

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a Maximizing Model

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/4h7508fp>

Authors

Carvalho, Cristiano
Neubarth Trindade, Manoel Gustavo

Publication Date

2009-05-27

***A Superação de Regras Jurídicas na Atividade Jurisdicional: Um
Modelo Maximizador***

***The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making:
a Maximizing Model***

Cristiano Carvalho¹

Email: ccarvalho@cmted.com.br

Endereço Postal: Av. Carlos Gomes, 1340, conj. 602. POA/RS/BRASIL – CEP 90480-001

Tel.: (55 51) 81184455

Manoel Gustavo Neubarth Trindade²

Email: mgustavo@portoweb.com.br

Endereço Postal: Rua Padre Chagas, 35, conj. 402, POA/RS/BRASIL – CEP 90570-080

Tel.: (55 51) 9951 14 18

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutor em Direito e Economia pela U.C. Berkeley. Membro da ALACDE. Diretor da Associação Brasileira de Direito e Economia.

² Advogado e Economista. Especialista em Processo Civil e Constituição.

Abstract

Every modern legal system has the same structure: a bundle of norms intertwined in some organized arrangement, either if the system is of common law or civil law type.

Those norms, however, are divided in two subspecies: principles and rules. Most of the time rules are enough to take care of actual cases, but there are exceptional situations when the judge has to disregard the rules and call upon the principles. Those exceptional situations happen when the general legal rules available to an actual case are not morally satisfactory – then, it is necessary to overcome those rules in favor of a more appropriate outcome for the case.

On the other hand, the judges' compliance with rules is very important to reach one of the most crucial values of any legal system: Legal Certainty. This is why it is so necessary to have a model for the overcoming of rules when and only when that is strictly indispensable.

Therefore, the aim of this paper is to propose a legal model for overcoming rules, in order to maximize the economic efficiency as well as to define the substantial and procedural requisites for that.

Keywords: Overcoming rules; Maximization model.

JEL Classification: K40

A Superação de Regras Jurídicas na Atividade Jurisdicional: Um Modelo Maximizador

The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a Maximizing Model

SUMÁRIO: I – Introdução; II – Regras Jurídicas como fixadoras de Preços; III – Caráter de Bem Público da Legislação; IV – Modelo Maximizador: Eficiência através da Análise Econômica do Direito; V – Requisitos Substanciais; VI – Aspectos Procedimentais; VII – Breve Estudo de Casos; VIII – Conclusões; IX – Referências

I - Introdução

A possibilidade da superação de regras por princípios é questão controversa. Atualmente, a doutrina jurídica brasileira encontra-se, em certa medida, demasiadamente deslumbrada com os princípios jurídicos. As regras passaram a ser consideradas, por alguns, como sinônimo de conservadorismo, de impedimento à consecução de valores mais elevados, sejam estes chamados de direitos fundamentais, de justiça social ou da “dignidade da pessoa humana”.

Tal visão, todavia, não procede. De modo a atender o próprio sobreprincípio da segurança jurídica, valor sustentáculo de qualquer ordem jurídica que almeje ser democrática e libertária, é de importância basilar a preponderância das regras sobre normas mais vagas e maleáveis que são os princípios jurídicos. É que as regras têm uma objetividade que os princípios não possuem – ainda que estes sejam o fundamento axiológico daquelas, é com as regras que se incentiva a ação humana intersubjetivamente, de modo a justamente se alcançarem os valores morais consagrados pelo contrato social.

Entretanto, há situações em que as regras por vezes não são suficientes para resolver problemas práticos de decisão jurídica – os chamados *hard cases*. Apenas nesses casos é que as regras devem ser superadas em prol de princípios, espécie de normas jurídicas que justamente por seu caráter mais vago e argumentativo, funcionam como base de argumentação e fundamentação para resolução de conflitos de interesses.

Assim, de forma sucinta, *definimos o fenômeno da superação de regras como a inobservância, total ou parcial, por parte dos julgadores, em casos excepcionais e em razão de imperiosa necessidade, de determinados regramentos, a fim de se alcançar valores mais elevados, igualmente inseridos no ordenamento jurídico e muitas vezes igualmente almejados pela própria regra superada.*

Como é evidente, a justificativa da obediência às regras vai muito além da antiga idéia de Montaigne, pela qual as leis devem ser obedecidas não porque são justas, mas porque são leis,³ entendimento que induz à errônea compreensão da legitimação apenas por força da autoridade. Entretanto, de modo geral, pode-se dizer que as regras têm a função de decidir, de modo prévio, a forma de exercício do poder, afastando as incertezas e controvérsias que surgiriam caso tais escolhas não tivessem sido realizadas antecipadamente, além de reduzir a possibilidade da ocorrência de arbitrariedades.

Entretanto, em que pese na maioria das vezes as regras apresentarem soluções previsíveis, eficientes e equânimes dos conflitos sociais, as suas aplicações também envolvem valores e carecem de ponderações, podendo, portanto, em circunstâncias excepcionais, ser superadas, desde que, é claro, observadas as necessárias condições.

Então, consideramos que as regras possuem eficácia de trincheira,⁴ vez que muito embora seja admitida as suas superações, somente o são por razões extraordinárias e mediante intenso ônus de fundamentação. Assim, o escopo do presente trabalho é propor modelo jurisdicional de superação de regras maximizador de eficiência através da Análise Econômica do Direito, definindo-se requisitos substanciais, bem como aspectos procedimentais de sua aplicação.

Neste sentido, a concepção de modelos de superação de regras parece-nos de extrema relevância, porquanto se revelam esforços pragmáticos no sentido de propor procedimentos capazes de sistematizar e objetivar a resolução destas espécies de obstáculos

³ MONTAIGNE, Michel. *Essais*, Livro III, Cap. XIII.

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pg. 119.

tão presentes na atividade jurisdicional, com enormes efeitos nas esferas individual e agregada.

Muitos antes de servir como estímulo para a inobservância de regras jurídicas, a proposição de modelos de superação, como ora se faz, objetivam tornar a atividade jurisdicional *passível de verificação e controle*, de modo a permitir a otimização de sua prestação.

Ainda, a proposição destas espécies de modelos se revela ainda mais importante porquanto, em que pese a sua crucial relevância, sobremaneira em países de origem legal romano-germânica, a doutrina parece não enfrentar devidamente o tema, o que se infere pela escassez de estudos sobre esta temática.

Cabe assinalar que muito embora os escassos modelos existentes se demonstrem empreendimentos de indubitável relevo, parece-nos pertinente ainda mais sistematizá-los, com a concepção de procedimentos mais objetivos e padronizados, que permitam aferição dos julgados e análises comparativas, evitando, deste modo, ineficiências, assim como os perniciosos efeitos que justamente a concepção de regras almeja evitar.

Por fim, importa dizer que o modelo, apresentado aqui de forma deveras sucinta e intuitiva, até mesmo por força dos limites impostos pela própria extensão do artigo, trata-se de empreendimento seminal, em construção, que muito antes de pretender apresentar solução definitiva para a questão em tela, ambiciona, quiçá, trazer subsídios para a discussão e lançar luzes sobre o tema, contribuindo para o alcance de patamares mais elevados do fenômeno de superação de regras.

II – Regras Jurídicas como Fixadoras de Preços

Como já referido, pode-se dizer, de modo geral, que as regras têm a função de pré-definir a solução para conflitos intersubjetivos, afastando a controvérsia e as incertezas que surgiriam caso tais escolhas não tivessem sido feitas previamente pelo legislador.

Em segundo lugar, as regras visam a reduzir a arbitrariedade, conquanto restrinjam a discricionariedade, conforme bem ilustram as palavras de Schauer: *“Pode consistir em uma desvantagem quando surge no caminho dos sábios julgadores que, ao perseguirem de forma precisa o bem, intuitivamente levam em consideração todos os fatores relevantes. Entretanto, também pode ser uma qualidade, quando surge para restringir julgadores*

desavisados, incompetentes, de má-índole, ávidos por poder, ou simplesmente equivocados, cujo próprio senso de bem diverge daquele do sistema ao qual servem".⁵

Em terceiro lugar, a opção pelas regras busca a evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento, ensejando ambiente no qual seja possível o planejamento, o desenvolvimento e o aprimoramento das atividades dos indivíduos e das instituições, além de evitar os excessivos custos que a necessidade de solucionar individualmente cada caso, com autoridade específica e fundamentação própria, acabaria por gerar.

Partindo destas premissas e analisando-as sobre o prisma da Análise Econômica do Direito, faz-se oportuno registrar que todo o sistema legal se consubstancia em conformador de ambiente no qual os agentes econômicos em sentido *lato* (aí compreendidos, de forma simplificada, as famílias, as empresas e o estado) irão interagir, a fim de buscar o máximo de satisfação possível (utilidade para os economistas).

Através desta idéia simples, a qual, todavia, encerra em si enorme poderio explicativo, podemos compreender os sistemas legais e mais precisamente as normas jurídicas como sendo fixadora de preços para as ações dos agentes, capaz de alterar os custos e benefícios relativos das condutas e, portanto, influenciar comportamentos. Naturalmente que por preço entende-se algo além do mero custo monetário, vez que existem custos que podem ser medidos, *v. g.*, em prestígio, honra, lealdade e reputação.⁶

Nos gráficos abaixo,⁷ mostramos a Curva de Preço-Consumo e a Curva de Demanda. Conforme é possível observar, do ponto de vista geométrico, havendo variação do preço (p_1) do bem 1 (x_1), enquanto que o preço (p_2) do bem 2 (x_2) e a renda (m) permanecem constantes, a Reta Orçamentária irá girar. Ademais, unindo-se os Pontos Ótimos, obteremos a Curva de Preço-Consumo, como ilustra a Figura 1 A. Essa curva representa as cestas que seriam demandadas nos diferentes níveis de preços de x_1 .

Neste sentido, é possível compreender os bens x_1 e x_2 como sendo diferentes comportamentos que podem ser adotados pelos agentes, sendo que o preço para estas ações é determinado pelo Estado, através das regras jurídicas.

Ainda, podemos representar a mesma informação de maneira diferente. Novamente, os preços de x_2 e m serão mantidos fixos, sendo que para cada valor de x_1 será

⁵ SCHAUER, Frederick. *Formalism*. *The Yale Law Journal*, 97-4/543.

⁶ Conforme Veljanovski, "A principal diferença entre advogados e economistas está no fato de que estes vêem as leis como uma 'gigantesca máquina de preços' — as leis atuam como preços e impostos que geram incentivos. É este o ângulo de visão que marca a contribuição dos economistas à análise da legislação".⁶

⁷ VARIAN, Hal R. *Microeconomia*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, pg. 113.

traçado o seu nível de consumo ótimo. O resultado é a Curva de Demanda, mostrada na Figura 1 B. Ou seja, a Curva de Demanda é gráfico da Função de Demanda $x_1(p_1, p_2, m)$, em que p_2 e m são mantidos fixos.

Portanto, infere-se que, em geral, quando o preço de um bem aumenta, a demanda por ele diminui, sendo a recíproca verdadeira, isto é, quando o preço por um determinado bem diminui, o seu consumo aumenta. Desta forma, o preço e a quantidade demandada de um bem irão se mover em direções opostas, o que significa que a Curva de Demanda típica terá inclinação negativa.

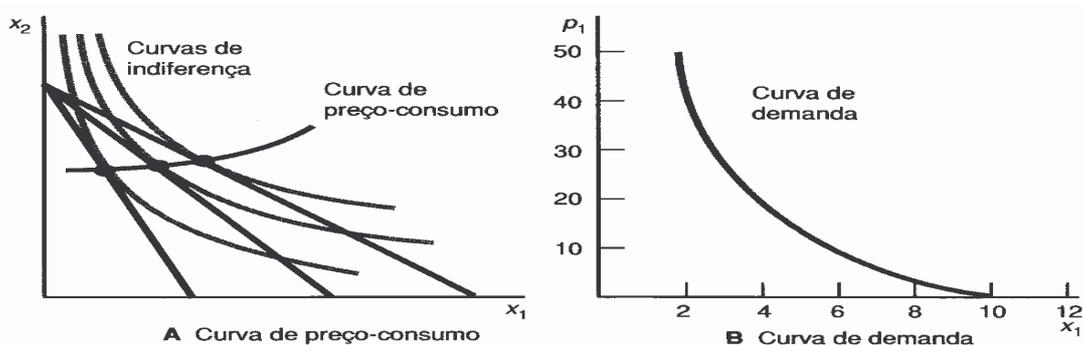


Figura 1- Curva de Preço-Consumo e Curva de Demanda

Para melhor compreensão da idéia na qual substituímos os bens por comportamentos (ou ações) que podem ser adotados pelos agentes, dos quais os preços são determinados pelo Estado, através das regras jurídicas, tomemos como exemplo os bens que são substitutos perfeitos.

Desta forma, podemos observar nos gráficos abaixo⁸ que:

- a) a demanda pelo bem 1 (x_1) é igual a zero quando o preço (p_1) de 1 é maior do que o preço (p_2) do bem 2 (x_2);
- b) a demanda é igual a qualquer quantidade sobre a reta orçamentária quando os preços de ambos os bens são iguais;
- c) a demanda é igual a m/p_1 quando p_1 é menor do que p_2 .

⁸ Idem, pg. 114.

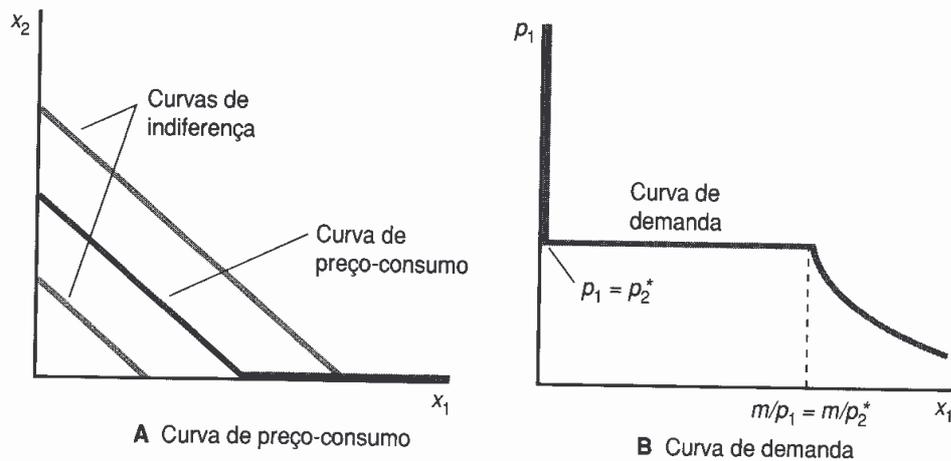


Figura 2 - Curvas de Preço-Consumo e Demanda para Substitutos Perfeitos

Portanto, podemos compreender x_1 e x_2 como dois tipos de comportamentos possíveis a serem adotados por um determinado agente (ou agentes). Por exemplo, podemos considerar x_1 como sendo o comportamento ilícito, sendo x_2 o comportamento lícito. Assim, admitindo-se que os indivíduos são agentes econômicos racionais, que escolhem suas ações visando a maximizar os seus benefícios, é possível constatar que o agente irá escolher o comportamento que lhe seja mais vantajoso, isto é, que irá lhe trazer maior utilidade (maior satisfação) ao menor custo (preço). Desta forma, enquanto o Estado conseguir manter o preço de x_1 - que é o comportamento ilícito - mais elevado do que x_2 - que é o comportamento lícito -, não haverá estímulos para que o comportamento antijurídico seja escolhido.

Os bens comuns, por sua vez, servem melhor para expressar hipóteses em que é desejada uma combinação eficiente de dois tipos de ações, como se verifica, por exemplo, nos casos de responsabilidade civil, que são bem ilustrados através da temática dos acidentes de trânsito. Assim, é desejável que os agentes (motoristas) elejam a melhor combinação possível entre a satisfação ao dirigir (por exemplo, velocidade) e o nível de precaução ou segurança a ser tomada.

Nesta esteira, conforme o gráfico a seguir⁹ revela, podemos observar que a variação dos preços atribuídos às ações afeta o comportamento dos agentes. A partir da figura 3, consideramos x_1 como sendo velocidade e x_2 como o nível de atenção exigida ao dirigir. Como se vê, havendo diminuição do preço a ser pago por x_1 (velocidade), é esperado que x_1 irá ser consumido em maior quantidade, ou seja, dirigir-se-á mais velozmente, porquanto as conseqüências de um eventual sinistro não serão tão onerosas quanto na situação anterior.

⁹ Idem, pg. 110.

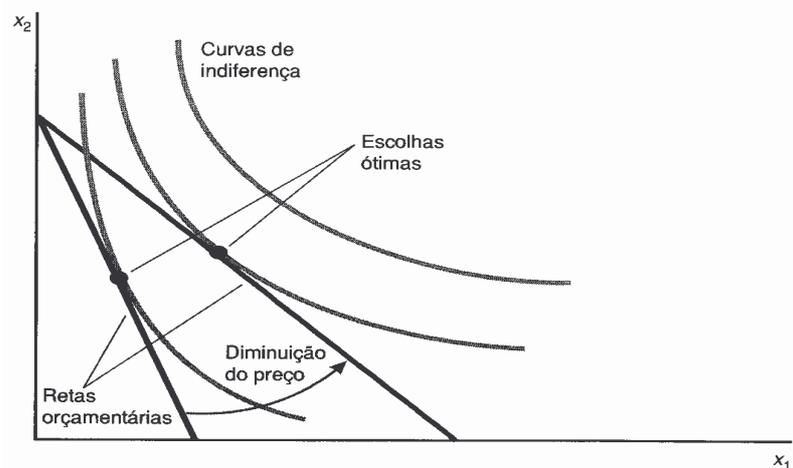


Figura 3 – Alteração do comportamento através da alteração dos preços

No gráfico abaixo,¹⁰ de forma simplificada, demonstramos o ponto de Escolha Ótima do Consumidor, tomando-se uma cesta hipotética de bens, composta por x_1 e x_2 , que também podemos considerar como sendo a combinação de diferentes ações as quais podem ser escolhidas pelos agentes, definindo um tipo de comportamento.

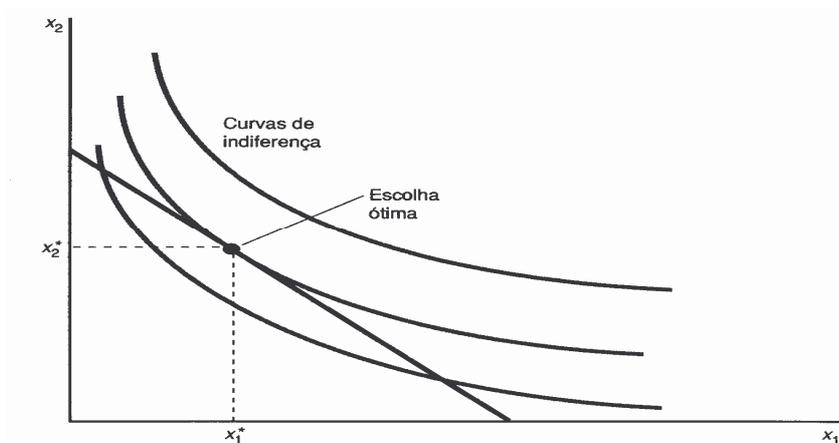


Figura 4 - Escolha Ótima

Conforme conceito econômico, a Escolha Ótima dos bens 1 e 2 (ações ou comportamentos), é chamada cesta demandada do consumidor, a qual, se a eficiência for um dos objetivos almejados pelo legislador, deve estar identificada com o comportamento almejado pelo legislador.

Esclareça-se que podemos considerar as preferências como sendo a média do

¹⁰ Ibidem, pg. 78

comportamento social. De qualquer forma, importante salientar que diferentes tipos de funções, preferências e bens podem ser utilizados, sendo que ora utilizamos as hipóteses mais simples para facilitar a compreensão.

Neste contexto, compreende-se que as regras jurídicas fazem com que sejam fixados, *ex ante*, os preços das ações, permitindo que os agentes possam prever o resultado esperado de suas condutas e, com isto, possam buscar maximizar os seus benefícios. Em outras palavras, a legislação é o meio de se ter ciência prévia dos preços das ações, permitindo, inclusive, que haja planejamento – o que, por outro lado, faz alcançar o sobreprincípio da segurança jurídica. Desta forma, não há como se negar que ao se editar leis, estar-se-á influenciando (ou pelo menos assim pretendendo) o comportamento.¹¹

Como visto, as regras jurídicas podem fixar preços mais ou menos elevados para as possíveis ações a serem tomadas pelos indivíduos, de forma a influenciar como os mesmos irão se comportar. Contudo, para que as regras jurídicas possam cumprir com a sua função de fixadora de preços para as ações dos indivíduos, é necessário que o caráter de bem público da legislação seja assegurado, de forma a permitir o funcionamento do sistema de incentivos que a mesma constitui.

II – Caráter de Bem Público da Legislação

Oportuno mencionar que *a legislação¹² possui características de bem público, de acordo com conceito já bem consolidado na Ciência Econômica.*

Primeiramente, como é axiomático, registre-se que os bens públicos são aqueles ofertados pelo Estado em benefício da população, não sendo destinados (ou apropriados), pelo menos em princípio, a apenas um indivíduo ou agente em específico, o que nos faz lembrar do consagrado princípio jurídico da Isonomia. Saliente-se que para a Economia o conceito de bem público difere substancialmente daquele encontrado no Direito, especialmente no ramo Administrativo.

De acordo com Varian (2003), o consumo dos bens públicos pode ser feito simultaneamente por vários indivíduos, sem que haja aumento considerável, pelo menos em

¹¹ Evidentemente que quando se fala em influenciar o comportamento através das leis, há que se considerar aspectos como o nível de credibilidade quanto à imposição das normas por parte do Estado e de seus consecutórios, assim como da execução de seus julgados, como no caso das penalidades.

¹² Assim como a jurisdição.

tese, dos seus custos¹³, o que também ocorre com o “consumo” da legislação, sobremaneira quando considerada como infra-estrutura legal ou conformadora dos marcos regulatórios.

Portanto, o custo da produção de bem passível de ser utilizado pela coletividade não é superior daquele verificado quando o bem é destinado a apenas um indivíduo. Em outras palavras, o acréscimo de custo ocorrente pela utilização de mais de um indivíduo é nulo (custo marginal igual a zero ou próximo disso).

Outrossim, conforme Pindyck e Rubinfeld (2006), atribui-se aos bens públicos características como a não-rivalidade e a não-excluibilidade. Um bem cujo consumo é não-rival pode ser consumido por diversas pessoas ao mesmo tempo, sendo exemplo clássico na literatura econômica a segurança nacional. Por seu turno, um bem cujo consumo é não-excluível significa que não é possível impedir ou restringir o seu consumo pelos indivíduos, muito embora possam ser criados meios de fazê-lo, como, *verbi gratia*, pelo preço, pela autoridade ou pela ordem de chegada, entre outros.

Todavia, em razão da impossibilidade da adequada captura por parte dos agentes econômicos dos benefícios de sua produção (como, por exemplo, do lucro), o mercado não os oferta devidamente, gerando ineficiências, tanto na atividade social, como em termos de crescimento econômico.¹⁴ Neste tocante, o que, saliente-se, é deveras perceptível através da Teoria dos Jogos, de modo geral, em não havendo cooperação, não haverá estímulos para que os agentes econômicos isoladamente venham a instituir ou observar regramentos, uma vez que buscarão individualmente os melhores resultados para si em cada situação, circunstância esta, todavia, que pode não ser a mais eficiente.

De outro lado, o conceito de externalidades, também denominadas economias ou deseconomias externas, são efeitos positivos ou negativos gerados por atividades de produção ou consumo exercidas por determinados agentes, que acabam por atingir outros indivíduos, sem que haja a participação direta destes.

As externalidades são denominadas negativas quando geram prejuízos (como custos) para os demais agentes. De outro modo, as externalidades podem ser positivas quando os demais agentes, involuntariamente, são beneficiados, a exemplo dos investimentos governamentais em infra-estrutura.¹⁵

¹³ Vale ressaltar que os custos legislativos não são alterados pela extensão da população atingida pelos regramentos editados.

¹⁴ Some-se a impossibilidade da autotutela, exceto em casos excepcionais, constante da maioria dos sistemas legais.

¹⁵ Atualmente já se reconhece a existência de infra-estrutura legal e da necessidade de marcos regulatórios.

Neste sentido, compreende-se que os bens públicos são responsáveis por irradiar externalidades, uma vez que principalmente a oferta dos mesmos por parte do Estado é responsável por atingir a sociedade de modo geral. Assim, em razão de suas características, os bens públicos oferecem externalidades positivas, pois implicam na distribuição involuntária dos seus benefícios.

Neste contexto, podemos identificar o caráter de bem público que a legislação possui, atingindo não só aqueles diretamente envolvidos em situações de conflito ou demandas judiciais já estabelecidas, mas também a todos aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, vez que adaptam seus comportamentos às diretrizes legais. No mesmo sentido, deve ser salientado que as regras influem, consistentemente, nos custos de transação e na assimetria de informação e, portanto, na eficiência social e econômica.

Desta forma, compreende-se o caráter de bem público da legislação,¹⁶ a qual necessita incorporar as características acima elencadas, a fim de exercer, com plenitude, as funções pelas quais é concebida. Portanto, é o caráter de bem público da legislação que permite o funcionamento do sistema de incentivos que a mesma configura, prescrevendo mecanismos (regras jurídicas) que tanto visam a estimular os comportamentos almejados pelo legislador, quanto inibir as condutas sociais inadequadas e prejudiciais ao bem comum (ineficiente, como diriam os economistas).

Desta forma, certo é que a superação inadvertida de regras faz com que seja esmaecido o caráter de bem público das regras jurídicas, enfraquecendo o seu poder de influenciar comportamentos e, assim, gerando ineficiências. Em outras palavras, a não efetivação¹⁷ das normas por parte da jurisdição faz com que, em última instância, a própria lei (a legislação de modo geral) perca a sua finalidade, destituindo-a de sua função de orientar o comportamento social. Em alguns casos, até mesmo, pode ocorrer que os estímulos se tornem contrários àqueles pretendidos pela regra jurídica superanda.

As decisões individuais e o casuísmo judicial, portanto, tornam inoperante o sistema de incentivos, contribuindo para o comportamento errático e colocando em cheque todo o sistema legal. Com o enfraquecimento do caráter de bem público da legislação, a

¹⁶ Sobre o caráter de bem público dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos, ver CARVALHO, Cristiano e MATOS, Ely José de. “Entre Princípios e Regras: uma proposta de Análise Econômica no Direito Tributário” (2008). Ressalte-se, também, o caráter de bem público da jurisdição, especialmente das decisões emanadas pelos órgãos hierarquicamente superiores, conforme sustentado no artigo intitulado “As recentes alterações legislativas sobre os recursos destinados aos Tribunais Superiores sob a ótica da *Law and Economics*”, TIMM e NEUBARTH TRINDADE (2008).

¹⁷ Em outros termos, cumprimento, observância ou *enforcement*.

sociedade, como um todo, perde em termos de eficiência, haja vista o aumento dos custos de coordenação, informação, planejamento e deliberação, resultando em menor produto agregado (ou riqueza).¹⁸

Importante salientar, também, que o enfraquecimento do caráter de bem público da legislação faz com que o Estado seja onerado duplamente. Em primeiro lugar, porque é esperado que o número de demandas aumente, devido à inexistência¹⁹ prévia de balizas para o comportamento dos agentes, o que aumenta as incertezas e controvérsias, exigindo recursos para os seus enfrentamentos. Em segundo, porque o custo de solução das demandas também deve aumentar, haja vista que em não havendo²⁰ prescrição prévia dos consectários para as suas soluções (previsão das conseqüências para o descumprimento), haverá necessidade de se investirem recursos para, além da análise individual de cada caso,²¹ fazer frente aos custos de deliberação particular de cada caso.

IV – Modelo Maximizador: Eficiência através da Análise Econômica do Direito

Importante aqui salientar, justificando sua escolha como método, que diversos fatores foram decisivamente favoráveis ao surgimento e posterior difusão da Análise Econômica do Direito (ou *Law and Economics*). Em primeiro lugar, o tratamento matemático que os economistas passaram a conferir às suas teorias, através da utilização de modelos quantificáveis, de modo a permitir a verificação dos dados investigados, proporcionando maior segurança e confiabilidade às teorias apresentadas.

Outrossim, a circunstância supramencionada, isto é, a utilização da modelagem matemática, ensejou à Economia explicar ainda mais o comportamento humano, transcendendo as fronteiras da Economia tradicional, possibilitando a penetração em diversas outras áreas, de modo a tornar a Ciência Econômica muito mais do que apenas uma ramificação do conhecimento humano, na verdade, um método analítico e instrumental extremamente poderoso, passível de analisar a totalidade, ou quase, dos fenômenos humanos e sociais.

Assim, frise-se que na Análise Econômica do Direito são utilizados métodos próprios da Economia para solução de problemas jurídicos. Segundo essa perspectiva de análise, as pessoas são racionais e agem tendo em vista seus interesses (cálculo de custo-

¹⁸ Seja em termos de Eficiência Global ou Kaldor-Hicks.

¹⁹ Ou não sendo devidamente observadas.

²⁰ Ou não sendo devidamente aplicadas.

²¹ Necessária em qualquer julgamento.

benefício).²² Neste contexto, como já dito, as regras legais funcionam como preços, aos quais os agentes respondem dentro do cálculo antes referido. É um método pragmático e consequencialista, pois leva em conta os efeitos das decisões e das políticas públicas sobre o comportamento das pessoas (BRUNO SALAMA, 2008).

Acrescendo ao que já foi salientado, interessante ponderar que o pressuposto original dessa nova forma de análise - de que as normas jurídicas criam custos e benefícios para a realização das ações dos indivíduos ou agentes - torna o Direito, por consequência, suscetível de análise e tratamento, primordialmente, à luz da Teoria dos Preços, que é um ramo da Teoria Microeconômica, como visto acima.

Com efeito, perdem sentido prático as velhas discussões acerca da dogmática jurídica se feitas desconsiderando as consequências do modo como a jurisdição é exercida. Para os autores que trabalham com as premissas da Análise Econômica do Direito, *os litigantes são agentes econômicos racionais*. Eles agirão de acordo com a sua análise probabilística, ainda que intuitiva, no sentido em que o exame de custo-benefício indicar ganhos. E é exatamente aí que se torna possível utilizar a racionalidade econômica, bem como o instrumental da Economia, em especial da Análise Econômica do Direito, para alcançar a eficiência, de modo a irradiar efeitos para toda a sociedade.

Ademais, a abordagem econômica, por sua vez, dá ênfase às trocas e à substituição na margem como instrumentos para tornar explícitos os resultados das escolhas, que, *a priori*, são implícitos, o que faz com que na maioria das vezes não sejam percebidos.

Assim, tendo em conta a função das regras jurídicas de fixar preços para as ações dos indivíduos e a necessidade de se assegurar certas características de bem público para a legislação, a fim de garantir o funcionamento do sistema de incentivos que a mesma consubstancia, com a produção de externalidades para a sociedade, imperioso é que a superação de regras seja feita de modo coerente e consistente com a engrenagem a qual está inserida, de modo a não prejudicar o seu funcionamento.

Ocorre muitas vezes que os operadores do Direito não estão preparados para identificar quais são os reais objetivos das leis, geralmente apenas se preocupam com a questão da incidência (ou não) sobre determinados suportes fáticos. Menos preparados ainda estão para avaliar se efetivamente os regramentos estão cumprindo o papel para o qual foram propostos, isto é, se as leis estão alcançando os fins para os quais supostamente foram criadas.

²² Não se trata de uma racionalidade perfeita, mas limitada pelas informações e pela própria condição humana. Ainda assim, o homem é capaz de ordenar suas preferências e buscar aquela solução que lhe traga o maior benefício, tendo em conta o seu custo (posição ótima ou eficiente).

Nesse contexto, não há como perquirir sobre eficácia, menos ainda sobre os custos dessas normatizações. Não podemos negar a circunstância de que todo regramento envolve uma escolha, o que implica em um processo de troca. Dessa forma, não há também como furtar-nos a ponderar os custos envolvidos, mormente se a eficiência for um dos objetivos perseguidos. É justamente nesse ponto que a Economia traz os subsídios necessários, tornando explícitos os elementos envolvidos nesse processo eletivo.

Portanto, quando se diz que a lei busca a justiça, pressupõe que a autoridade da lei está sendo exercida para proteger e dar eficácia a um direito já definido legalmente. Dessa forma, percebemos que o termo justiça, muitas vezes, pode não ter um conteúdo ético preconcebido, não informando valores, tampouco informando sobre a moralidade de determinados direitos formalmente estatuídos.

Pertinente é a ponderação de Lucas (1989, pg. 31): "[...] a idéia formal de igualdade ou justiça, como guia de política social, é destituída de qualquer sentido e permite a concepção de todos os tipos de proposta em nome da justiça".

São nesses vácuos conceituais que a Economia ganha ainda mais importância, fornecendo valores precisos, além de revelar os verdadeiros resultados dos regramentos, independentemente das supostas pretensões iniciais.

Portanto, as leis influenciam nos custos, criam incentivos e alteram comportamentos. É importante, de qualquer modo, saber o custo das noções preconcebidas como Justiça, Moral, Equidade, entre diversos outros conceitos dogmáticos. A Economia pode nos revelar hipóteses ocultas, até mesmo incoerentes.

Ademais, é importante destacar que normalmente o vocabulário e o instrumental econômico se revelam mais imparciais do que aqueles utilizados no Direito, os quais, muitas vezes, mesmo que subliminarmente, estão carregados de subjetivismos e julgamentos de ordem moral, nem sempre identificáveis de plano.

Aspectos distintivos da Análise Econômica do Direito relativamente às demais Escolas Jurídicas

É imperioso reiterarmos que uma das maiores contribuições da Análise Econômica do Direito é a maneira pela qual os economistas tendem a converter as disputas sobre equidade, justiça e moral em disputas sobre eficiência. Uma das explicações para tanto é porque os adeptos da Análise Econômica do Direito, diferentemente dos demais estudiosos tradicionais do Direito, buscam mensurar os efeitos das regras legais no mercado de preços.

O resultado da ponderação desses efeitos é eliminar os efeitos distributivos das mudanças das normas. Nesse caso, esta circunstância se explica porquanto os adeptos da Análise Econômica do Direito, também diferentemente dos demais analistas do Direito, assumem que os regramentos modificam o comportamento dos agentes, em função da racionalidade econômica.

Portanto, quando analisamos as normas legais, devemos não só indagar os resultados buscados nos casos particulares e perseguidos diretamente pela legislação em foco, mas igualmente devemos examinar os efeitos sobre o comportamento daqueles agentes que conhecem as regras e modificam suas ações e comportamentos pretendendo alcançar os melhores resultados para si, ponderando os custos e benefícios decorrentes das normas.

Também devemos observar que a Análise Econômica frequentemente demonstra a existência de argumentos de eficiência para regras que usualmente pensávamos ser baseadas unicamente em conceitos de justiça ou puramente jurídicos, corroborando a finalidade de eficiência da legislação.

V – Requisitos Substanciais

Importa desde já salientar, como bem observa Humberto Ávila, que “*ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução dos conflitos sociais*”.²³

Ainda neste sentido, oportuno ressaltar a superioridade de resistência horizontal das regras frente aos princípios. Assim, considerando que as regras possuem caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para a adoção da conduta, cabe ao julgador aplicar a regra cujo conceito seja finalmente correspondente aos fatos, o que revela eficácia de resistência horizontal superior a dos princípios, tornando as suas hipóteses, via de consequência, mais restritivas.

A seguir, considerando que as regras estabelecem previamente decisões para conflitos entre razões colidentes, não cabe ao aplicador substituir, pura e simplesmente, a ponderação legislativa pela sua, o que confere às regras uma eficácia decisiva que os princípios não possuem. Ademais, as regras têm eficácia definitiva dos princípios, porquanto

²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pg. 114.

vários dos ideais cuja realização é por eles determinada já se encontram ponderados e regrados, não cabendo ao julgador concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele previsto pela Constituição.

Mais, admitindo-se que as regras são instrumentos de solução, geralmente, previsível, eficiente e equânime dos conflitos, sua superação será tanto mais árdua quanto mais imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral a sua inobservância poderá provocar. Vale dizer, tanto mais difícil será a sua superação, quanto mais potencial houver de comprometimento do valor ou valores substanciais específicos que a regra objetiva promover, bem como do funcionamento do sistema de incentivos da qual a mesma faz parte. Frise-se, então, por pertinente, que o grau de resistência das regras é bastante variável.

Assim, no que tange aos requisitos substanciais, mandatório inicialmente ressaltar que o valor subjacente à regra vincula o grau de resistência à sua superação. Portanto, a possibilidade da superação das regras está inversamente relacionada ao comprometimento do fim que as subsidia, isto é, implica na ponderação dos resultados que a inobservância irá gerar frente aos objetivos que justificam a sua elaboração (valor substancial específico).

Deste modo, muito embora possa haver subsunção dos fatos à hipótese da regra, a consequência do seu descumprimento pode não ser aplicada, porquanto em casos específicos a sua inobservância pode não comprometer a promoção do fim que a justificava, ou até mesmo melhor contribuir para a sua obtenção.

Como é elementar, somente será possível aferir a possibilidade de superação de determinada regra se analisado o caso concreto em que recaía esta pretensão. Nesta esteira, deve ser averiguado se a inobservância da regra superanda não irá afetar negativamente o valor que justificou a sua edição ou, em outras palavras, se não irá alterar o preço relativo da ação (ou inação) fixado na figura legal.

De forma intuitiva, considerando que as regras fixam preços para as ações dos indivíduos, ao se pretender suplantar a aplicação de uma regra em um caso específico, é necessário aferir se essa inobservância não restará por modificar os preços relativos e, portanto, alterar a equação de equilíbrio (e os resultados esperados) almejada pela regra.

Ademais, frise-se que a superação está vinculada tanto à promoção do valor substancial específico subjacente à regra (valor substancial específico), como visto acima, quanto à realização do valor subjacente a todas as regras, qual seja, a segurança jurídica. Neste particular, infere-se que a segurança jurídica diz respeito à integridade do sistema de incentivos que as regras jurídicas consubstanciam.

Neste ponto, admitindo que a segurança jurídica diga respeito ao sistema de incentivos que a legislação configura, percebe-se que o nível de sua promoção está vinculado à frequência potencial de reaparecimento de situações similares.

Nesta esteira, cabe mencionar que a superação de uma regra não se circunscreve tão somente à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios, mediante a criação de regras concretas de colisão. Com efeito, imprescindível que no processo de construção da solução de um caso seja feita a análise de sua repercussão quanto à maioria dos casos, isto é, a decisão individualizante de superar uma regra deve pressupor a ponderação de seu impacto para a aplicação da regra em geral, devendo ser respeitado o equilíbrio entre justiça²⁴ geral e individual pretendido pelo sistema jurídico.

Sem embargo, deverá restar demonstrado que a superação da regra não provocará insegurança jurídica. Assim, considerando que as regras são meios utilizados pelo Poder Legislativo para reduzir controvérsias, incertezas e arbitrariedades, assim como evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento, deve ser nitidamente demonstrado que o modelo de generalização não será afetado.

Caso contrário, havendo prejuízo à segurança jurídica e, conseqüentemente, ao sistema de incentivos que as regras jurídicas consubstanciam, emergirá problemas no tocante ao cálculo de custo-benefício realizado pelos agentes ao escolher suas condutas, desajustando a equação de equilíbrio que incentiva o comportamento almejado pela regra, com a alteração dos incentivos que atuam sobre os indivíduos, inclusive podendo motivar a prática das condutas que justamente se visava a evitar com a elaboração das normas legais analisadas.

Possível constatar que se a verificação quanto à integridade dos preços relativos diz respeito à situação particular, na qual é ponderada a possibilidade da superação da regra, revelando caráter estático e *ex post*; de outro lado, a verificação quanto à integridade do sistema de incentivos que a regra superanda faz parte diz respeito às potenciais situações análogas e futuras, que podem ser influenciadas pela superação pretendida, possuindo caráter dinâmico e *ex ante*.

Ademais, a verificação quanto à integridade do sistema de incentivos refere-se não só às situações análogas que podem ocorrer, ou seja, especificamente relacionadas à regra em questão, mas também a todo o sistema jurídico, que pode ser afetado pela superação da regra.

²⁴ Ainda que adotado critério como o da eficiência para nortear o conceito de justiça, por exemplo.

De modo geral, a ponderação antecedente à superação de regras deve considerar se não resultarão mais prejuízos valorativos do que benefícios (*more harm than good*), considerando-se tanto a promoção do fim que subsidia as suas edições (questão ligada à fixação dos preços relativos), quanto à integridade do sistema de incentivos que compõem.

Por fim, superados os dois requisitos anteriores, para que seja admitida a superação, deverá, ainda, ser demonstrada a obtenção de maior eficiência, em termos econômicos. Por conseguinte, o presente modelo introduz requisito que o distingue, sobremaneira, dos demais modelos eminentemente jurídicos até então propostos, porquanto exige que a situação resultante de eventual superação de regra jurídica seja mais eficiente economicamente, seja em termos alocativos, de riqueza global ou Kaldor-Hicks.

VI – Aspectos Procedimentais

Como já mencionado, muitos antes de servir como estímulo para a inobservância de regras jurídicas, reitera-se que a proposição do modelo de superação aqui descrita objetiva tornar a atividade jurisdicional passível de verificação e controle, de modo a exaltar o seu caráter excepcional, ensejando a otimização de sua prestação.

Assim, o presente tópico revela-se de grande importância pragmática, tendo em conta que visa a disciplinar a demonstração e a comprovação dos requisitos substanciais antes mencionados. Desta forma, importa que sejam definidos os aspectos procedimentais para o fenômeno em análise, de modo a garantir uniformidade e segurança em sua realização, buscando padronização, com procedimentos objetivos e sistematizados, que permitam aferição dos julgados e análises comparativas, ambicionando evitar, desse modo, ineficiências.

Neste sentido, ainda que se reconheça que a superação de regras seja fenômeno incontornável em alguns casos, a sua realização deve ser admitida de forma eminentemente restritiva, devendo ser concretizada, portanto, considerando-se tal circunstância, o que implica, inarredavelmente, em exaustiva demonstração da excepcionalidade do caso, o que deve ser feito por meios além da simples argumentação jurídico-normativa e dogmática.

De qualquer modo, para a superação de uma regra deve haver demonstração, no caso concreto, de que a inobservância da regra não irá comprometer a busca pela finalidade subjacente à regra, isto é, a promoção da finalidade substancial específica que justificou a sua edição, apontando-se a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige. Em outras palavras, *se a inobservância não ira comprometer o preço*

relativo das condutas descritas no suporte fático da norma. Neste sentido, revela-se inteiramente aplicável a Teoria dos Preços.

Ademais, deve restar devidamente demonstrado e comprovado de que a inobservância da regra não irá prejudicar o sistema de incentivos do qual a mesma faz parte, destituindo-o da serventia de balizador do comportamento, como pretendia a regra. Neste sentido, deve ser provado, através dos meios adequados, *a ausência do aumento excessivo das controvérsias, das incertezas e das arbitrariedades, assim como da inexistência de problemas significantes de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento.*

Em outras palavras, deve ser demonstrado que o afastamento da regra não provocará insegurança jurídica, evidenciando que o modelo de generalização não será significativamente afetado. Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a suposta justiça individual não afetará substancialmente a justiça geral.

Não obstante, deverá haver comprovação da obtenção de maior eficiência econômica com a situação obtida através da superação da regra que se pretende superar. Para tanto, considerando todos os requisitos de ordem material, muito além da argumentação jurídico-normativa e dogmática, é imprescindível que sejam trazidos elementos objetivos e verificáveis, sendo que a Economia nos proporciona inúmeros subsídios capazes de atender esta pretensão, pelo que serão elencados, a seguir, alguns dos principais conceitos e instrumentos aptos para tanto.

Eficiência

Conforme esclarece Spector (2004), de acordo com a cultura jurídica tradicional, o valor supremo da ordem jurídica é o conceito dogmático de Justiça. Nesse sentido, conforme a visão clássica da idéia de Justiça concernente ao Direito, são reconhecidos, precipuamente, três pressupostos normativos, sejam eles: que a alocação dos direitos de propriedade deve estar guiada pela Justiça Distributiva ou Social; que as reparações (ressarcimento) dos prejuízos causados pelas ações culposas devem ser norteadas pela Justiça Reparadora; e que os contratos devem ser celebrados e cumpridos pela Justiça Comutativa.

A Análise Econômica do Direito, por seu turno, introduz o conceito de Eficiência, não renegando, obviamente, os demais conceitos.²⁵ Nessa esteira, é importante esclarecer que

²⁵ Posner (1988) foi ainda mais longe ao defender que a maximização da riqueza deveria ser o único objetivo a guiar a administração da Justiça no âmbito do Direito Privado.

os economistas utilizam duas noções diferentes de eficiência, seja a eficiência alocativa (ou produtiva), seja a eficiência distributiva.

Primeiramente, no que diz respeito à eficiência alocativa, devemos advertir que essa idéia emana do conceito de eficiência definido pelo economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), corporificada na figura conhecida entre os economistas como Ótimo de Pareto, definida como a situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômico), sem piorar a situação de qualquer outra.

Uma mudança de um estado de alocação de recursos S^1 para uma situação S^2 é Pareto superior quando, comparando S^1 e S^2 , as partes envolvidas estão em S^2 ao menos em igualdade de condições se comparado com as condições em que estavam em S^1 e, ao menos, se alguma das partes esteja em melhores condições em S^2 do que estava em S^1 .

Portanto, o que é corolário lógico dessa premissa, é que uma economia é produtivamente eficiente se produz tantos bens e serviços quanto possíveis. Assim, ao compararmos dois estados, S^1 e S^2 , por exemplo, podemos dizer que S^1 é produtivamente mais eficiente que S^2 , se em S^1 é produzida maior quantidade de algum dos bens (ou de ambos), sem que tenhamos que reduzir a produção de algum deles.

Na figura a seguir,²⁶ o ponto M descreve uma alocação eficiente de Pareto, onde cada indivíduo está situado em sua curva de indiferença mais alta possível, dada a curva de indiferença da outra pessoa. Outrossim, importante salientar que a linha que liga estes dois pontos denomina-se de Curva de Contrato, conforme se vê abaixo.

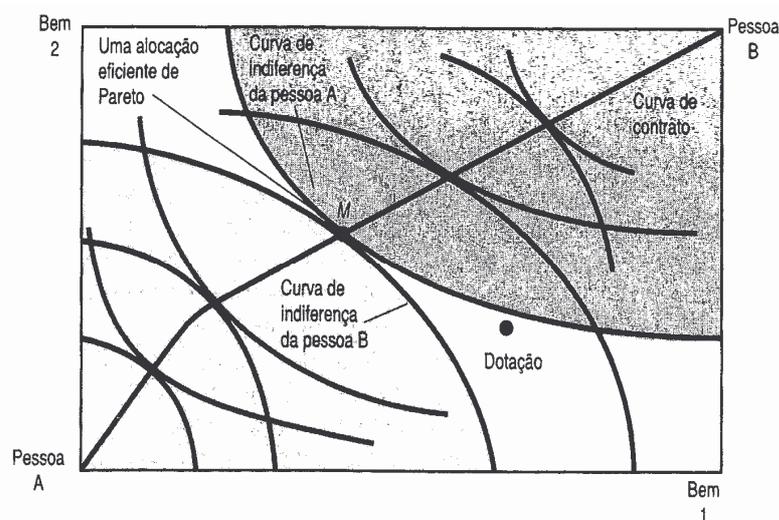


Figura 5 – Alocação Eficiente no Sentido de Pareto

²⁶ VARIAN, Hal R. Microeconomia. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, pg. 581.

Diante desta noção de eficiência paretiana, depreendemos que não é necessário calcular os benefícios e custos de diferentes pessoas, isto é, podemos utilizar a mesma taxa marginal de utilidade, o que afasta a difícil, extremamente onerosa e, muitas vezes até mesmo infactível tarefa, pelo menos no estágio atual da tecnologia, de realizar comparações interpessoais. Dessa forma, por exemplo, se uma mudança de estado ocasionada pela promulgação de uma norma jurídica é Pareto superior, podemos inferir que não existem prejudicados, não havendo necessidade, portanto, de comparar os ganhos e perdas individuais de cada uma das pessoas ou agentes afetados.

Suponhamos duas pessoas A e B, que promovam trocas de bens entre si em uma economia de mercado, alcançando diferentes situações de utilidade ao passar do tempo. Nesse tocante, é importante referir a noção da chamada Fronteira de Utilidade, que é a representação gráfica da situação na qual não é possível obter melhorias para qualquer dos participantes, sem que seja prejudicado pelo menos algum deles, o que coincide com o conceito de eficiência paretiana.

Neste sentido, podemos citar a temática dos Direitos de Propriedade, em que a garantia a tais direitos, consagrados através da Liberdade de Contratar, facilita a obtenção de situações de Ótimo de Pareto, permitindo aos indivíduos alcançar a Fronteira de Utilidade, mediante trocas voluntárias, em que cada agente poderá buscar a maior aproximação possível daqueles bens aos quais impute maior valor.

De modo contrário, quando não é assegurado o direito à Livre Contratação, dificilmente serão encontradas situações nas quais os indivíduos atingirão o mesmo nível de satisfação comparado às conjunturas em que são garantidas as possibilidades de transacionar.

Por exemplo, as decisões judiciais que enfraquecem os Direitos de Propriedade, assim como avolumam os custos de informação, coordenação e transação, dificilmente não prejudicarão o bem-estar social.

Na prática, pelo menos na maioria dos casos, a aplicação de uma regra jurídica produz favorecidos e desfavorecidos²⁷ (fato comumente olvidado, intencionalmente ou não, no processo legislativo). Nesses casos, faz sentido empregar as noções de eficiência, sobremaneira quando a soma dos ganhos dos beneficiados é maior que a conta de prejuízo dos prejudicados, o que nos permite avaliar a possibilidade de que os ganhadores possam compensar os perdedores e, ainda assim, reter benefícios (é o caso do inadimplemento

²⁷ Da mesma forma, enquanto o conjunto de regras gerais e abstratas, típicas da legislação, tem o caráter de bem público, a aplicação da lei ao caso concreto, através de regras individuais e concretas, torna os direitos e deveres legais em bens privados: se um direito é atribuído a um dos litigantes e, portanto, não ao outro, passa a ser exclusivo e rival, características dos bens privados.

eficiente, por exemplo). É importante advertir que a mera existência de prejudicados não exclui que as trocas (aqui voluntárias ou não, por exemplo, reguladas através das regras jurídicas) sejam Pareto superiores. De fato, pode ocorrer que os beneficiados sejam induzidos a compensar os prejudicados, de modo que estes permaneçam na mesma posição em que estavam antes das alterações, viabilizando, assim, as mudanças.

Do mesmo modo que a noção de Utilidade Global, a aplicação do conceito de Eficiência de Kaldor-Hicks pressupõe comparações interpessoais. Todavia, para evitar a necessidade de medir utilidades, define-se a Eficiência Kaldor-Hicks em função da riqueza que se ganha e que se perde provocadas pela imposição de uma norma jurídica.

Nesse diapasão, quando somente há um bem envolvido, podemos supor que este tenha o mesmo valor para todos os indivíduos, independente de quem efetivamente o possua. Entretanto, na realidade, a suposição da existência de somente um bem é por demais simplista, o que nos faz utilizar o conceito de Cestas de Bens. Portanto, devemos recorrer a um sistema de preços expressos em unidades monetárias, o que afasta as dificuldades comparativas. A moeda consagra uma escala ordinal para medir os benefícios e prejuízos relativos ocasionados por uma mudança legal imposta por uma norma jurídica. Assim, permite-se interpretar o princípio de Eficiência Kaldor-Hicks no sentido de que sustenta que uma troca social é preferível se aumenta a variável riqueza.

Alocação Eficiente dos Direitos

Em uma economia de mercado, as pessoas trocam entre si bens e serviços, de acordo com suas preferências e, dessa maneira, em tese, aproximam-se da linha de Fronteira de Utilidade (situação em que não é possível que ninguém melhore sua posição sem ao mesmo tempo piorar a dos demais), movendo-se através dela. Quando as pessoas se encontram em um ponto Pareto Ótimo, não é possível atingir uma alocação de recursos superior.

Dessa forma, é sabido que diversos fatores podem fazer com que o mercado não alcance um Ótimo de Pareto. Entre eles, podemos mencionar uma deficiente demarcação dos Direitos de Propriedade. Por exemplo, se não estão garantidos os Direitos de Propriedade sobre certo lote de terreno, em razão de legislação falha ou de sua ineficiente aplicação, ninguém terá incentivos para dedicá-lo a um propósito útil.

De modo geral, os autores contratualistas clássicos, como Hobbes, Hume e Locke, sustentam que o estabelecimento da sociedade civil, particularmente a proteção jurídica dos

Direitos de Propriedade, constitui uma condição indispensável para que uma comunidade se mova em direção ao Ótimo de Pareto. Esse ponto é abordado por autores como North e Thomas (1973), Alchian (1961) e Demsetz (1964).

O conceito de custos de transação pode servir para distinguir os Direitos Reais, os Direitos Contratuais e a Responsabilidade Civil. Basicamente, os Direitos de Propriedade e as Ações Contratuais se ocupam em assegurar a eficiência econômica em contextos nos quais ditas transações são possíveis.

Diferentemente, as normas concernentes à Responsabilidade Civil buscam gerar eficiência econômica naquelas áreas em que os custos de transação dificultam ou impedem as negociações voluntárias. Por exemplo, não é possível que todo condutor negocie com todo outro condutor ou pedestre para estabelecer a forma pela qual solucionarão os sinistros derivados de um eventual acidente de trânsito.

Existindo custos de transação, o Teorema de Coase nos indica que a alocação dos Direitos de Propriedade unicamente por contrato pode não ser a solução mais eficiente. Então, as normas de responsabilidade extracontratual outorgam ao juiz a possibilidade de fixar um preço como reparação pela transgressão (intencional ou negligente) de um Direito de Propriedade sobre um bem físico ou ao Direito à Vida e à Integridade Física. O preço mencionado (indenização) não é acordado pelas partes previamente, precisamente pela impossibilidade de que haja acordos anteriores à transgressão.

Desse modo, as normas sobre Responsabilidade Civil buscam alcançar que as pessoas realizem atividades de risco socialmente úteis com níveis eficientes de precaução. Esse objetivo é atingido fazendo-se com que, em determinadas condições, o causador do dano, a vítima, ou ambos (nos casos de culpa concorrente), assumam as perdas derivadas dos danos (CALABRESI, 1961).

O procedimento pelo qual o causador do dano assume os custos gerados pelo seu comportamento ineficiente ou negligente se denomina “internalização”. Graças à responsabilidade extracontratual, o potencial causador de um dano deve incluir (internalizar) esse custo em seu cálculo de custos e benefícios, a fim de decidir que nível de precaução tomar.

De outra forma, esse custo seria uma externalidade, isto é, uma consequência (negativa) que recairia sobre a vítima e que, naturalmente, o causador do dano não teria porque incluí-lo em seu cálculo racional.

As normas do Direito Contratual buscam desincentivar os descumprimentos contratuais, já que se supõe que cada contrato particular foi celebrado voluntariamente, representando um passo positivo na direção ao ponto de Ótimo de Pareto.

Do mesmo modo, impor o cumprimento contratual a todo custo (sem opção de rescisão, com o devido pagamento de danos e prejuízos) pode resultar contraproducente em termos de eficiência. Isso ocorre quando a parte contratante pode obter com o descumprimento um benefício que supera o prejuízo ocasionado à outra parte, ou seja, ainda será vantajosa a ruptura do contrato, mesmo que acrescidos os pagamentos dos danos e prejuízos correspondentes.²⁸

Outrossim, deve-se mencionar que a maioria dos temas tratados pela Análise Econômica do Direito se vale de teorias econômicas já estabelecidas para analisar o Direito e os impactos das normas legais, porém pelo menos existe uma área em que a interação entre o Direito e a Economia resultou em um substancial novo ramo da Teoria Econômica. É um conjunto de idéias originadas no trabalho de Coase (1960), conhecido como Teorema de Coase.

Em síntese, dadas as dificuldades enfrentadas tipicamente na solução dos conflitos judiciais, o Teorema de Coase afirma que na ausência de custos de transação e de interação estratégica, uma demarcação precisa dos direitos de propriedade, transferíveis, assegura a obtenção da solução mais eficiente, dispiciendo a quem são alocados estes direitos. Vale ainda referir que o conceito de custo de oportunidade é o alicerce desse Teorema, assim como de considerável parte da Análise Econômica do Direito.

Análise Quantitativa

A Economia se vale da Estatística e da Econometria, que podem e devem ser utilizadas para mensurar os impactos das leis, bem como identificar as reais causas fáticas dos fenômenos abordados pelo Direito. Aliás, há disponibilidade de modernas técnicas, como por exemplo, a análise de regressões múltiplas, que visam a separar os efeitos de diferentes variáveis individuais, constantes nos dados agregados, somente sendo passíveis de percepção com o manejo do arsenal adequado, que certamente muito contribuirá para os procedimentos investigativos, em qualquer fase e procedimento, especialmente na superação de regras.

²⁸ Deve-se lembrar que a Análise Econômica do Direito não sustenta que a eficiência é o único valor digno de ser promovido. Como já mencionamos, as análises de cunho econômico, sobremaneira dos tipos preditivos, não somente investigam as propriedades relativas à eficiência dos efeitos, como também diversas outras, podendo incluir, por exemplo, questões concernentes à Justiça Distributiva.

Mensuração de Bens Imensuráveis ou Intangíveis

Para qualquer avaliação entre diversos elementos, devemos definir um critério comum como parâmetro e unidade de medida, de modo a permitir comparações. Assim, é preciso não confundir a mensuração através de unidades monetárias com preocupação exclusiva quanto aos aspectos meramente financeiros.

Nesse sentido, importa esclarecer, mesmo que de forma sucinta, que os benefícios econômicos são medidos pela disposição de pagar dos indivíduos. Ou seja, partimos da noção de benefícios que os economistas possuem, a qual é análoga à noção utilitária de felicidade, mas de uma felicidade alimentada pela disposição de pagar, a fim de se obter uma unidade de conta comum. Assim, a medida da disposição de pagar busca uma indicação quantitativa da intensidade individual das preferências, o que, inclusive, permite comparações transitivas, isto é, entre indivíduos.

Justamente nesse tocante é que, muitas vezes, verificamos grandes discussões, pois supostamente alguns bens não são passíveis ou estão sujeitos às quantificações monetárias. Estes, comumente, são denominados “bens de valor imensurável” ou, também, “bens intangíveis”, como, por exemplo, vida, sentimentos, liberdade, meio-ambiente e afeto.

De qualquer modo, embora possam parecer, *prima facie*, não quantificáveis, não podemos negar que os indivíduos possuem escalas ordenadas de preferências ou prioridades, o que permite, a toda evidência, a atribuição de critérios que permitam comparações, como é o caso da unidade monetária utilizada na Economia, com escopo precipuamente ordinal. Com efeito, todos os dias são quantificados monetariamente bens que não possuem estimação mercadológica, mas que indiscutivelmente possuem valor, muitas vezes, aliás, são os que mais os possuem, e, portanto, devem sim ser escalonados, através de critérios claros, ordenados e verificáveis, ainda que não plenamente mensuráveis.

Quando os indivíduos agem, estão originariamente em um processo de escolha, no qual ponderam quais interesses priorizarão. Assim, completamente sem razão acreditar que pretender imputar valores monetários a bens fora do mercado estaria desprestigiando-os, muito pelo contrário. Na verdade, a sociedade deve definir claramente quais valores priorizará, bem como mais intensamente pretende proteger, de modo a tornar o preço pago pela escolha proporcional à importância do bem ofendido ou preterido. O que não se pode, em realidade, é, por falta da eleição de critérios claros e previsíveis, deixar-se de proteger os valores que são mais caros à sociedade.

Exatamente nesse cenário, a legislação e as instituições revelam todo o seu potencial, pois devem demonstrar claramente os preços pagos pelas escolhas dos indivíduos,

assim como efetivamente fazer valer tais ordenamentos, a fim de permitir que as escolhas dos indivíduos estejam exatamente de acordo com as suas verdadeiras intenções, dentro de uma engrenagem prévia e claramente constituída, estimulando (e não obrigando) as ações que são eleitas como meritórias pela sociedade como um todo, de forma democrática.

Processo de Escolha e Custos de Oportunidade

Como já salientamos, a Economia se preocupa com as escolhas e alternativas disponíveis, assim como com as oportunidades desperdiçadas com a aplicação de recursos nas decisões individuais e políticas.²⁹

Desta forma, consideramos que a Teoria Econômica supõe que as pessoas tomam decisões maximizando a diferença entre benefícios e custos, determinados por suas preferências (subjetivas) e pelas circunstâncias em que atuam. Quando uma pessoa possui informação perfeita sobre os resultados que duas opções terão, elegerá entre elas considerando a utilidade desses resultados, ponderada, é claro, a partir de seus critérios de utilidade.

Portanto, tendo o conhecimento de que os instrumentos econômicos de análise estão plenamente aptos a atender estas peculiaridades, revela-se a aptidão da Análise Econômica para enfrentar essas situações, as quais, em outras formas analíticas, não são e nem mesmo podem ser percebidas.³⁰

²⁹ Segundo Veljanovski (1994, pg. 113):

“No âmbito da economia encontra-se a hipótese de que as pessoas agem de maneira propositada para selecionar alternativas e quantidades que maximizem seu bem-estar, tal como elas o percebem. É essa hipótese que dá à economia o seu poder explicativo, a capacidade de antecipar, de maneira melhor que outras disciplinas, as conseqüências de mudanças das condições da escolha.

[...]

A teoria da escolha, que sustenta a economia, leva a uma visão fundamentalmente da lei, a qual, mesmo não sendo estranha aos advogados, não faz parte da essência de suas considerações. Conforme mostrei anteriormente, os economistas vêem a legislação como uma máquina de preços. A sua estrutura de deveres, direitos e obrigações cria um sistema de limitações e penalidades que altera os benefícios líquidos dos diferentes tipos de ação. Colocando o assunto de maneira simples, a lei estabelece preços para o comportamento humano e os tributa, influenciando-o, portanto”.

³⁰ Segundo, ainda, VELJANOVSKI (1994, p. 60), pelo que se faz pertinente transcrevê-las:

“O debate sobre os benefícios econômicos ultrapassou o conceito de custos de oportunidade dos economistas. O que representa um benefício para uma pessoa significa, freqüentemente, um custo para outra.

[...]

O custo econômico de algo representa o valor do bem que deixou de ser produzido para que o primeiro o fosse. Isto é, o custo econômico de algo se incorpora no valor da alternativa sacrificada. Se produz um bem, os custos de produção refletem não apenas os meus gastos em mão-de-obra, instalações e matérias-primas, mas também o lucro sacrificado por não usar esses mesmos recursos na produção da próxima melhor alternativa de aproveitamento desses fatores escassos. Segue-se daí que a noção econômica de lucro incorpora uma taxa

Teoria dos Jogos

Por fim, diga-se que a teoria dos jogos adquire grande destaque na Análise Econômica do Direito, e em especial na análise do fenômeno da superação de regras, porquanto consiste na aplicação da lógica matemática ao processo de tomada de decisões. Assim, é permitido analisar inúmeras espécies de interação entre agentes econômicos, caracterizadas, geralmente, por conflitos de interesses, informação incompleta e acaso. Neste diapasão, a Teoria dos Jogos se revela poderosa ferramenta de análise dos efeitos sobre o comportamento dos agentes a partir de mudanças nas regras jurídicas ou em suas aplicações.

VII – Breve Estudo de Casos

O primeiro exemplo³¹ refere-se a uma regra que condicionava o ingresso em um programa simplificado de tributos federais à ausência de produtos estrangeiros. Assim, os participantes do programa não poderiam efetuar operações de importação, sob pena de exclusão. Contudo, uma pequena fábrica de sofás efetuou uma importação e, portanto, foi sumariamente excluída do programa. A referida importação dizia respeito, tão somente, a quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez.

No caso, foi justificada a possibilidade da superação da regra porquanto, em suma, não foi comprometida a promoção da finalidade subjacente a regra (seja ela o estímulo a produção nacional por pequenas empresas), bem como não prejudicava a promoção da segurança jurídica, uma vez que a circunstancia particular não seria facilmente reproduzida, alegável ou demonstrada por outros contribuintes.

No mesmo sentido, sem obviamente renegar os argumentos antes expendidos, podemos facilmente demonstrar através da Análise Econômica do Direito os motivos que justificam a superação da indigitada regra jurídica no caso concreto. Primeiro, no que diz respeito ao não comprometimento da promoção da finalidade subjacente à regra, ou seja, o

"normal" de rendimento sobre o capital (por exemplo, o que se ganharia num depósito bancário remunerado). Não deve, portanto, ser confundida com o conceito de lucro dos contadores. Se a aplicação desse capital na sua próxima melhor alternativa resulta num rendimento maior do que o que está sendo presentemente conseguido, isso significa que estou tendo perdas econômicas e não lucros, embora esteja gerando lucros contábeis. O investidor prudente perceberia essa situação e trataria de reorientar suas atividades no sentido da alternativa mais rentável. Essa é a razão pela qual os economistas dizem, num aparente paradoxo, que numa situação de concorrência perfeita as empresas não têm lucros 'econômicos'".

³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pg. 115.

estímulo da produção nacional por pequenas empresas, percebemos claramente que a superação da norma *não altera o preço para a adoção do comportamento indesejado, ou seja, o preço pago pela importação de produtos estrangeiros, não alterando o cálculo de custo-benefício, inclusive para o contribuinte em específico, porquanto não foram criados incentivos para que fossem importados produtos importados ao invés de produzi-los no caso em análise, de modo a não implicar na realização de qualquer tipo de concessão à finalidade da regra no caso sub judice.*

Outrossim, a superação da regra, em si, não irá afetar o sistema de incentivos do qual a regra em análise faz parte, porquanto *não serão criados incentivos para que os demais produtores (ou mesmo consumidores) substituam a produção própria pela importação dos bens.* Desta forma, nem o preço dos comportamentos envolvidos foi alterado, tampouco e conseqüentemente o mecanismo de incentivo que a mesma constitui, o que indica a possibilidade de sua superação.

Ainda, é facilmente perceptível que *a superação desta regra no caso concreto fará ser atingido ponto de maior eficiência econômica, uma vez que a produção de riqueza evidentemente será maior,* despiendo inclusive demonstrações matemáticas para tanto.

O segundo exemplo,³² por sua vez, trata de uma regra que condicionava o conhecimento de determinado recurso à juntada de cópias legíveis da decisão recorrida e dos documentos que comprovassem a discussão existente nos autos. Todavia, apresentou-se recurso sem a juntada de cópias da petição e do despacho que a indeferiu. Inconformado com a não admissão do recurso, o recorrente interpôs recurso *alegando violação ao princípio da universalidade da jurisdição e excessivo formalismo na interpretação da regra que exigia a juntada de documentos.* O tribunal, por sua vez, manteve a decisão de inadmissibilidade do primeiro recurso, sob o argumento de que o recorrente deveria instruir seu recurso com todas as peças essenciais ao entendimento do assunto nele tratado, já que essa exigência não está a serviço do formalismo inseqüente, mas da segurança das partes e da garantia do devido processo legal.

Nesse caso, o fato previsto na hipótese da regra ocorreu, e a conseqüência do seu descumprimento, apesar do prejuízo da parte, foi aplicada, *porquanto a falta da adoção do comportamento por ela previsto comprometia a promoção do fim que a justificava, seja ela a segurança das partes.*

³² Idem, pg. 117.

Neste caso concreto, argumentou-se pela impossibilidade porquanto a aceitação da decisão de superar a regra, seja a admissão do recurso apesar da ausência de documentos legalmente obrigatórios, *prejudicaria a promoção da finalidade subjacente a regra, isto é, a garantia da segurança das partes*. Mais ainda, a aceitação da decisão individual discrepante da hipótese da regra geral prejudicaria a promoção da segurança jurídica em geral, por dois motivos. Primeiro, porque a circunstancia particular, ou seja, *a alegação de prejuízo ou formalismo excessivo na interposição de recurso sem os requisitos legais seria facilmente reproduzível ou alegável por outros recorrentes*. Segundo, porque a ausência do preenchimento dos requisitos legais *prejudicaria drasticamente a segurança jurídica, vez que as partes não saberiam quais imposições efetivamente observar, uma vez que relativizado o formalismo instrumental*.

Assim, da mesma forma, sem renegar os argumentos já expendidos, podemos facilmente demonstrar através da Análise Econômica do Direito os motivos que revelam a impossibilidade da superação da indigitada regra jurídica no caso concreto. Primeiramente, no que diz respeito ao comprometimento da promoção da finalidade subjacente à regra, percebemos claramente que a superação, no caso, iria alterar o preço para a adoção do comportamento desejado, isto é, tornaria mais vantajoso para o recorrente não se preocupar em demasia com a juntada dos documentos porventura necessários para a apreciação do mérito recursal, ante o encarecimento do comportamento desejado relativamente ao comportamento indesejado, implicando na alteração do cálculo de custo-benefício.

Conseqüentemente, a superação da regra afetaria o sistema de incentivos do qual a regra em análise faz parte, porquanto seriam criados incentivos para que os demais agentes, em situações semelhantes, pudessem alegar tal hipótese. A superação da regra em si criaria estímulos para que casos semelhantes acontecessem. Desta forma, tanto o preço dos comportamentos envolvidos foi alterado, bem como e conseqüentemente o mecanismo de incentivos que a mesma constitui, o que sinaliza pela impossibilidade de sua superação. Importa dizer que não sendo atendidos quaisquer dos dois requisitos acima não seria possível haver a superação, tornando desnecessário, até mesmo, verificar-se quanto à eficiência isoladamente.

De qualquer forma, no caso presente é facilmente perceptível que a superação desta regra não significaria maior eficiência econômica, pelo contrário, haveria maior gasto público para o enfrentamento de um maior número de recursos, bem como maiores custos de análise de procedimentos instruídos em piores condições. Para as partes envolvidas, a observância ou não da regra em si, enquanto procedimento recursal tão somente, não

produziria mudanças de riqueza significativas, sem se referir, é claro, ao resultado da demanda.

VIII – Conclusões

A necessidade da superação de regras, ainda que em situações de exceção, é inconteste, sobremaneira nos dias de hoje, em que o avanço do conhecimento revela soluções cada vez mais eficientes, além das não raras peculiaridades casuísticas que exigem decisões particulares.

Assim, torna-se inafastável enfrentar o problema, sendo crucial que o seja atentando-se tanto para os efeitos que surgem nos casos específicos em que se pretende a superação, bem como relativamente ao sistema de incentivos ao qual as regras jurídicas fazem parte.

Portanto, o presente trabalho visou a apresentar modelo jurisdicional de superação de regras maximizador de eficiência através da Análise Econômica do Direito, definindo-se requisitos substanciais, bem como aspectos procedimentais de sua aplicação, buscando padronização, com procedimentos objetivos que permitam aferição dos julgados e análises comparativas, evitando, deste modo, ineficiências.

Neste sentido, como visto, as regras jurídicas fazem com que sejam fixados, *a priori*, os preços das ações dos agentes, permitindo que os mesmos possam prever o resultado esperado de suas condutas e, com isto, possam buscar maximizar seus benefícios.

Contudo, para que as regras jurídicas possam cumprir com a sua função de fixadora de preços das ações dos indivíduos, é necessário que seja assegurado o caráter de bem público da legislação, a qual se consubstancia em um sistema de incentivos para o comportamento dos agentes econômicos.

Assim, tendo em conta a função das regras jurídicas de fixar preços para as ações dos indivíduos e a necessidade de se assegurar certas características de bem público para a legislação, a fim de garantir o funcionamento do sistema de incentivos que a mesma configura, imperioso que a superação de regras seja feita de modo coerente e consistente com a engrenagem a qual está inserida, a fim de não prejudicar o seu funcionamento.

Para tanto, além da argumentação jurídico-normativa e dogmática, é imprescindível que sejam trazidos elementos objetivos, devendo haver comprovação

condizente destas circunstâncias, não sendo suficientes meras alegações para autorizar que as regras sejam superadas.

E são exatamente nesses vácuos conceituais que a Economia revela ainda mais importância, fornecendo valores precisos, além de demonstrar os verdadeiros resultados dos regramentos e de suas aplicações, tendo como uma de suas maiores contribuições a possibilidade de converter disputas entre justiça, moral e equidade em disputas por eficiência.

IX – Referências

ALCHIAN, A. A. Some economics of property rights. Santa Monica, RAND CORP., 1961.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BOULDING, K. E. Economics as a moral science. American Economic Review, Princeton University, v. 58, p. 8 1968.

CALABRESI, G. Some thoughts on risk distribution and law of torts. Yale Law Journal, New Haven, n. 70, 1961.

CARVALHO, Cristiano. MATOS, Ely José de. Entre Princípios e Regras: Uma proposta de Análise Econômica no Direito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 157, outubro de 2008. (São Paulo: Editora Dialética, 2008)

COASE, R. The problem of social cost. Journal of Law and Economics, Chicago, Chicago University Press, n. 3, 1960.

DEMSETZ, H. Some aspects of property rights. Journal of Law and Economics, v. 9, p. 61-70. 1964.

LUCAS, E. On justice. Oxford: Clarendon Press, 1989.

MONTAIGNE, Michel. *Essais*, Livro III, Cap. XIII.

NORTH, D., C.; THOMAS, R. P. The rise of western world: a new economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

POSNER, R. Economics analysis of law. 3ª ed. Boston: Little Brown, 1988.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (cord). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid, Marcial Pons, 1996.

PINDYCK, S.; RUBINFELD, D. Microeconomia. 6 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

SALAMA, Bruno. *O que é “Direito e Economia”?* In: Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (org.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

SCHAUER, Frederick. *Formalism. The Yale Law Journal*, 97-4/543.

SPECTOR, H. Elementos de análisis económico del derecho. Buenos Aires: Rubinzal y Asociados Editores, 2004.

TIMM, Luciano e NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. As recentes alterações legislativas sobre os recursos destinados aos Tribunais Superiores sob a ótica da *Law and Economics*. 2008. Artigo aceito para publicação na Revista de Processo (REPRO), Brasil, 2009.

VARIAN, Hal R. Microeconomia. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VELJANOVSKI, C. *A Economia do Direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.