

Economic Analysis of Law Review

A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico

The Economic Analysis of Law: A critical empiricist view.

Eric Millard¹

Université Paris Ouest-Nanterre la Défense
(Paris X)

Luana Renostro Heinen²

Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

A partir de uma perspectiva empirista crítica, situada no terreno da Teoria Geral do Direito, procura-se compreender qual são as contribuições da Análise Econômica do Direito (AED) para a Ciência do Direito. O texto está dividido em quatro partes: na primeira apresenta-se uma simpatia à AED por sua aproximação com a abordagem empirista; na segunda, faz-se oposição à concepção de ciência da AED, tendo em vista que ela não visa descrever, mas prescrever; na terceira parte, questiona-se a validade da reconstrução proposta pela AED que visa substituir a dogmática jurídica por meio de critérios econômicos para orientarem a decisão judicial, aponta-se, assim, seu caráter ideológico e não científico; na quarta e última parte, apresenta-se um uso possível da AED, mas que a ultrapassa – compreender como o discurso econômico se tornou eficaz na produção do direito.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito, Ciência, Critérios Econômicos

JEL: K21, L49

ABSTRACT

From a critical empiricist perspective, situated in the field of General Theory of Law, the research seeks to understand what are the contributions of the Economic Analysis of Law (EAL) for the Science of Law. The paper is divided into four parts: the first presents a sympathy to the EAL for its oncoming to the empiricist approach; in the second, the author opposes the EAL's conception of science, since it is not intended to describe, but to prescribe; in the third part, the author questions the validity of the reconstruction proposed by the EAL, which aims to replace legal dogmatics by economic criteria to guide the judicial decision, thus indicating its ideological and non-scientific character; in the fourth and last part, there is a possible use of the EAL, but it goes beyond it - to understand how the economic discourse has become effective in the production of law.

Keywords: Economic Analysis of Law, Science, Economic Criteria

R: 03/01/15 **A:** 30/03/16 **P:** 30/04/18

¹ E-mail: eric.millard@parisnanterre.fr

² Responsável pela tradução do artigo. E-mail: luanarheinen@gmail.com

1. Introdução

A Análise Econômica do Direito (AED) é talvez vítima de seu sucesso, após ter sofrido por sua marginalidade. Vários juristas franceses particularmente após terem declarado certa distância diante da intrusão de elementos impuros no direito, agora apoiam-se sobre ela para substituir uma ética – muito conservadora ou muito instável – ou ainda para reconstituir as virtudes do modernismo de uma dogmática que não quer dizer seu nome. Disso resulta, ao lado de algumas remarcáveis reflexões, uma vulgata que vale o que valem as vulgatas...

A obra de Ejan Mackaay e de Stéphane Rousseau³ parece se instalar nessa vulgata e isso permite evitar que os lugares comuns sempre difíceis a se combater se instalem: os autores sabem do que falam e fazem a escolha de se dirigirem não aos especialistas, mas a todos os potenciais usuários da AED. A aposta desse livro é de que a AED tem algo a dizer aos juristas civilistas (nos dois sentidos: aos juristas que não são de um país de *common law* e entre aqueles que estudam ou comentam o direito civil): a AED poderia permitir à doutrina civilista se renovar e retomar, graças a ela, um lugar que ela tem ou teria perdido; coisas que, desde que se evoque uma idade do ouro, valeria também certamente para a doutrina publicista (dos países de direito civil).

Parece-me difícil apreciar diretamente esse prognóstico no campo do direito civil; em contrapartida, eu gostaria de me ater ao método que é preconizado pela obra e interrogar a partir do terreno da teoria geral do Direito quais as contribuições da AED para a Ciência do Direito.

A questão é evidentemente, em si, complicada. Ela supõe primeiro a exposição de uma teoria prévia do que é ou deve ser a ciência do direito. Deste ponto de vista, as proposições que seguem se apoiam sobre uma concepção de tipo positivista-empirista, que considera que a ciência do direito exige a enunciação de proposições verificáveis empiricamente, descrevendo um estado de coisas, ou de proposições analíticas, necessariamente verdadeiras; ela exclui enunciados que comportariam julgamentos de valores⁴. Ela supõe em seguida uma compreensão da AED e desse ponto de vista, eu admito não ter ainda uma concepção muito clara dos limites desse campo de abordagem, dado que meus pontos de contato não se limitam à obra que nos retém aqui, mas passam também por Posner (no plural: o pai, o filho e o pai em suas sucessivas versões), por Kirat⁵, por Marciano⁶, por Defains⁷ ou por Duncan Ken-

3 N.T.: O autor se refere ao livro MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Analyse économique du droit*. Coédition Dalloz/Themis, 2008. A obra foi publicada no Brasil: MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise Econômica do Direito*. Trad.: Raquel Sztajn. Ed. Atlas, 2015.

4 Sobre essas questões ver, por exemplo, MILLARD, Eric. *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

5 KIRAT, T.; MARTY, F. *Économie du droit et de la réglementation*, Paris: Gualino, Mémentos LMD/Master, 2007; AUBY, J.-B.; KIRAT, T.; MARTY, F.; VIDAL, L. *Économie et droit du contrat administratif. Application à la répartition des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, Paris: La Documentation française, 2005; KIRAT, T. *Économie du droit*. La Découverte, 1999.

6 MARCIANO, A. *Posner, l'analyse économique du droit*. Michalon, 2003.

7 DEFFAINS, B.; FERREY, S. *Théorie du droit et analyse économique*. Droits, 2007.

nedy⁸ particularmente. Essa pluralidade de pontos de contato, frequentemente diferentes quando não opostos e contraditórios, é sobre determinada por certas práticas teóricas das quais eu pude participar e, particularmente, pela proposição de uma teoria dos constrangimentos jurídicos (*contraintes juridiques*⁹), a partir da qual certos pontos (por exemplo, a racionalidade do *homo juridicus*) parecem introduzir no espelho da análise jurídica do direito uma hipótese essencial de análise econômica ortodoxa, e em que outras questões (por exemplo a possibilidade conceber uma análise econômica dos constrangimentos jurídicos, ou uma análise dos constrangimentos econômicos da decisão jurídica) apoiam-se diretamente sobre certas análises econômicas do direito.¹⁰

Desde logo, para entrar nesse debate sobre a contribuição da AED para a ciência do direito, eu gostaria de fazer quatro propostas que se relacionam: (I) com um posicionamento a adotar quanto à AED, (II) com uma oposição quanto à teoria da ciência que está em jogo, (III) com a reconstrução que é feita pela AED e (IV) com o uso dela que eu proponho.

2. Posição

A AED assume posturas teóricas que *a priori* não estão afastadas daquelas sobre as quais eu me apoio. Se vários juristas europeus viram a aventura realista, ao menos em sua versão americana, como um pesadelo, em oposição ao sonho nobre de Hart¹¹, ao contrário, eu considero que, mesmo que ela tenha dado origem a uma multiplicidade de correntes diversas e desiguais, ela teve o mérito de fornecer um salutar reposicionamento do pensamento em, sobre e no direito. Evidentemente, o realismo jurídico americano constitui, com o pragmatismo filosófico¹² e o utilitarismo tingido de consequencialismo os pilares teóricos que permitiram à AED se desenvolver.

Uma teoria empirista do direito compartilha então um grande número de preocupações primeiras da AED: um antiformalismo que visa a desconstruir o discurso jurídico e sua pretensão de racionalidade intrínseca para fazer aparecer as linhas de forças sociais que esses discursos tendem a ocultar (quaisquer que elas sejam, inclusive econômicas); a recusa de toda moral *a priori* (os valores nada mais são que a expressão de preferências); a tese da realidade e do *judge made law*¹³.

8 KENNEDY, D. *Sexy Dressing (violences sexuelles et érotisation de la domination)*. Flammarion, 2008; *Legal Economics of U.S. Low Income Housing Markets in Light of “Informality” Analysis*, *Journal of Law in Society*, 2002; *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 465, P. Newman, ed., Macmillan, New York, 1998.

9 TROPER, M.; CHAMPEIL-DESPLATS, V.; GRZEGORCZYK, C. (Dir.). *Théorie des contraintes juridiques*. LGDJ, 2005.

10 MILLARD, E. *Le Réalisme scandinave et la Théorie des contraintes*. In: TROPER, M.; CHAMPEIL-DESPLATS, V.; GRZEGORCZYK, C. (Dir.). *Théorie des contraintes juridiques*. LGDJ, 2005, p. 143-154.

11 HART, H.L.A. *American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream*. *Georgia Law Review*, n. 5; LACEY, Nicola. *A life of HLA Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford University Press: 2004.

12 R. Posner, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990 (contém o famoso : “Manifesto pragmatista”).

13 HOLMES JR., O. W. *The Path of the Law*. Harvard Law Review: 1897.

Então, por ter esse plano de fundo comum, eu considero a possibilidade de uma simpatia *a priori* pela AED, o que pode distinguir os teóricos empiristas da maior parte dos juristas continentais, que são pouco familiarizados com essas abordagens do direito, quando eles não são diretamente hostis (jusnaturalistas, formalistas, etc). Mas essa simpatia não significa comunhão, ainda que ela possa facilitar a compreensão (e para desenvolver a metáfora religiosa que um e outro combatem, se ela guarda também e sobretudo o entusiasmo e o proselitismo dos convertidos).

3. Oposição

É praticamente impossível extrair uma posição comum a toda a AED sobre o que ela poderia entender por ciência do direito (na medida em que essa questão seja significativa para ela).

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau adotam em sua abordagem uma posição que não é tão original porque no essencial se inscreve na herança clássica da dogmática civilista: a função da doutrina deve ser de encontrar boas soluções, o que obviamente contrasta com o interesse de recorrer a uma abordagem inovadora (e na minha visão a reduz porque se trata de restaurar e não de mudar de perspectiva epistemológica).

Richard Posner, por sua vez, parece negar a ideia mesma de uma ciência do direito, se por tal se entender uma ciência autônoma do direito. Ele conduz aos extremos a abordagem realista, ao desconstruir o objeto para restaurar sua dimensão social praticamente o inscreve como fonte para a ação e como cognitivamente absorvido pelas abordagens das ciências da sociedade: a escolha nos dois casos apreende o direito por meio da autoridade que o produz.

Mesmo que eu me sinta mais próximo da abordagem de Posner, que muda de paradigma, do que daquela adotada por Mackaay e Rousseau, eu creio que há entre essas duas abordagens antitéticas uma oposição. É possível para os teóricos empiristas conceberem uma ciência descritiva do direito que descreve a atividade das autoridades que o produzem; ora essa ciência não se confunde com uma sociologia no sentido amplo, dado que ela constrói especificamente seu objeto: o discurso dessas autoridades, quer dizer, os argumentos e justificações lançadas por essas autoridades quando elas dizem que uma norma existe e se servem dessa norma para decidir um caso, desde que ela construa seu método; uma análise crítica da linguagem dessas autoridades.

Além disso, a proximidade com a desconstrução posneriana não deve conduzir a ocultar uma questão essencial para uma teoria da ciência do direito: ao supor que efetivamente não possa haver, após a desconstrução realista, uma ciência do direito que seja autônoma (logo, que não seja possível uma análise crítica da linguagem a partir de uma metateoria empirista), as ciências que poderiam se dar o direito como objeto são no sentido amplo as sociologias (e mais particularmente uma sociologia do tipo daquela mobilizada em certos campos da ciência política); mas não uma ciência econômica, exceto por negar a ciência jurídica que ela seja autônoma e reintroduzi-la também na sociologia em sentido amplo. É claro que essa não é abordagem de Posner e da maioria das versões da Análise Econômica do Direito, o que

tende a mostrar que a ênfase colocada sobre a análise econômica não visa substituir um programa científico (uma ciência que descreve o direito no sentido que ele é) mas visa um programa prescritivo.

4. Reconstrução

A Análise Econômica do Direito (em suas acepções majoritárias, incluído Posner) não é o resultado de uma desconstrução antiformalista; ela é uma reconstrução que precisa dessa desconstrução para poder substituir os modos precedentes de prescrição pela sua proposta prescritiva.

Os pontos sobre os quais insistem os autores incluem a ideia de boa escolha (sustentada pela ideia de racionalidade econômica) e a ideia de que a análise econômica deve ou pode servir de guia à decisão judicial.

Prescritiva em um sentido fraco (porque ela insiste mais sobre os métodos do que sobre os conteúdos *a priori*), a Análise Econômica do Direito é então, vista dessa maneira, simplesmente uma doutrina, ou mais exatamente uma dogmática, e não uma teoria (que ela poderia eventualmente ser, mas essa é outra questão). Esse caráter dogmático-doutrinário, a ser redesenhado, é confirmado pelo lugar dado por Mackaay e Rousseau para a velha questão dos fundamentos do direito, que ocupa toda a primeira parte da obra¹⁴.

Essa reconstrução e essa dimensão prescritiva conduz a colocar duas questões, com relação à interrogação que nos ocupa (a contribuição da Análise Econômica do Direito para a ciência do direito): aquela da validade da economia (prescritiva) como ciência e aquela da validade da norma com relação aos resultados fornecidos pela economia se ela for tida por uma ciência (descritiva).

a) É possível, primeiramente, que a economia seja uma ciência descritiva (e se isso é verdadeiro, podemos passar para a questão b). Mas para responder a essa questão é necessário evidentemente começar por decidir entre versões concorrentes de economia, entre economia standard e economias heterodoxas, elas mesmas múltiplas, ou ao menos decidir entre essas versões o que elas têm em comum (e a questão epistemológica deve figurar, com seu cortejo de protocolos explícitos de verificação de resultados) e o que diverge enquanto hipótese teórica (sabendo que no modelo de uma ciência descritiva, essas hipóteses teóricas somente tem valor por sua capacidade heurística de descrição do mundo). 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 partilhado¹⁵. Esse modelo não é o mais visivelmente empírico.

Então, é possível que a economia a qual se refere a AED seja uma ciência puramente analítica, que trabalha sobre modelos, a partir de axiomas como, eventualmente, aquele da racionalidade econômica. Mas justamente devido a tais premissas, parece difícil se funda-

14 MACKAAY, E.; ROUSSEAU, St. *Analyse économique du droit*. 2ª ed. Dalloz: 2008, p. 22-177.

15 Mesmo que na Universidade de Chicago sua hegemonia seja (ao menos à margem) contestada e que no âmbito da AED como movimento outros modelos sejam mobilizados.

mentar sobre ela para guiar a decisão, avaliar a existente ou encontrar a boa solução. Enquanto não houver confrontação com o real em uma abordagem sintética, o modelo analítico é verdadeiro somente porque ele é coerente. É possível, enfim, que certas abordagens que estão incluídas nas ciências econômicas sejam puramente descritivas e ideológicas: que elas afirmem de forma autoritária a superioridade de certos modelos (o mercado não regulado, a racionalidade econômica, etc) e se ocupem de fortalecer sua autoridade em nome da ciência, sem se submeter ao método das ciências.

b) Mesmo que a questão precedente seja importante (e eu deixo aos economistas o cuidado de a resolver, quer dizer àqueles que afirmam que a abordagem econômica é uma abordagem científica o cuidado de elucidar a quais abordagens se referem e quais concepções de ciência), ela não muda na realidade o fundo do problema. A validade de uma norma não depende em nada da verdade de uma proposição; ela somente depende de um fato de autoridade que fundamenta um sistema ou que é reconhecido por um sistema.

Pode-se demonstrar que tal tipo de regra tem tal efeito sobre a economia, por exemplo, que o mercado não regulado pela regras de direito permite uma melhor satisfação das necessidades de cada um fornecendo os melhores bens por melhor preço, que a escolha de certas políticas públicas teriam tal efeito sobre o crescimento ou a redução do desemprego, etc. *So what?*

A norma não tem por função dizer o que é, mas prescrever o que deve ser. Porém não existe qualquer argumento válido que ligue automaticamente uma proposição científica que descreve o que é a uma proposição sobre o que deve ser. Sobre o plano lógico: Hume, ainda e sempre, evidentemente, e isso é suficiente. Mas coloquemos também a questão em outros termos.

Por um lado, é claro que a formulação da AED é tal que ela deixa a dúvida: ela quer guiar a decisão e não provocá-la. Mas ela quer também avaliar a decisão e dizer quais são as boas escolhas. A gradação dos termos valorativos é tal que se a dúvida permanece, ela é pouco plausível. Isso quer dizer que a política e o direito podem até não seguir o ensinamento econômico, mas a boa decisão e o bom direito estão ao lado daqueles que o seguem.

De outro lado, se coloca a questão do fator único. Por que o saber econômico é o elemento a levar em conta e não outros critérios, quaisquer que eles sejam (morais, estéticos, disciplinares, etc)? A AED é aqui tão redutora como a vulgata marxista da irreducibilidade da infraestrutura e do mecanismo da história. Não há lugar para a ação humana, e para sua ação sobre seu destino. A política, e nos Estados modernos a decisão jurídica que é um ato político, consiste em escolher, em hierarquizar prioridades; em uma democracia essa escolha é legítima por sua imputação ao povo soberano, e não a um saber qualquer que ele seja. O modelo de decrescimento é, a esse respeito, extremo, mas interessante: todas as teorias econômicas que a AED mobiliza em todas as suas versões afirmam a prevalência de um modelo de desenvolvimento e de crescimento. É fácil constatar os benefícios materiais e as consequências positivas desses benefícios materiais (saúde, relativa paz, etc); seria desonesto, no entanto, afirmar que

esses benefícios não estão acompanhados de prejuízos (poluições, precariedade, novas doenças, novas relações individuais, etc). Quem deve arbitrar para decidir se os benefícios devem continuar a prevalecer sobre os prejuízos, ou se é necessário considerar os prejuízos para reduzi-los (mesmo para limitar o crescimento e os benefícios) ou ainda se é necessário considerar que os prejuízos não são aceitáveis e recusar os benefícios e o crescimento (e eventualmente inventar outra coisa)? Na verdade, diremos, os benefícios devem prevalecer, limitados ou não. Na verdade, o discurso científico irá mostrar, mas porque precisamente este discurso constrói os fatos nestes termos (benefícios/prejuízos). Na verdade, não há necessidade de decidir politicamente. Na verdade, assim, não é necessário que haja uma democracia. É o sonho de toda ideologia e, inclusive, da ideologia científicista. Mas não é compatível com os valores que sustentam os sistemas democráticos.

Pode-se, notadamente como os realistas, não conceber uma moral verdadeira (recusando toda moral a priori) e, no entanto, querer (ou aceitar) ter em conta convicções morais fortes, pessoais ou compartilhadas, ou outras considerações, para fundamentar a decisão.

A AED é passível da mesma desconstrução que lhe permite existir: não existe qualquer elemento que fundamente a validade da norma, senão o ato de poder, mesmo para elementos relacionados ao saber econômico ou a uma ideologia da economia; por consequência, a AED não pode ser nem uma ciência autônoma do direito, nem uma ciência alternativa do direito, nem uma análise autônoma do direito. A análise do direito não pode ignorar os fatores econômicos, mas ela não pode também se limitar a eles, nem a eles se referir sem um posicionamento crítico.

5. Uso

E é nessa abordagem crítica que a AED se torna, na minha opinião, interessante: para um uso que leva em conta a AED, mas a vai além dela.

Um uso que ultrapassa, em primeiro lugar, sua pretensão em dizer o que deve ser o direito, a regra, a norma, a decisão: está-se diante de uma questão política e reduzir a AED a essa função política (isso que a vulgata da AED produz, especialmente porque os seus promotores mais zelosos não o escondem) somente reforça o seu caráter instrumento ideológico de legitimação de uma escolha política. No entanto, mesmo tomada nesse sentido, a AED não deixa ser interessante para a análise crítica porque ela permite enfatizar o que estava longe de ser uma evidência na concepção clássica do direito dos países de direito civil: que a economia faz parte, assim como a moral, dos jogos políticos do direito.

Continuando a afirmar que se pode dizer o que é a regra de direito apenas a partir de um método empírico, um uso que interessa é da AED enquanto discurso. Crença compartilhada, ou pelo menos em vias de se tornar compartilhada, tanto por juízes¹⁶ quanto pela doutrina (esse é o objetivo da obra de Mackaay e Rousseau), ela permite compreender o que, em um momento, torna-se direito, quer dizer o que fazem as autoridades que chamamos jurídicas e porquê o fazem.

16 Por exemplo Assemblée du contentieux du Conseil d'État, 11 mai 2004, Association AC ! e outros.

A AED não é uma ciência do direito (ou de outra coisa), ela não é verdadeira e nem determinável. Mas ela se tornou um *objeto da ciência do direito* porque ela é eficaz: não (somente?) economicamente e tecnicamente, em seus efeitos sobre o mundo, mas sobretudo como ideologia partilhada por um número crescente de juristas, portanto como elemento de ideologia jurídica, percebida como socialmente “obrigatória” pelas autoridades jurídicas que se referem a ela em seus atos concretos como na interpretação dos enunciados ou na decisão. Ela se tornou um objeto da ciência do direito porque a produção do direito repousa em parte, e cada vez mais, sobre reações aos discursos desse tipo.