

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E TEORIA DOS JOGOS
AULA 1: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: INTRODUÇÃO

André Bueno da Silveira¹

Os objetivos deste texto complementar são: i) fazer uma complementação de alguns conceitos dados na aula; e ii) indicar leituras que possibilitem o aprendizado e compreensão dos conceitos abordados em aula. Com a modernização do magistério, cada vez menos tempo tem sido dedicado ao ensino por meio de aulas exclusivamente expositivas. Isso porque a experiência tem demonstrado que os alunos aprendem muito mais quando fazem a leitura e a revisão de textos selecionados do que quando apenas assistem às aulas.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito tem uma peculiaridade: a pequena quantidade de textos em português. Mas, isso não deve ser um obstáculo aos interessados na matéria. Atualmente, há uma série de recursos que possibilitam o acesso a textos em língua estrangeira. Além disso, é possível a cooperação entre os alunos, como tradução de partes de texto, leitura com auxílio de dicionários, ou mesmo o incentivo ao aprendizado do inglês.

Feitas estas observações, é preciso notar que existem alguns bons textos em português. No tocante à primeira aula, um bom livro em português se chama *Estudos em Direito & Economia*, que contém uma compilação de textos de Bruno Meyerhoff Salama, disponível gratuitamente online no endereço: [<http://editoravirtualgratuita.com.br/wp-content/uploads/2017/07/obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf>].

Este trabalho é bem didático. Como explica Salama:

É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se

¹Procurador da República. Doutorando em Teoria Geral do Direito (USP – Largo de São Francisco). Mestre em Direito (LL.M.) pela University of Toronto, Canadá.

comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.²

Outro excelente texto introdutório de Análise Econômica do Direito é de Michael Trebilcock, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto, Canadá. O professor neozelandês, radicado no Canadá, escreve o texto “*An Introduction to Law & Economics*”, publicado na *Monash University Law Review*, vol. 23, 1997, que pode ser encontrado no seguinte endereço: [<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MonashULawRw/1997/8.html>]. Uma das grandes vantagens deste texto é que ele traz explicações básicas e didáticas do dilema dos prisioneiros e da tragédia dos comuns.

Entre os livros de análise econômica do direito, alguns se destacam. Um deles é de Mitchell Polinsky, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Stanford, nos EUA. Trata-se do livro *An Introduction to Law and Economics* (4ª ed., New York: Wolter Kluwer Law & Business, 2011). A vantagem deste livro são: concisão e abundância de exemplos. É um dos melhores livros para se compreender o teorema de Coase.

A propósito do teorema de Coase, o seu texto seminal *O problema do custo social*, atualmente possui tradução em português disponível na *internet*, e pode ser encontrada em: [<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>].

Segundo Richard Posner:

A proposta do que poderia ser amplamente chamado de teoria econômica do direito se baseia em um artigo pioneiro de Ronald Coase. O "teorema de Coase" afirma que, quando os custos de transação do mercado são zero, a atribuição inicial de direitos pelo Direito é irrelevante para a eficiência, uma vez que se a atribuição for ineficiente, as partes irão corrigi-la por meio de uma transação corretiva. Há dois corolários importantes. A primeira é que o Direito, na medida em que interessado em promover a eficiência econômica, deveria tentar minimizar os custos de transação, por exemplo, definindo claramente os direitos de propriedade, tornando-os facilmente transferíveis e criando remédios baratos e efetivos por violação de contrato. [...] O segundo corolário do teorema de Coase é aquele que onde, apesar dos maiores esforços do Direito, os custos de transação do mercado permanecem altos, o Direito deveria simular a alocação de recursos do mercado ao atribuir direitos de propriedade aos usuários mais valorizados. Um exemplo é a doutrina de uso razoável [*fair use*] das leis de direitos autorais, que permite aos escritores publicar citações curtas de um trabalho protegido por direitos autorais sem negociar com o detentor dos direitos autorais. Os custos de tais negociações geralmente seriam proibitivos; se eles não fossem proibitivos, o resultado usual seria um acordo para permitir a citação e, portanto, a doutrina do uso

²SALAMA, Bruno Meyerhof, *Estudos em Direito & Economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017, p. 16.

razoável traz o resultado que o mercado traria se as transações de mercado fossem viáveis.³

Os chamados artigos seminais em direito e economia são: *O problema do custo social*, de Ronald Coase e o artigo de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, disponível online em: [<https://pdfs.semanticscholar.org/b3b6/26c3a70461117b8d158c2cc058e592f29d5b.pdf>].

A Análise Econômica do Direito teve início na década de 1960. Mas, ela não surgiu de lugar nenhum. Há antecedentes históricos que podem ser encontrados na história da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, por exemplo, como explicam Nicholas Mercuro e Steven Medema no livro *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond* (2ª ed., Princeton University Press, 2006), ou no movimento do realismo jurídico norte-americano.

Historicamente, um autor que se destaca é Oliver Wendell Holmes Jr., que foi ministro da Suprema Corte dos EUA. As principais obras de Holmes são *The Path of the Law* (<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>) publicada na Harvard Law Review em 1897, e *Common Law* (<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002449.pdf>). Porém, Holmes é muito famoso também pelos seus votos e sua influência no âmbito da doutrina da prova ilícita no processo penal⁴. No caso *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438 (1928)) [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>], e na doutrina da liberdade de expressão, com a revolucionária argumentação do *mercado de ideias*⁵, em *Abrams v. United States* (250

³POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2004, p. 6 (tradução livre). A doutrina do uso razoável do direito autoral no Brasil está prevista no art. 46 da Lei nº 9.610/1998.

⁴Segundo Holmes: “*There is no body of precedents by which we are bound, and which confines us to logical deduction from established rules. Therefore we must consider the two objects of desire, both of which we cannot have, and make up our minds which to choose. It is desirable that criminals should be detected, and, to that end, that all available evidence should be used. It also is desirable that the Government should not itself foster and pay for other crime, when they are the means by which the evidence is to be obtained. If it pays its officers for having got evidence by crime I do not see why it may not as well pay them for getting it in the same way, and I can attach no importance to protestations of disapproval if it knowingly accepts and pays and announces that, in future it will pay for the fruits. We have to choose, and, for my part, I think it a less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part.*” (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928)).

⁵De acordo com Holmes: *Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy*

U.S. 616 (1919)) [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>]. Uma boa coletânea da obra de Holmes foi editada por Richard Posner no livro *The Essential Holmes: Selections from Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.* (University of Chicago Press, 1997).

Outro livro importante sobre Análise Econômica do Direito é o manual de Robert Cooter e Thomas Ulen *Direito & Economia*, que possui tradução em português, embora desatualizada, publicada pela editora Bookman. Trata-se do melhor manual de Análise Econômica do Direito em português.

O autor mais importante em Análise Econômica do Direito é Richard Posner, que, entre 1981 e 2017, foi juiz federal do tribunal de apelação para a 7ª região (*U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*) e ainda é professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, EUA. Atribui-se a Posner a própria criação do termo “análise econômica do direito”. Ele possui uma extensa obra, e alguns livros foram traduzidos para o português. Podem ser citados como exemplos: *Direito, Pragmatismo e Democracia* (Editora Forense, 2010), *Fronteiras da Teoria do Direito* (Editora WMF Martins Fontes, 2010) e *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica* (Editora WMF Martins Fontes, 2012). Note-se, contudo, que algumas das principais obras de Posner ainda não possuem tradução em português. Entre elas, o mais importante livro daquele autor, *Economic Analysis of Law* (9ª ed., Wolter Kluwer Law & Business, 2014) e *How Judges Think* (Harvard University Press, 2010).

Outra grande peculiaridade da obra de Richard Posner diz respeito à sua evolução e mudança ao longo do tempo. Posner possuía um pensamento muito mais ortodoxo e radical no início. Este posicionamento pode ser percebido, por exemplo, na obra *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press, 1993). Na obra *How Judges Think*, o mesmo autor apresenta um pensamento muito diferente.

Richard Posner e Ronald Dworkin protagonizaram um dos dois grandes debates metodológicos da teoria do direito no século XX. O outro grande debate metodológico envolve o reconhecimento da força normativa dos princípios e o positivismo jurídico. O debate entre Posner e Dworkin é marcado por uma série de artigos e capítulos de livro com críticas e respostas de ambos os lados. Gize-se, contudo, que por mais ferrenhas que sejam as críticas de um autor ao outro, que, em alguns casos, de tão duras, poderiam based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.” (*Abrams v. United States* (250 U.S. 616 (1919))).

evoluir para *vias de fato* (dependendo de outros eventuais debatedores envolvidos, notadamente em tempos de elevada polarização ideológica), havia mútuo respeito entre Dworkin e Posner⁶.

Muitas das críticas ao pensamento de Posner se dirigem à sua perspectiva sobre a análise normativa da Análise Econômica do Direito. Podem ser citados como textos críticos ao pensamento de Posner: *A Justiça de Toga*, de Dworkin (WMF Martins Fontes, 2010) e o artigo *Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo*, de Ronaldo Porto Macedo Jr. (In *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012).

Por fim, é bom notar que a Análise Econômica do Direito tem se espreado pela Europa, apesar da enorme resistência inicial. Podem ser citados como exemplos: SCHÄFER, Andreas. *Die ökonomische Analyse des Rechts: Historie, Grundlagen und Methodik*. LTI Verlag, 2017; SCHAFER, Hans-Bernd. *Lehrbuch der ökonomische Analyse des Zivilrechts*. Springer, 2012; KIRAT, Thierry. *Économie du Droit*. La Découverte, 2012; SAUSSIÉ, Stéphane. YVANDRE-BILLON. *Économie des coûts de transaction*. La Découverte, 2007; MATTEI, Ugo et al. *Il mercato delle regole: Analisi economica del diritto civile*, vol. 1 e 2. Il Mulino, 2006; NAPOLITANO, Giulio. ABRESCIA, Michele. *Analisi economica del diritto pubblico*. Il Mulino, 2009.

⁶Segundo Posner: “I am honored to be asked to speak at this dedication to Ronald Dworkin, an illustrious figure in modern legal thought. I was touched to learn that Dworkin himself had asked me to speak. For our intellectual relationship is essentially one of antagonism, even antipathy. To be an invited skunk at a garden party is an unusual experience, and one that argues generosity on Dworkin's part, and perhaps a spirit of mischief on the editors' part. It is only fitting, in the circumstances, that I should be the caboose on this train of praise. Although there are seemingly vast areas of disagreement between us, I not only respect his work, I agree wholeheartedly with what may prove to be the most enduring part of it, though predictions of that sort are perilous. I refer to his criticism of positivism, and specifically of the positivism advocated by H. L. A. Hart in *The Concept of Law*.” (POSNER, Richard A. Tribute do Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication In *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 63, 2007, disponível online em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2800&context=journal_articles].