

19 de janeiro de 2022

NOTÍCIAS

1. PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NORMATIVA

Por Marcos Roberto de Moraes Manoel

O presente artigo objetiva discorrer de forma sucinta sobre os paradigmas contemporâneos que têm surgido nos debates teóricos sobre Direito e Economia normativa. Tais discussões acadêmicas têm mantido a controvérsia candente acerca da matéria e, assim, evitado que verdades e dogmas conceituais inquestionáveis se formem com relação à análise econômica do Direito.

A persistência das divergências teóricas estaria impedindo que as questões principais afetas à matéria se tornem exclusivamente aplicadas e empíricas. No entanto, isso parece ser positivo, pois, em que pese a importância do empirismo e da visão pragmática nesse campo de estudo, debates teóricos e normativos são sempre enriquecedores e podem contribuir para a evolução como ciência.

O Direito e Economia é o campo de estudo que emprega conceitos, teorias e o ferramental da ciência econômica para descrever e compreender o ordenamento jurídico e as leis de um país, bem assim para tecer críticas e propor aprimoramentos às leis.

A vertente da análise econômica do Direito que se ocupa de descrever e compreender as leis é denominada análise positiva. Por sua vez, a vertente que se concentra no exame de como o ordenamento jurídico poderia ser aperfeiçoado é denominada análise normativa.

A análise positiva do Direito e Economia usa conceitos de microeconomia como vetores para o estudo e entendimento do Direito. São empregadas teorias econômicas para tais fins, tais como a teoria dos custos de transação, a teoria do agente, a teoria da escolha pública e a teoria dos jogos [1].

Além disso, alguns conceitos econômicos centrais são utilizados na análise positiva do Direito e Economia, quais sejam, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Em outras palavras, referidos conceitos da ciência econômica são usados para explicar o porquê da edição de certas leis, assim como o comportamento das pessoas relativamente às regras [2].

Escassez traduz a ideia de que os recursos econômicos e naturais disponíveis são finitos e limitados, de forma que toda escolha em se realizar algo implica em renúncia a outra coisa. Isso se aplica a países, a empresas e a pessoas, consistindo nos denominados trade-offs.

Maximização racional de utilidade ou de bem-estar consiste na extração máxima possível de prazer e benefícios que é racionalmente realizada por indivíduos na busca dos seus interesses e em suas ações com base em uma ponderação de custos e vantagens monetárias e não monetárias, isto é, bens e qualidade intangíveis como, por exemplo, poder, prestígio, dever moral, obtenção de titulações e reconhecimentos da sociedade, entre outros.

19 de janeiro de 2022

Equilíbrio, por sua vez, consiste no balanço que se atinge quando todos os agentes econômicos estão racionalmente maximizando a sua utilidade a um só tempo. Quando isso ocorre, melhores resultados legislativos e regulatórios tendem a ser obtidos, beneficiando a sociedade como um todo.

Incentivos são medidas implementadas por meio de legislação e/ou regulação no mercado e/ou na sociedade e que fazem com que os agentes mudem o seu comportamento ou reação relativamente a uma determinada situação, no intuito de atingirem ou manterem o benefício máximo extraído, bem como minimizar custos. As pessoas respondem a incentivos porque são maximizadores racionais de suas próprias utilidades.

No que tange à eficiência, conceito sempre tão caro à análise econômica do Direito e que, durante muito tempo, foi o grande paradigma dessa ciência, e, portanto, um importante parâmetro de análise, existem diversas acepções à palavra. Ater-se-á à compreensão de que eficientes são todas e quaisquer interações e trocas econômicas que resultem na maximização da riqueza da sociedade e na minimização dos custos sociais.

A análise normativa do Direito, por seu turno, ocupa-se de examinar as leis com alicerce em conceitos, teorias e o ferramental da ciência econômica de forma analítica e crítica, visando a propor caminhos e soluções para que as leis e o ordenamento jurídico como um todo possam ser melhorados.

O paradigma dominante na análise normativa sempre foi o princípio da maximização da riqueza, formulado por Richard Posner, de forma que a

eficiência seria um objetivo normativo e ambos seriam o norte para a realização de justiça.

Existem, no entanto, três visões distintas no âmbito da análise normativa sobre a incidência dos referidos parâmetros sobre o Direito, a depender da compreensão que se tem do que seja maximização da riqueza: 1) a versão fundacional; 2) a versão pragmática; e 3) a versão regulatória.

Segundo a versão fundacional, as instituições jurídico-políticas e as normas jurídicas devem ser analisadas à luz do princípio da maximização da riqueza. A maximização da riqueza e a eficiência seriam os parâmetros éticos para se avaliar se uma norma jurídica é justa ou não, bem assim o funcionamento das instituições.

Esse posicionamento teria sido abandonado em razão das seguintes críticas: 1) o Direito lida com diversos valores que seriam fins em si mesmos e não instrumentos para se alcançar outra coisa, como, por exemplo, eficiência; 2) o princípio da maximização da riqueza não considera a distribuição inicial (imanentemente desequilibrada e, portanto, injusta) dos bens e direitos na sociedade; 3) o princípio seria uma diferente roupagem para o utilitarismo, teoria filosófica que preconiza que, moralmente, o correto a se fazer é aquilo que trará mais "felicidade" e mais "diminuição de dor" ao maior número de indivíduos na sociedade, uma visão bastante criticada entre os filósofos; 4) a maximização da riqueza é impraticável em face da própria natureza do capitalismo; e 5) a eficiência não é um valor moral ou jurídico, mas um parâmetro econômico.

19 de janeiro de 2022

A versão pragmática, por sua vez, entende que os conceitos de maximização de riqueza e eficiência devem ser empregados para uma análise relativa às consequências decorrentes de uma política legislativa, de uma lei e até mesmo de julgamentos em casos concretos, tudo a partir do empirismo.

Todavia, o aludido "consequencialismo" não autoriza que magistrados interpretem (e construam) normas livremente com base neste parâmetro. Esse posicionamento deve ser conjugado com o Estado democrático de Direito e a Constituição.

Vale observar que a visão pragmática da análise econômica do Direito normativa foi recentemente incorporada ao ordenamento pátrio, haja vista ter sido positivada pelo legislador, ainda que talvez de forma inadvertida e irrefletida.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seus artigos 20 e 21, dispõem que, nas esferas administrativa, de controladoria e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos e sem se considerar expressamente as consequências jurídicas e administrativas advindas da decisão. Outrossim, a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) instituiu, em seu artigo 5º, a análise de impacto regulatório, que consiste no exame dos possíveis efeitos do ato normativo para verificação do seu impacto econômico [3].

Já a versão regulatória da análise econômica do Direito normativa sustenta que a função do Direito é regular e dar concretude às políticas públicas. Portanto, a eficiência influiria na Justiça por meio da atividade política, legislativa e regulatória do

Estado, sopesando-se custos e benefícios de políticas e atos.

Essa visão emanaria efeitos também sobre a judicatura, uma vez que, quando os fatos de um caso não puderem ser subsumidos a uma regra, caberia ao magistrado criar normas, cujos efeitos, na prática, ultrapassariam as partes envolvidas. Sendo assim, magistrados exerceriam também uma função política e, portanto, deveriam tentar adotar a lógica e o pensamento de legisladores.

Todavia, os arquétipos clássicos da análise econômica do Direito normativa têm sido reconsiderados.

Os paradigmas contemporâneos do Direito e Economia normativa que têm surgido a partir dos debates acadêmicos sugerem novas compreensões sobre qual seria o papel do ferramental econômico na análise das leis, encampando uma visão crítica e propositiva.

Tradicionalmente, estudiosos do Direito e Economia entendiam que a maximização da eficiência seria o objetivo precípua da análise econômica de políticas; que a eficiência deveria ser o principal critério de avaliação de um sistema jurídico; que o bem-estar social seria a base da análise normativa, porém sem olhar para a distribuição de utilidades; e rejeitavam a redistribuição de riqueza como um vetor do Direito Privado, salvo em circunstâncias especiais e excepcionais, admitindo-a apenas no âmbito da tributação na sociedade.

Hodiernamente, contudo, teóricos da análise econômica do Direito, em sua faceta normativa,

19 de janeiro de 2022

passaram a enxergar que a distribuição de riqueza também deveria ser um parâmetro de exame e um objetivo a ser perseguido no emprego dos conceitos e teorias econômicas na avaliação de políticas, leis e resultados de julgamentos.

A justificativa seria o fato de que políticas eficientes desprovidas de uma contrapartida de distribuição de riqueza são sistematicamente regressivas [4]. Além disso, a realidade dos custos políticos poderia marcar o fim da defesa categórica e desprovida de evidências empíricas contra a busca da distribuição de riqueza para além do sistema tributário [5].

Outras reflexões que têm surgido no que concerne ao espectro normativo da análise econômica do Direito dizem respeito ao método empregado nos estudos e pesquisas dessa ciência.

Regra geral, a matéria Direito e Economia foca-se em microeconomia e escolhas racionais (ou enviesadas sob a ótica da economia comportamental). Ela não se ocupa e não se preocupa com aspectos monetários e os mercados — salvo pela ótica do antitruste.

Porém, as recentes crises econômicas têm apontado no sentido de que talvez esse campo do conhecimento possa contribuir com soluções, como, a propósito, foi em certa medida visto na crise econômica originada com a pandemia, por meio da edição de legislações emergenciais e excepcionais mundo afora para lidar com os problemas.

Dessa forma, alguns teóricos têm buscado relacionar macroeconomia e Direito,

especialmente com vistas ao desenvolvimento de remédios jurídicos para as cíclicas e inevitáveis crises econômicas.

Ainda, outro aspecto relacionado aos novos paradigmas diz respeito à "modularização" da análise econômica do Direito, a qual também tem sido colocada em xeque. Tradicionalmente, os estudos e pesquisas eram "modularizados" de acordo com as áreas jurídicas, sendo que cada uma tinha um objetivo em termos de eficiência e preocupações específicas.

Por exemplo, para o Direito Societário, a maximização de valor ao acionista; para o Direito Concorrencial, a proteção ao consumidor; para o Direito da Insolvência, maximizar o valor da empresa em prol dos credores; para o Direito dos Contratos, minimizar os custos de transação; para a Responsabilidade Civil, reduzir o custo de sinistros, e assim por diante.

Entretanto, as novas compreensões sobre a análise econômica do Direito normativa oferecem outros ângulos de exame, tais como aspectos políticos e outras finalidades econômicas, sugerindo que a ciência se expanda, extrapole o conceito de "eficiência" e os objetivos específicos das áreas do Direito, e passe a levar estas novas abordagens em conta na formulação de suas proposições.

Por derradeiro, vale mencionar um último aspecto do questionamento aos paradigmas até então prevaletentes. Teóricos fundadores do Direito e Economia vêm mudando sua compreensão.

19 de janeiro de 2022

Por exemplo, Richard Posner, em uma de suas mais recentes obras, denominada "The Crisis of Capitalist Democracy", declarou-se um keynesiano, cuja teoria e normatividade focada em aumento do PIB, crescimento econômico, emprego, controle de preços e inflação, ainda que à custa do sacrifício da eficiência, são colidentes com os conceitos de microeconomia na qual tradicionalmente se escora a análise econômica do Direito.

Robert Cooter, por sua vez, na obra ainda não publicada, mas disponível na internet, "The Falcon's Gyre: Legal Foudation of Economic Innovation and Growth", sugere que a inovação deveria ser o novo paradigma do Direito e Economia normativa, dada a sua maior capacidade de modificar e melhorar o bem-estar social em comparação a qualquer alocação mais eficiente de recursos.

Conclui-se, portanto, que o Direito e Economia normativa está em plena mutação e evolução teórica como consequência dos debates e dos questionamentos em torno dos seus paradigmas clássicos, com o surgimento de novos parâmetros de análise e crítica para essa ciência.

Os paradigmas atuais sugerem que a eficiência e a maximização da riqueza talvez não sejam os únicos e certamente não são os melhores parâmetros para exame de políticas públicas, leis e jurisprudência.

Trata-se, no entanto, de campo científico que vem contribuindo para o desenvolvimento do Direito e a administração da Justiça, e continuará a fazê-lo, possivelmente sob enfoques adicionais.

[1] SALAMA. Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV. Estudo 22, v. 5 n. 2. março 2008.

[2] Idem.

[3] "Lindb, Artigo 20 — Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento).

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Artigo 21 — A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento).

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)".

"Lei de Liberdade Econômica, Artigo 5º — As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as

5

19 de janeiro de 2022

autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (Regulamento).

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada".

[4] Zachary Liscow, Is Efficiency Biased?, University of Chicago Law Review Vol. 85, No. 7 (2018).

[5] Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, The Distributive Deficit in Law and Economics, 100 Minn. L. Rev. 1051 (2016).

Acesso em:

<https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/opiniao-paradigmas-analise-economica-direito-normativa>