

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?

Bruno Meyerhof Salama
Fundação Getúlio Vargas
Escola de Direito

Nesta introdução que faço à II Conferência Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia, gostaria de propor uma brevíssima reflexão sobre a seguinte pergunta: de que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?

Há aqui duas respostas comuns. Creio que a primeira seja uma resposta ruim. Esta resposta ruim é a de que a economia oferece um guia normativo, um novo horizonte ético para a aplicação do direito. E o faz transformando o tema da eficiência em paradigma de justiça. Isso é: eleva a eficiência à condição de fim mesmo do direito.

Há pelo menos quatro razões - duas teóricas e duas práticas - que explicam por que esta é, como eu disse, uma resposta ruim.

A primeira razão teórica é a de que o direito é um sistema baseado em valores de justiça; mas a maximização de riqueza não é, em si mesma, um valor de justiça. É bem verdade que uma das formas de se enxergar o conceito de eficiência é simplesmente traduzi-lo como *ausência de desperdício*. Parece-me que o desperdício seja algo, no mais das vezes, intrinsecamente ruim, especialmente em um país pobre como o Brasil. Daí por que, em muitos casos, o que é eficiente é justo também. Ainda assim, por razões que analisei em um trabalho que publiquei sobre a trajetória intelectual de Richard Posner, prefiro tratar da eficiência e da maximização da riqueza como meios para se atingir outros fins humanos.

A segunda razão teórica é a de que elevar a eficiência à condição de horizonte ético esbarra nos problemas clássicos da economia política, dentre eles, o de se determinar o que é valor econômico; qual sua relação com o bem-estar humano; se a mensuração última de eficiência há de ser um critério paretiano ou de maximização total da riqueza; e por fim, se consideraremos a eficiência estática ou a eficiência dinâmica.

Há, ainda, dois motivos práticos explicando por que a eficiência não deve ser elevada à condição de horizonte ético do direito. Em primeiro lugar, a história do século 20 mostra que deixar-se de lado o tema da defesa da liberdade humana e encarar-se o direito exclusivamente sob uma perspectiva instrumental pode ser o primeiro passo para a instauração da tirania. Ora, a defesa dos valores individuais ainda é uma arma importante contra a tirania. Lembremos que os temas dos incentivos e da instrumentalização do direito são caros às tiranias.

De fato, a maximização da riqueza e o pensamento exclusivamente tecnocrático tratam as pessoas como se fossem células de um único organismo, e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo. Isso legitima teorias racistas ou xenófobas: afinal, a escravização, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutivo,

corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade.

Em segundo lugar, é preciso considerar que, se a economia tem dificuldades para prever com grande precisão os comportamentos nos mercados, fora deles o seu desempenho há de ser ainda pior.

Não nos esqueçamos de que no campo jurídico não há preços explícitos; de que quase sempre faltam dados para se checar a acuidade das previsões econômicas sobre as conseqüências das controvérsias jurídicas; de que as hipóteses formuladas sobre os institutos jurídicos freqüentemente não são falsificáveis; de que os modelos microeconômicos por vezes desconsideram a interação entre normas jurídicas e normas sociais; e por fim: de que os aplicadores do direito, em regra, simplesmente não estão aptos a aplicarem o ferramental econômico.

Mas vejamos: *nada disso invalida a possibilidade de que o profissional ou estudioso do direito se valham de contribuições da economia*. Muito pelo contrário. Parece-me que a economia seja, no mínimo, uma ferramenta crítica imprescindível nos dias de hoje. Em particular, a economia ilumina a relação entre meios jurídicos e fins normativos.

A meu ver, pensar sobre a relação entre meios jurídicos é, hoje, fundamental (i) na esfera legislativa, (ii) nos debates judiciais, e (iii) nas discussões jurídicas que se travam nas diversas esferas administrativas em que o governo exerce o papel de regulador.

Vou iniciar pela discussão dessa relação na *esfera legislativa*, apontando para um exemplo recente. Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei para acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores.

Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. Alegadamente, o fim normativo da medida seria o de proteger os consumidores.

Seriam os meios jurídicos propostos adequados a esses fins? Certamente que não. A nova regra induziria as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, jingles, etc. - ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, se estará prejudicando a maioria deles.

Problemas parecidos surgem nos *debates judiciais*. É fácil notar que quando o espaço de indeterminação das normas é amplo, os juízes não se limitam a aplicar normas gerais a casos concretos. Por exemplo: o STF estabeleceu que é obrigatório o oferecimento de vagas nas escolas públicas em número suficiente para atender às crianças em idade escolar; discutiu demandas para o fornecimento pelo governo de remédios e tratamentos médicos caros; e opinou sobre a possibilidade de intervenção federal em virtude do não pagamento de precatórios.

Para corretamente enfrentar situações como essas, os magistrados precisam pensar também como legisladores, pois sua atividade é também política. Em casos difíceis e com muitas suscetibilidades políticas, econômicas e sociais, integrar as conseqüências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas.

Na esfera da *regulação estatal*, e nos debates jurídicos que daí emergem, a discussão da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos é igualmente importante. Em um texto recente, eu analisei este tema especificamente na esfera bancária, mas é possível generalizar as conclusões.

O estado regulatório de bem-estar social implantado no Brasil tem um forte componente ordenador e planejador. O artigo 174 da Constituição é, inclusive, expresso nesse sentido: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, *incentivo* e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Isso quer dizer, por um lado, que a interpretação teleológica - aquela que busca enxergar os fins a que a norma visa atender - ganha força: sem se considerar a teleologia, a ação instrumental da burocracia não tem sentido prático. Por outro lado, esse pensamento teleológico requer freqüentemente a utilização de ferramentas não jurídicas que permitam pensar se a interpretação que se quer dar ao direito estará, de fato, atingindo os fins normativos desejados; ou se criará incentivos em sentido diametralmente oposto, como infelizmente é comum.

Tratei da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos na esfera legislativa, judicial e administrativa para então poder passar a uma generalização conceitual. Note bem: *o ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios.*

O problema da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos é, a meu juízo, a chave para se entender por que a economia importa para o profissional e o estudioso do direito. Quando há uma quebra nessa relação, o debate no campo dos valores protegíveis pelo direito entra em curto-circuito. Nesses casos, é preciso apelar para uma ferramenta descritiva do mundo.

A partir da análise entre meios jurídicos e fins normativos é possível pensar em vários temas importantes. Estes incluem a justificativa econômica da ação pública, a análise de modo realista dos institutos jurídicos e das instituições burocráticas, e a definição dos papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas. A análise econômica pode desempenhar, então, um papel limitado, embora muito importante, no discurso e na prática jurídica.

Discurso de abertura da II Conferência Anual da ABDE
Direito GV, São Paulo, 23 de outubro de 2009.