *common law*, são menos propensos a promover a eficiência.¹⁰⁷

Uma das implicações dessa tese – na qual é possível notar a presença de matizes *antirredistributivos*¹⁰⁸ – é:

servir como barreira ideológica à promoção geral do direito estatutário – mais especificamente, como barreira à aprovação de leis. [...] Sempre que o mercado falhar em prover uma alocação eficiente de recursos em razão de externalidades ou outra falha de mercado qualquer, pode-se contar com o *common law* e atribuição de medidas reparatórias [*damage measures*] [...] para dar ao mercado um ligeiro empurrão [*a gentle nudge*] na direção do bem-estar social máximo.¹⁰⁹

Referido elemento guarda ligação com os aspectos trazidos nas subseções 4.3 e 4.4, a seguir

4.3. AED e a “hipótese dos mercados eficientes”

O emprego da “hipótese dos mercados eficientes” pela AED guarda coerência com a tese da eficiência do *common law* quando se considera que ambas privilegiam instituições jurídicas de desestímulo à intervenção e à regulação direta do Estado em relação aos mercados. Em linha com a aplicação abrangente que a AED faz da teoria dos preços, pode-se dizer: no fundo, a recomendação de ambas é a de que o Estado evite influenciar a operação do mecanismo de preços, ou seja, “contaminar” suas sinalizações.

De acordo com Posner, a livre operação dos mercados é o modo mais eficiente de fazer com que os recursos sejam empregados no seu uso mais valorizado. De modo diferente, quando o Estado se propõe a intervir ou regular além do “ponto ótimo”, os resultados são negativos. Assim, por exemplo, “controles de preços levam a filas, mercados negros e desabastecimento; a

106 FRIEDMAN, David Director. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 110. Na leitura de James Buchanan, o livro fundamental de Posner contém uma “teoria normativa”, qual seja, a sugestão de que “o *common law*, do modo como se desenvolveu, tem sido ao menos indiretamente guiado pelo critério de eficiência dos economistas ortodoxos.” Essa tese normativa contém a implicação de que “o *common law* feito por juizes é superior à legislação, às decisões que emergem das atividades de representantes políticos.” BUCHANAN, Good economics – bad law, p. 488.

107 POSNER, *Economic analysis of law*, p. 25.

108 Para Posner, o *common law* subordina considerações distributivas às considerações de eficiência Ibid., p. 532.

109 MERCURO; MEDEMA, *Economics and the law: from Posner to Post-Modernism*, p. 66.

competição e o livre comércio promovem a produtividade, e a propriedade privada encoraja o investimento.”¹¹⁰

A “hipótese dos mercados eficientes”¹¹¹ parece, porém, ter sido concebida especificamente para lidar com mercados financeiros¹¹². A partir dela, a AED deriva recomendações antirregulação.

Para Posner, a regulação dos ativos financeiros “teve suas origens, em parte, numa concepção equivocada a respeito da grande depressão dos anos 1930.” Assim, a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 teria sido “menos o resultado de abusos nos mercados de ativos financeiros do que uma antecipação da depressão”¹¹³. Há, aqui, a sugestão de que os mercados se antecipam à regulação, frustrando-a. “Se isso é correto, tem-se o direito de ser cético sobre aspectos da regulação de ativos financeiros que são concebidos para prevenir outra crise ao estilo de 1929.” No fundo, a base para sustentar a desnecessidade de regulação estatal dos mercados financeiros – ou seja, para dizer que esta é uma área que não deve ser atingida por instituições jurídicas que tragam conteúdos oriundos de políticas públicas – é a crença de que a informação gerada pelos mercados traduz-se em sinalizações de preços, e que isso é o suficiente para pautar o comportamento dos agentes envolvidos: “[o]s mercados de capital são competitivos, e mercados competitivos geram informação sobre os produtos vendidos.”¹¹⁴

Cabe ressaltar que, como reação à crise de 2008, Posner publicou o livro *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*. Nesta obra, Posner atribuiu a ocorrência da nova depressão econômica à “confluência de dois perigosos fatores: baixas taxas de juros no início dos anos 2000 e o movimento de desregulamentação, que começou em 1970.” No que diz respeito a esse último aspecto, considerou que “a desregulamentação financeira acabou por fazer com que os bancos assumissem riscos excessivos e o grande entrelaçamento da indústria financeira fez com que, quando um banco faliu, todo o sistema financeiro também veio abaixo.”¹¹⁵ Nesse sentido, deve-se considerar que Posner acabou por rejeitar a “hipótese dos mercados eficientes”, favorecida por seus escritos desde a década de 1970.

4.4. AED e a “hipótese dos mercados eficientes”

A noção de eficiência como justiça, empregada na AED quer em sua versão fundacional (eficiência como justiça), quer na versão pragmática (eficiência como meio para fins sociais diversos), permanece tendo marcado viés de marginalização do aspecto da equidade econômica. Nesse sentido, a AED privilegia noções de *igualdade formal*, e não de *igualdade substancial*. Essa noção concebe que os indivíduos desfrutem de condições econômicas condizentes com suas escolhas e comportamentos.

110 POSNER, *Economic analysis of law*, p. 18.

111 *Ibid.*, p. 451.

112 Para compreender o papel de apoio à desregulamentação financeira que a hipótese dos mercados eficientes representou no campo jurídico, bem como seu contraponto, representado pela caracterização dos mercados financeiros como inerentemente instáveis, ver MINSKY, Hyman P., *The Financial Instability Hypothesis*, The Joerome Levy Economics Institute Working Paper No. 74, 1992. Ver ainda: PISTOR, Katharina, *On the theoretical foundations for regulating financial markets*, Columbia Public Law Research Paper, v. 12, n. 304, p. 1–66, 2012; VALADARES, Marcio Vidal de Campos, *Direito e economia da regulação financeira: debates recentes*, Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

113 POSNER, *Economic analysis of law*, p. 457.

114 *Ibid.*

115 HEINEN, Luana Renostro, *Reflexões Pós-Assombro: efeitos da crise financeira sobre Richard Posner e os limites de sua posição keynesiana*, *Economic Analysis of Law Review*, v. 4, n. 2, p. 360–76, 2013, p. 366.

A presença desse elemento – o outro lado da moeda da aversão a políticas redistributivas – é ilustrado na seguinte passagem de Posner, em que o autor considera a desigualdade de renda de um ponto de vista essencialmente *privado*, que presume livre mobilidade (livre escolha) dos indivíduos em relação às posições econômicas que ocupam:

Considere uma distribuição simples de quatro rendas: um carpinteiro de 20 anos, que ganha \$20,000; um estudante de 20 anos, que nada ganha; um carpinteiro de 30 anos, que ganha \$30,000, e uma pessoa com ensino superior, que ganha \$40,000. O quadro é de desigualdade substancial, mas pode não haver nenhuma na realidade. A renda zero do estudante representa investimento na educação, que ele recupera ao longo de sua vida de trabalho com salário mais alto. Os \$10,000 extras que ele recebe aos 30 anos, na comparação com o carpinteiro, que trabalhava enquanto o estudante ainda estava na faculdade, pode representar simplesmente o retorno [*repayment*] com juros de parte da contribuição em capital na forma das taxas escolares pagas [*tuition*] e na renda de que ele ou sua família abriram mão em seus anos anteriores de estudante.¹¹⁶

No cenário imaginado por Posner (note-se o emprego de suposições aritméticas na base do raciocínio, como aludido no início da seção 4), os indivíduos obtêm os resultados econômicos de suas decisões privadas. Assim, a menor renda do carpinteiro é justificada como fruto de uma escolha por não investir mais em educação: ausência de oportunidades, outros constrangimentos sobre a renda que impeçam a poupança necessária a investimentos etc. não entram na conta. Como resultado, emerge a sugestão da desnecessidade de políticas públicas desenhadas para corrigir desigualdades de renda.

Para a AED de Posner, a desigualdade de renda não é um problema a ser endereçado *diretamente* pelo direito. O foco deve residir na maximização da riqueza, ou no “crescimento do bolo” em geral, e não na forma como a riqueza é alocada entre os grupos que compõem o todo social. Posner traz, além da justificativa econômica do *trickle down* (redistribuição de renda por gotejamento, ou efeitos indiretos) para a permanência da desigualdade, também considerações políticas a seu respeito: “[a] desigualdade de renda pode ser muito menos importante do que a renda total na manutenção da paz social e da estabilidade política.”¹¹⁷

As críticas da AED a políticas de caráter redistributivo são amplas. Três delas serão ressaltadas, e dizem respeito (i) à divisão de tarefas entre o judiciário e os parlamentos; (ii) à tributação; e (iii) a outras medidas de redistribuição de renda.

Quanto ao primeiro aspecto, partidários da AED frequentemente descrevem o *common law* produzido por juízes como *eficiente*, em linha com as teses de Coase e Posner, e salientam não haver lugar para políticas redistributivas que envolvam o direito privado. Nesse sentido, um autor desta vertente afirma, por exemplo, ser “prudente que juízes, mesmo os juízes igualitários, concentrem-se na maximização do tamanho da torta social [*size of the social pie*] [...] e que deixem às legislaturas a disputa sobre como ela deve ser dividida.”¹¹⁸ Essa linhagem sustenta que a intenção de fazer

116 POSNER, *Economic analysis of law*, p. 469.

117 Ibid., p. 472. Em contraste, para a corrente da AED da escola de New Haven – que não é o *mainstream* –, associada aos nomes de Calabresi e Susan Rose-Ackerman, “questões distributivas permanecem centrais. Falhas de mercado são vistas como mais prevalentes do que na análise econômica do direito de Chicago, e espera-se que a intervenção governamental seja capaz de corrigi-las, embora possa não ser bem-sucedida em todas as circunstâncias.” MACKAAY, *Schools: general*, p. 412. A AED de New Haven e de Chicago, apesar de orientações políticas distintas, compartilham o uso da teoria microeconômica dos preços para escrutinar instituições jurídicas.

118 FRIEDMAN, *Law’s order: what economics has to do with law and why it matters*, p. 298.

redistribuição pelas cortes é frequentemente ineficiente ao ser frustrada pelos chamados “efeitos de segunda ordem”:

Se as cortes persistentemente interpretarem contratos em favor de uma classe específica de litigantes, como locatários em disputa com locadores, por exemplo, ou empregados em disputa com seus patrões, outras características das transações se ajustarão; aluguéis subirão ou salários cairão para acompanhar os termos alterados. É pouco provável que o resultado final beneficie a classe favorecida [pelas decisões judiciais] e pode muito bem prejudicar ambos os lados ao forçá-los a adotar cláusulas menos eficientes do que aquelas que eles teriam pactuado por si sós.¹¹⁹

Políticas redistributivas não devem ser conduzidas, portanto, pela via judicial. No entanto, como visto anteriormente, a tese da eficiência do *common law* tem como implicação o viés contrário à adoção do direito legislado. Assim, a aparente abertura à condução de políticas redistributivas pelo legislativo é, de certo modo, “fechada” quando conjugada com implicação normativa de que se deva evitar modular instituições jurídicas pela via da legislação ou dos estatutos, já que o judiciário é percebido como mais favorável a resguardar a autonomia da vontade privada contra as incursões estatais.

Quanto ao segundo dos aspectos apontados, um caminho possível para realizar políticas de redistribuição de renda é a tributação. A esse respeito, Posner considera que a tributação fortemente progressiva “reduz a eficiência econômica”¹²⁰ ao retirar os incentivos para a acumulação da propriedade, numa manifestação de sua orientação econômica de *supply-side*. O que Posner defende é, de certo modo, o caráter regressivo da tributação: “de fato, os pobres, embora paguem mais tributos (a maior parte indiretos) do que se possa pensar, recebem ainda mais em transferências do que eles pagam em tributos, embora talvez apenas pouco mais.”¹²¹ Assim, faz o argumento de ser coerente que os mais pobres, por serem os usuários mais frequentes de serviços públicos, arquem com carga tributária maior.

Por fim, o último dos aspectos salientados acima é referido a outras formas de redistribuição. Para a AED, a redistribuição não deve ser feita nem pelo judiciário, nem pela via da tributação, dado que ambos os caminhos comprometem a eficiência econômica. Também outras modalidades de políticas de redistribuição de renda estão sujeitas ao veto da eficiência. A educação gratuita, como direito social, é uma das formas de redistribuição indireta de renda. Na passagem abaixo, Posner submete o direito à educação de criança portadora de necessidades especiais à análise de custo-benefício:

Considere a exigência da legislação federal [...] de que toda criança deficiente receba “apropriada educação pública gratuita.” A ideia é dar à criança, às expensas públicas, a educação necessária para maximizar seu aprendizado, qualquer que seja o custo. Se a criança tem severas limitações físicas ou mentais, o custo pode ser astronômico. E o programa não é limitado aos [economicamente] necessitados. Embora se possa argumentar que alguma medida de assistência à educação dos deficientes seja um método de seguro social contra um infortúnio terrível, [...] é obvio que o ponto ótimo dos gastos com a educação de crianças deficientes nem de perto chega ao infinito, embora gastos infinitos possam ser necessários para fazer com que algumas dessas crianças cheguem ao nível das crianças sem deficiências. Questão: qual seria o critério maximizador de eficiência para decidir o quanto gastar com a educação de uma criança deficiente?¹²²

119 Ibid.

120 POSNER, *Economic analysis of law*, p. 473.

121 Ibid., p. 469.

122 Ibid., p. 485.

Posner não traz a resposta de modo explícito (o livro é recheado de questões posicionadas como provocações ao pensamento). A julgar pelo ponto central da obra, uma possível resposta seria a seguinte: os gastos com educação dessas crianças devem ir até o ponto em que igualem, mas não superem, a contribuição (na margem) destas crianças para a riqueza social. Em outros termos, a proposta seria a de que os custos econômicos da medida não ultrapassassem o benefício para o todo social.

5. Considerações finais.

As contribuições de Ronald Coase foram de grande importância como elementos intelectuais de influência mais imediata sobre a AED ao estilo de Chicago. Coase rejeitou a postura comum de economistas de abstrair ou negar a importância de instituições jurídicas em suas análises. Em *The nature of the firm*, de 1937, valorizou a noção de *custos de transação* como elementos que tornava irrealistas as análises econômicas comuns até então. Em *The problem of social cost*, de 1960, a noção de custos de transação é retomada na análise mais específica das *externalidades*, resultando no que viria a ficar conhecido como *teorema de Coase*. O teorema valoriza a ideia de que o problema das externalidades seria melhor resolvido segundo os moldes das negociações privadas num cenário de ausência de custos de transação. Dado que esse cenário não é realista, e o mundo é de fato permeado por custos de transação, Coase então propõe que as decisões jurídicas sobre alocação de direitos e obrigações leve em conta o que seria o resultado de negociações privadas desimpedidas, ou seja, de relações puramente *de mercado*. A configuração eficiente das instituições jurídicas é encarada como aquela que resulta na alocação *ótima*, ou seja, *maximizadora do valor da produção*. Segundo sua proposta, a alocação inicial do *direito de causar danos* importa, num contexto em que há custos de transação. Cabe ressaltar, ainda, a observação de Coase no sentido de que os juízes *do common law* já tendiam a incorporar racionalidades econômicas ao decidir sobre casos de danos a terceiros, mesmo que não o fizessem explicitamente. Ou seja, Coase já sugeria a que as decisões judiciais do *common law* apresentavam tendência à *eficiência*. E, ainda, que os juízes devem decidir de modo a mimetizar a solução que, em hipótese, os mercados confeririam se não houvesse custo de transação: qual seja, a alocação do *direito de causar dano* ao agente econômico cuja atividade implique o patamar mais elevado de *maximização da riqueza*.

As contribuições de Coase tiveram grande influência sobre a Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, e contribuíram para o surgimento da AED a partir do nicho de estudos sobre direito antitruste, na década de 1960. Entre os importantes economistas contratados pela Faculdade de Direito de Chicago na década de 1960 foram o próprio Ronald Coase e Gary Becker, em 1968. A seção 3 destacou a importância de Aaron Director para a expansão da AED a partir do direito antitruste, uma vez que Director contribuiu para a persuasão da superioridade da análise econômica nesse campo do direito. Embora as contribuições de Simons, Becker, Director e de Coase tenham favorecido que a AED fosse vista como um campo respeitável, foi a publicação de *The economic analysis of law* por Richard Posner, em 1973, que marcou tanto seu ganho de influência quanto a noção de que esse estilo de análise poderia ser aplicado a qualquer área do direito.

A expansão da AED não foi marcada, no entanto, somente pelos méritos intelectuais de seus proponentes ou pelas características intrínsecas do estilo de análise proposto. Referidos fatores tiveram seu peso, mas as relações da AED com o projeto da Sociedade *Mont-Pèlerin* (MPS) e com fontes de financiamento como o *Volker Fund*, o *Liberty Fund* e a *Olin Foundation* foram fundamentais tanto para sua inserção na Faculdade de Direito de Chicago para sua expansão a partir dali, seja para outras universidades, seja para ganhar terreno na seara do Poder Judiciário estadunidense. O elemento ideacional que permite identificar os fundamentos do apoio recebido da MPS e dos fundos mencionados é o compartilhamento do que, de modo geral, pode ser apontado como uma sensibilidade intelectual *pró-mercados*, de aversão à intervenção estatal, mas também marcada por

outros fatores comuns, como o lugar privilegiado da microeconomia neoclássica como ferramenta analítica e a rejeição a medidas de redistribuição de renda. De modo análogo, no Brasil, as mudanças introduzidas na Resolução 75/2009 do CNJ, em 2022, sugerem um caminho parecido, ao tornar a AED disciplina obrigatória nos concursos para magistratura.

A AED enfatiza que a conformação das instituições jurídicas afeta a estrutura de incentivos dos indivíduos e seu comportamento. Os indivíduos são encarados como maximizadores racionais, e o meio privilegiado para compreender seus comportamentos provém da microeconomia neoclássica. Mais especificamente, a AED focaliza o impacto das sinalizações de preços, a partir de modulações nas instituições jurídicas, para o comportamento dos indivíduos, buscando avaliar os resultados em termos de *alocação ótima*, *custo-benefício* ou, de modo geral, de sua *eficiência*. Ressaltou-se, porém, que os usos da teoria de preços por proponentes da AED é frequentemente – embora nem sempre – acompanhado de *suposições aritméticas* no lugar da aferição empírica de comportamentos dos indivíduos ou dos próprios preços. Nesse sentido, são frequentes na obra de Posner a apresentação de números obtidos por presunção, em vez de aferição prática.

Para além dessas características mais gerais, foi possível identificar quatro teses atribuíveis à tradição da AED ao estilo de Chicago.

A primeira delas consiste em que a noção de *eficiência* está ligada à alocação “ótima” de recursos. Tal alocação, compreendida como aquela que maximiza a riqueza, é identificada como tipicamente promovida pela esfera privada, em linha com os *insights* do *teorema de Coase*. Quer igualada à justiça, quer não, a eficiência permanece, para a AED, como crivo para a avaliação das instituições jurídicas, sendo especialmente favorecida, nesta visão, pela existência de instituições que reduzam custos de transação, em linha com as contribuições de Ronald Coase.

A segunda tese destacada, também já antecipada por Coase, foi a da eficiência do *common law*. Para a AED ao estilo de Chicago, o *common law*, sobretudo por ser uma moldura jurídica favorecedora de transações voluntárias, é mais propenso a promover a eficiência econômica do que o direito estatutário ou legislado, como é o caso dos sistemas de *civil law*.

A terceira tese consiste na incorporação, pela AED de Chicago, da “hipótese dos mercados eficientes”. Segundo ela, a livre operação dos mercados é o modo mais eficiente de fazer com que os recursos sejam empregados no seu uso mais valorizado. Referida tese foi bastante criticada por economistas como Hyman Minsky e ainda o é, atualmente, por juristas como Katharina Pistor. Em escritos posteriores à crise do *subprime* de 2007-8, o próprio Posner acabou por rejeitar a “hipótese dos mercados eficientes”, presente em seus escritos desde a década de 1970.

Por fim, a quarta é relativa à rejeição, pela AED na tradição de Chicago, a políticas públicas configuradas com propósitos redistributivos. Para Richard Posner, o foco da atuação estatal deveria residir na maximização da riqueza, ou no “crescimento do bolo” em geral, e não na forma como a riqueza é alocada entre os grupos que compõem o todo social. A melhor maneira de fazê-lo seria via iniciativa privada. Nesse sentido, são rejeitados impulsos redistributivos quer pela via judicial, quer pela via legislativa, ou ainda pela tributação, que para Posner poderia assumir contornos regressivos.

A defesa aberta de estruturas institucionais de caráter regressivo e pautadas por um critério de eficiência instruído pela noção de maximização de riqueza aponta para a necessidade de cautela quanto aos impactos que o emprego dos expedientes metodológicos propostos pela AED pode ter para instituições jurídicas no Brasil. O título do artigo provocativamente sugere essa necessidade de cautela. O direito de causar danos, em Coase, reflete uma formulação que pressupõe a *precificação*, e que não deixa margem para proteções rígidas do meio ambiente e de outros interesses

cujos valor econômico não seja o principal referencial. Além disso, a moldura formulada por Coase atribui peso decisivo à atividade econômica de maior contribuição à *maximização de riqueza*. A operação da eficiência pautada pela lógica de *custo-benefício* reforça esse mesmo aspecto, sugerindo a ausência de espaço para bens jurídicos preservados por noções de *fundamentalidade*. Mas, sobretudo, os usos da *eficiência* como crivo das instituições jurídicas segundo o critério de *alocação ótima* ou *maximização de riqueza* (Kaldor-Hicks), sem que haja a necessidade efetiva de compensação dos perdedores pelos ganhadores, corresponde à associação que o título propõe entre a AED e a concepção de um “direito da maximização de riqueza” que relega questões *distributivas* ao plano de fundo.

6. Referências

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **NBER Essays in the economics of crime and punishment**, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/books/beck74-1>>. Acesso em: 29 maio 2015.

BUCHANAN, James M. Good economics – bad law. **Virginia Law Review**, v. 60, n. 3, p. 483–92, 1974.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. **The Journal of Law and Economics**, v. 36, n. 1, Part 2, p. 239–254, 1993.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1–44, 1960.

FRIEDMAN, David Director. **Law’s order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1–33.

HARRIS, Ron. The uses of history in law and economics. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 4, n. 2, p. 659–96, 2003.

HAY, Colin. Constructive institutionalism. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. **The Oxford handbook of political institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 56-74.

HEINEN, Luana Renostro. Reflexões Pós-Assombro: efeitos da crise financeira sobre Richard Posner e os limites de sua posição keynesiana. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 360–76, 2013.

MACKAAY, Ejan. Schools: general. *In*: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Orgs.). **Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I: The History and Methodology of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MILLARD, Eric; HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito: um olhar empirista crítico. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, n. 1, p. 277–284, 2018.

MINSKY, Hyman P. The Financial Instability Hypothesis. **The joerome Levy Economics Institute Working Paper No. 74**, 1992. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=161024>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PISTOR, Katharina. On the theoretical foundations for regulating financial markets. **Columbia Public Law Research Paper**, v. 12, n. 304, p. 1–66, 2012.

PLEHWE, Dieter. Introduction. *In*: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Orgs.). **The road from Mont-Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 1–44.

POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1193–231, 1985.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 53**, 1998. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 1–58, 2008.

SALIBA, Ana Luisa. CNJ aprova voto de Fux para aumentar disciplinas no concurso da magistratura. **Consultor Jurídico**, 24 set. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-24/cnj-aumenta-disciplinas-obrigatorias-concurso-magistratura>>. Acesso em: 8 set. 2022.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 296–317.

Ver ainda: SHIKIDA, Pery Francisco Assis; NICKEL, Helena. Circunstâncias socioeconômicas da prática ilícita para apenados por prestação de serviços e/ou pecuniária: um estudo de caso em Foz do Iguaçu (Paraná). **Economic Analysis of Law Review**, v. 13, n. 2, p. 3–22, 2022.

TAMANAH, Brian Z. Instrumentalism in theories of law. *In*: **Law as a means to an end: threat to the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 118–32.

TELES, Steven M. **The rise of the conservative legal movement: the battle for the control of the law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VALADARES, Marcio Vidal de Campos. **Direito e economia da regulação financeira: debates recentes**. Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VAN HORN, Rob. Reinventing monopoly and the role of corporations: the roots of Chicago law and economics. *In*: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Orgs.). **The road from Mont-Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 204–37.

VAN HORN, Rob; MIROWSKI, Philip. The rise of the Chicago School of Economics and the birth of neoliberalism. *In*: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Orgs.). **The road from Mont-Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 139–80.

WYKROTA, Leonardo Martins; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, André Matos de Almeida. Considerações sobre a AED de Richard Posner, seus antagonismos e críticas. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, n. 1, p. 303–318, 2018.