

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

*Eduardo Goulart PIMENTA**
*Henrique Avelino R. P. LANA***

RESUMO

Pretende-se com este trabalho evidenciar a relação existente entre a Análise Econômica do Direito e o Direito Civil Brasileiro, o que, não raras vezes, é precipitadamente questionada. Vê-se que para chegar-se à conclusão almejada, mostra-se necessário, antes, apreciar a essência do instituto da Análise Econômica do Direito. Para tanto, inicialmente, foram feitas observações e considerações acerca do movimento “*Law and Economics*”. Em seguida, tratou-se de seu desenvolvimento histórico e precursores. Foram expostas as premissas fundamentais à aplicação da Análise Econômica do Direito, bem como os contextos nos quais se mostra necessária sua aplicação. Ao final, concluiu-se por sua imperiosa inteiração no tocante aos direitos de propriedade, contratos e responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVES: Análise Econômica do Direito. Evolução histórica. Premissas. Aplicabilidade no Direito Civil Brasileiro.

* Professor Adjunto de Direito Empresarial na UFMG e na PUC/MG. Doutor e Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Belo Horizonte/MG, Brasil.
E-mail: goulartpimenta@hotmail.com

** Professor Universitário. Aluno do Curso de Mestrado em Direito Privado pela PUC/MG. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela PUC/MG. Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG. Belo Horizonte/MG, Brasil.
E-mail: henrique@mpatrocinio.com.br

SUMÁRIO: **1** - Introdução. **2** - Contexto e seu desenvolvimento histórico - Dos Precusores da Análise Econômica do Direito (AED). **2.1** - O início do Movimento da Análise Econômica do Direito. **2.2** - As fundamentais influências de Ronald Coase e Guido Calabresi. **2.3** - Desenvolvimento e disseminação da Análise Econômica do Direito: Breves Considerações acerca de críticas ao movimento. **2.4** - Abordagem conceitual acerca da Análise Econômica do Direito (AED). **3** – Considerações sobre conceitos e princípios da ciência econômica elementares ao estudo da Análise Econômica do Direito. Necessária relação perante o Direito Civil: Escolha Racional, Eficiência, Falhas do Mercado, Externalidades, Custos de Transação e a Teoria dos Jogos. **4** - Aplicação da Análise Econômica do Direito em relação aos Direitos de Propriedade. **5** - A relação da Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil - Prevenção e o “Dano Eficiente”. **6** - A Análise Econômica do Direito e sua estreita relação com os contratos **7** - Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Muito se tem difundido, nos últimos anos, acerca da Análise Econômica do Direito, em todas as searas jurídicas de nosso país.

Embora, de fato, se encontre minoritárias divergências acerca de possível inteiração entre Direito e Economia, busca-se com este trabalho demonstrar que, a Análise Econômica relaciona-se, sim, diretamente, com o Direito Civil brasileiro.

Pretende-se demonstrar que a escola da Análise Econômica do Direito faz-nos refletir e compreender, ainda mais, institutos e conseqüências jurídicas e comportamentais decorrentes da invocação dos direitos de propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Preliminarmente, pode-se definir a Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*” como método de se estudar

a teoria econômica relativamente à estruturação, formação, impacto e conseqüências comportamentais de eventual aplicação de institutos jurídicos e/ou textos normativos.

Dentre as searas jurídicas nas quais se devem aplicar a Análise Econômica do Direito (AED), está o Direito Civil Brasileiro, em todas suas relações, sejam elas familiares, obrigacionais ou patrimoniais. Nesse trabalho, especificamente, trataremos da relação junto aos direitos de propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Sabe-se que o surgimento da Análise Econômica do Direito (AED) decorre do desenvolvimento e proliferação das doutrinas econômicas, bem como da dedicação dos economistas no tocante a assuntos jurídicos, de modo que, posteriormente, também ensejou a atenção dos próprios juristas em prol deste novo enfoque.

O fato de se adotar apenas um título para este movimento doutrinário, não expressa em perfeita exatidão e fidelidade as diferentes linhas de argumentação pertinentes ao tema. Em verdade, os estudiosos da Análise Econômica do Direito (AED) reúnem-se em uma mesma classificação, pertencente a uma mesma denominação, justamente por deterem considerável consenso no tocante aos conceitos e institutos essenciais, muito embora sejam, por várias vezes, travados construtivos e pertinentes embates doutrinários sobre o tema e sua aplicabilidade.

Assim, para que possamos clarear os argumentos que nos conduzirão à conclusão deste trabalho, mostra-se essencial procedermos, antes, compreender, exatamente, o que é a Análise Econômica do Direito.

Nesse sentido, mister se faz uma abordagem histórica acerca da aplicabilidade dos conceitos econômicos perante o Direito.

Ao longo do texto serão evidenciadas as razões pelas quais devem os estudiosos do Direito Civil brasileiro, ao aplicá-lo, inculir em seus atos os princípios, premissas e conceitos da Análise Econômica do Direito. Vejamos.

2. Contexto e desenvolvimento histórico da Análise Econômica do Direito.

As bases do movimento da Análise Econômica do Direito (AED) encontram-se nos economistas da Escola Clássica, mormente, Adam Smith.

Verifica-se que Adam Smith, com sua obra “*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*”, também conhecida no vernáculo português como “Riqueza das Nações”, defende ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação de recursos, tendo em vista que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado e, conseqüentemente, alcançar-se-ia o equilíbrio desejado.

Assim, em diversas passagens de sua obra, são apresentadas críticas e oposições em relação á existência de leis relativas à intervenção nesse livre equilíbrio.

Criou-se, por Adam Smith, a lendária expressão “mão invisível”, ao fazer-se alusão aos efeitos de um mercado livre, no qual não haja intervencionismo, o que seria, para ele, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência.

De fato, esta obra de Adam Smith é, em muito, questionada por integrantes da Análise Econômica do Direito (AED), porém, é, sim, a base para o desenvolvimento de ideologias doutrinárias que pregam a não-intervenção do Estado, salvo as hipóteses em que se constatem falhas no mercado, as quais, por sua vez, não eram tratadas por economistas pertencentes ao século XVIII.

Há de se mencionar ainda, os precursores Beccaria, Bellamy e Bentham.

Em diversas oportunidades, vêem-se os críticos do movimento mencionar o fato de que o movimento da AED seria baseado no utilitarismo. Um dos principais expoentes desse cenário é Jeremy Bentham. (1748-1832).

Bentham baseou sua tese sob os conceitos de dor e prazer, os quais seriam os únicos estímulos aos homens em geral. Logo, deveria o homem tomar decisões de modo a maximizar sua felicidade ou prazer e, conseqüentemente, minorar ou evitar a dor.

De certo, vários críticos afirmam que a teoria de Bentham não se mostra absoluta e dizem que, sob este aspecto, poder-se-ia dizer que a Análise Econômica do Direito (AED) acabaria substituindo valores éticos por soluções fundadas na máxima eficiência (utilidade), o que nos conduziria a situações indesejáveis ou aberrantes, tais como o comércio de órgãos e crianças. Isto pois, a comercialização de um rim, proporcionaria felicidade para o vendedor e, também, para o comprador. Afinal, quem vendeu ficaria pouco debilitado e auferiria relevante quantidade de dinheiro, ao passo que, quem comprou, apesar de ter tido prejuízo monetário, alcançou a felicidade de manter-se vivo.

Desde já, pode-se constatar o entrelaçamento entre o Direito Civil brasileiro e a Análise Econômica do Direito (AED), eis que, já aqui, nos deparamos com assuntos atinentes a órgãos humanos, enriquecimento e direito de propriedade. Continuemos assim nosso avanço.

Posteriormente ao final do século XIX e começo do século XX, outros economistas passaram a visualizar a existência de uma real relação entre Economia e Direito.

Buscavam tais economistas respostas de como os direitos de propriedade seriam determinados junto às sociedades, eis que as respostas dos filósofos do séc. XVI e XVII não esclareciam suficientemente em relação ao ponto de vista econômico, pois se invocava o argumento baseado na premissa do “direito natural”. Perguntavam-se os Economistas: Afinal, qual o sentido dos Direitos de Propriedade?

Pretendia-se, assim, auferir melhores explicações racionais quanto a institutos existentes na ciência do direito, dentre eles, no Direito Civil. Tais “novos” economistas identificavam-se como per-tinentes a uma escola chamada “Institucionalista”, a qual possuiu nos Estados Unidos maior desenvolvimento, após também influência da escola Germânica e Inglesa.

Deste modo, para os integrantes da escola “Institucionalista”, os clássicos não conseguiram explicar os fenômenos econômicos. Para os “Institucionalistas”, seria necessário analisar-se, antes, o contexto histórico, social, bem como o próprio desenvolvimento

das instituições, para que, só então, posteriormente, fosse possível justificar os fenômenos e os fatos econômicos.

Estavam entre os membros do movimento Institucionalista nomes de salutar importância, comumente citados em obras de Análise Econômica do Direito, tal como John Commons.

Percebe-se que o movimento “Institucionalista” caracterizava-se pela inexistência de justificação teórica. Prevalciam-se relatos fáticos dos acontecimentos.

Na década de trinta do século passado, o movimento “Institucionalista” perdeu força. Primeiramente, em razão do desenvolvimento das ciências sociais em sentido estrito, o que contribuiu para que os economistas focassem suas atenções em relação às questões ligadas, especificamente, aos mercados, pois consideravam que pouco ou nada poderiam dar de contribuição à justificação dos fenômenos históricos, baseando-se, apenas, em métodos econômicos.

Em segundo lugar, o movimento “Institucionalista” também perdeu força pois surgiu a necessidade de se elaborarem métodos econômicos mais sofisticados, não sendo suficiente, apenas, analisar-se as instituições para o desenvolvimento da ciência econômica, o que contribuiu para que os cientistas econômicos frisassem seus estudos em prol de métodos baseados na abstração.

Vale mencionar que, ao seu tempo, o movimento “Institucionalista” não trouxe para si satisfatória atenção dos juristas, pois seu método histórico de análise do direito também não foi convincente.

De certo, o movimento denominado Análise Econômica do Direito desenvolveu-se a partir de 1930, na medida em que os acontecimentos históricos anteriores foram apenas esboços do que seria realmente o “*law and economics movement*”.

A partir desse momento a AED ganhou robustez e grande número de adeptos, estando entre eles brilhantes juristas e economistas do séc. XX, premiados com o prêmio Nobel, tornando-se teóricos de referência.

2.1. O início das pesquisas em Análise Econômica do Direito.

A maioria dos doutrinadores concorda que o movimento da Análise Econômica do Direito originou-se na Universidade de Chicago.

Ronald Coase, em 1937, então professor da Universidade de Chicago, publicou o seu artigo denominado “*The Nature of the Firm*”, pelo qual afirmou que as sociedades empresárias devem ser tidas como entidades que pertencem ao sistema econômico em si, ao passo que, sua existência, só se justificaria devido à presença dos “custos de transação”.

Deste modo, as sociedades empresárias só se justificariam pelo fato de que os agentes consideram que realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização econômica, evitaria a ocorrência de acréscimos desnecessários, tais como os custos para elaboração de cláusulas contratuais.

Passou-se, então, a uma abordagem econômica das instituições, o que acarretou na posterior criação do movimento conhecido como “Nova Economia Institucional”.

Neste novo contexto, Aaron Director conduzia o Departamento de Economia da Universidade de Chicago, também apoiado por Frank Knight, George Stigler e Milton Friedman.

Aaron Director buscou focar as atenções dos juristas em relação aos benefícios de uma interpretação do direito, a partir de interpretações econômicas.

Para tanto, de início, apoiou-se em estudos referentes à possível existência de benefícios nas hipóteses de ocorrência de intervencionismos por parte do Estado junto aos mercados. Vale dizer, que à época, ocorria relevante depressão econômica sofrida pelos Estados Unidos.

Ademais, Aaron Director focou também seus estudos em assuntos como regulação de bens imobiliários, receitas fiscais, leis trabalhistas, leis das corporações, dentre outros vários temas de cunho essencialmente jurídicos, porém com inevitáveis efeitos econômicos.

Com fins a divulgar o movimento, mediante iniciativa de Aaron Director, a Universidade de Chicago criou o “*Journal of Law and Economics*”. Posteriormente, a controladoria da edição foi assumida por Ronald Coase.

Insta mencionar que esse jornal é, até os dias atuais, publicado quadrimestralmente e conta também com versão eletrônica.¹

2.2. As fundamentais influências de Ronald Coase e Guido Calabresi

Em que pese os relevantes estudos feitos anteriormente, de fato, é a partir da década de 1960 que o movimento da Análise Econômica do Direito é funda-se.

Alguns autores acham por bem dividir o movimento em “*new law and economics*” e “*old law and economics*”, sendo que, a referência temporal é o renomado artigo “*The Problem of the Social Cost*” de Ronald Coase.

Pode-se afirmar que esta famosa obra de Ronald Coase, acima mencionada, calcava-se em temas notavelmente econômicos, tais como o custo social e os efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a inteiração entre o mundo jurídico e o mundo econômico.

Verifica-se que dentre os doutrinadores clássico-econômicos, o que mais contribuiu à ideologia defendida por Ronald Coase foi, certamente, Adam Smith.

Isto pois Coase desenvolveu seus argumentos com base nos estudos das instituições, o que nos permite dizer, ao lado de outros estudiosos, que Coase foi integrante da “Nova Economia Institucional”.

De outro norte, há também estudiosos que afirmam que Ronald Coase expôs a mesma teoria de Adam Smith, com a mesma tese de que a “mão invisível” realmente funcionaria independentemente de qualquer atuação por parte do Estado.

¹ Disponível em ; <<http://journals.uchicago.edu/JLE/home.html>>

No ano de 1991, em decorrência de sua admirável obra, Ronald Coase foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia.

Por oportuno, há que se mencionar também o trabalho desenvolvido por Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale. Sua obra recebeu o nome de “*Some Thoughts on risk distribution and Law of Torts*”.

Nessa obra de Calabresi, procurou-se demonstrar a importância da análise dos impactos econômicos quando da alocação de recursos, visando-se a regulação da responsabilidade civil no âmbito legislativo ou judicial. Assim, incutiu-se expressamente a análise econômica em questões jurídicas e, também, em relação ao Direito Civil.

2.3. Desenvolvimento e disseminação da Análise Econômica do Direito.

Estudiosos do assunto, dentre eles Ejan Mackaay, asseveram que entre 1973 e 1980 ocorreram três acontecimentos relevantes que contribuíram para que a Análise Econômica do Direito fosse efetivamente aceita e analisada pelos operadores do direito.

Em primeiro lugar, como já anunciado, em 1972, com a criação do “*Journal of Legal Studies*”, bem como a inicial publicação de R. Posner, denominada “*Economic Analysis os Law*”, cuidando de uma introdução à “*Law and Economics*”, oriundos da Universidade de Chicago.

Em 1971, Henry Manne fundou o “*Economics Institutes for Law Professors*”. Manne dedicava-se a seminários de curta duração acerca de termos de economia, bem como sobre sua aplicação ao Direito.

R. Posner após a publicação de sua primeira obra, figurou como um dos nomes mais expressivos da Análise Econômica do Direito (AED). Inclusive, alguns o consideram como o verdadeiro precursor do movimento, por acharem que Ronald Coase teria figurado como um “novo institucionalista”, sendo que este último teria contribuído, apenas, para a origem e formação do movimento, mas não para seu desenvolvimento.

R. Posner, como se sabe, honrou sua cadeira de Juiz da Corte de Apelação Norte Americana. Manteve ao longo de sua trajetória ativa participação no movimento, invocando a atenção também junto a outros juristas de renome.

Em suas decisões, que também abrangiam temas afetos ao Direito Civil, Posner ressaltava a necessidade de se aplicar os conceitos e premissas da Análise Econômica do Direito (AED), o que fez com que, cada vez mais, um maior número de magistrados o seguissem.

Somando-se ao fato de que R. Posner era magistrado, foi-se com o passar dos anos, ficando hialino que seria, sim, possível aplicar-se a Análise Econômica do Direito (AED) em uma decisão ou caso jurídico.

R. Posner, frisava, sempre, que o direito consuetudinário, ligado aos costumes, instituído pelos Magistrados em geral, em regra, proporcionariam maior eficiência do que o direito meramente legislado.

Naturalmente, como se esperava de ser, juntamente com o amadurecimento do instituto, começaram a ser feitas críticas, certamente construtivas, à Análise Econômica do Direito (AED).

As críticas ao movimento da Análise Econômica do Direito (AED) perduraram entre os idos de 1976 e 1983. Isto pois a partir do instante em que a AED era invocada em instituições tradicionais e sólidas tal como o poder judiciário dos Estados Unidos, emanaram-se considerações acerca das imperfeições e possíveis equívocos da ideologia, vindas, em especial, da Europa e Áustria.

Por vários seminários foram fixadas críticas, durante a década de 1980, aviadas por Duncan Kennedy e Ronald Dworkin que, à época, eram ambos professores de Harvard.

Estes dois renomados e respeitados estudiosos integravam o “*Critical Legal Studies*”, o qual se originou do Pragmatismo Americano, que resultou do Realismo Jurídico perante a ciência do direito.

Insta-nos mencionar que o Realismo Jurídico pregava que o Direito seria exatamente aquilo que é estabelecido pela Corte. Ou seja, importa mais o pragmatismo, em sua aplicação prática.

Deste modo, a partir das práticas jurídicas, os adeptos do Realismo Jurídico aduziam que um caso específico poderia ser resolvido de várias formas, em consonância com o que o Tribunal fixasse, tendo em vista que a metafísica e/ou o formalismo, muito embora façam parte do estudo jurídico, não possuíam utilidade prática.

É certo que tanto os membros da “*Critical Legal Studies*” quanto os integrantes da “*Law and Economics*” buscavam a mesma fonte de existência, qual seja, o Realismo Jurídico.

Todavia, os últimos eram liberais ou neoliberais, enquanto os primeiros possuíam teses econômicas de esquerda, o que ensejava conflitos ideológicos.

Na seara da ciência econômica, as críticas feitas pela escola Austríaca também eram ferozes, escola esta que figurou como instituidora do movimento denominado “Marginalista ou Neoclássico”.

Possuíam como norte analítico, o agente, conceito de escassez e utilidade, em contrapartida aos doutrinadores clássicos, tais como Marx, Davis Ricardo e Adam Smith, os quais focavam seus olhos em relação aos bens, privando-lhes de explicar, por exemplo, o motivo pelo qual os diamantes e os pães possuiriam preços diferentes, apesar de resultarem de uma mesma quantidade de trabalho braçal.

Assim, os Neoclássicos da Escola Austríaca, que tinham como referencial o agente, diziam ser impossível prever as necessidades, nem mesmo os interesses de forma objetiva, haja vista que os valores eram interpretados de forma totalmente subjetiva, alterando-se de indivíduo para indivíduo.

Pode-se afirmar que as críticas ao movimento da Análise Econômica do Direito baseavam-se, também, em questionar o fato de que, se o objetivo da AED é a eficiência, não se poderia propor essa idéia em relação aos direitos de propriedade, eis que sempre existiria uma hipótese na qual os recursos pudessem ser alocados de forma mais eficiente. Tal crítica ficou conhecida como “Tese Circular da Eficiência”.

Ademais, outra crítica ao movimento, baseava-se no fato de que não seria plausível colocar-se em questionamento a eficiência, tendo em vista que não seria possível fixar, com antecedência, os

custos possíveis quando da alocação de todos os recursos em prol de um patamar considerado mais eficiente. Logo, a própria tentativa poderia resultar em uma alocação menos eficiente dos recursos, pois não se poderia prever, antes, o custo necessário.

Outra crítica ao movimento da AED refere-se ao fato de buscar-se um caráter estático da solução eficiente, o que acabaria por contrariar a dinamicidade do sistema jurídico, a qual inevitavelmente altera-se em consonância com os valores da sociedade.

A escola Austríaca também critica o movimento da AED pelo fato de não ser possível chegar-se à eficiência medindo-se perdas e ganhos, haja vista tratarem-se de conceitos extremamente subjetivos e imensuráveis.

Crítica-se, outrossim, a AED em relação ao fato de ser impossível impor uma lógica que fundamente o porquê do sistema *Common Law* ser visto como supostamente mais eficiente.

Por fim, questiona-se também que, ainda que o objetivo comum do *Common Law* possa eventualmente refletir uma eficiência lógica, já existiriam algumas legislações modernas em que o propósito também seria redistributivo e eficiente, em decorrência dos anseios dos indivíduos perante seus representantes escolhidos pelo próprio povo.

Ocorre que apesar das críticas terem sido pertinente e veementes, o movimento da Análise Econômica do Direito – AED mantêm-se em contínua expansão, com cada vez mais juristas e economistas adeptos.

Obra de grande aceitação e relevância pela Análise Econômica do Direito é a redigida por Robert Cooter e Thomas Ulen, denominada “*Law and Economics*”, cuja inicial edição é de 1987.

Também perduram diversas publicações em periódicos, tais como o “*International Review of Law and Economics*”, oriundo da Universidade Inglesa de New Castle; o “*Journal of Law, Economics, and Organization*” da Universidade de Yale; o “*Journal of Law and Economics*” e “*Journal of Legal Studies*”, ambos da Universidade de Chicago.

Em que pesem as construtivas críticas à Análise Econômica do Direito, fato é que, cada vez mais, clama a sociedade leiga e jurídica

por métodos técnicos e razoáveis que possibilitem sejam enfrentadas questões jurídicas de modo a se alcançar, efetivamente, maior e melhor bem-estar, menor prejuízo à sociedade como um todo, maximização das riquezas, maximização dos interesses, melhor e maior eficiência de alocação quanto aos recursos escassos existentes.² Daí o porquê imperioso se faz compreendermos a Análise Econômica do Direito e sua aplicação, inclusive junto ao Direito Civil.

2.4. Abordagem conceitual acerca da Análise Econômica do Direito.

As denominações Análise Econômica do Direito, Nova Economia Institucional, Análise Econômica das Organizações, etc., representam pontos de vista diferentes sobre o mesmo tema, mas aludem a uma mesma teoria, contendo específicas divergências no tocante à adesão principiológica histórica, econômica ou jurídica do estudioso.

Pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito cuida-se de nítida reformulação do Direito, em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais que se relacionam com a eficiência do direito em si, os gastos para efetivação de seus institutos, bem como os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais, inclusive as relacionadas ao Direito Civil. Dá-se mediante aplicação no ordenamento jurídico de premissas e conceitos utilizados pelo economista.

De salutar importância mencionar que a Análise Econômica do Direito, definitivamente, não se confunde com a cadeira lecionada denominada “Direito Econômico”.

² “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 89.)

Trata-se a Análise Econômica do Direito de um movimento interdisciplinar, o qual aplica em todas as searas jurídicas as premissas da ciência econômica, principalmente os institutos atrelados ao valor, utilidade e eficiência. Dentre tais searas, está, obviamente, a civil.

Anteriormente, de fato, as influências advindas da ciência econômica eram notadas em casos nos quais se envolviam questões relacionadas a valores monetários, regulação de mercados e tributação.

Todavia, hodiernamente, expande-se tal interpretação em relação a questões atinentes aos direitos de propriedade, direito penal, direito constitucional, processo penal, contratos, etc. Eis a importância de, nesse trabalho, por hora, focarmos nossas atenções especificamente em relação ao Direito Civil.

3. Considerações sobre conceitos e princípios da ciência econômica necessários ao estudo da Análise Econômica do Direito.

Como se percebeu da leitura acima, a Análise Econômica do Direito invoca a metodologia da ciência econômica junto à realidade fática do mundo jurídico, inclusive, junto ao Direito Civil.

Portanto, impõe-se seja feita uma análise introdutória do que representa a ciência econômica e, conseqüentemente, verificarmos seu entrelaçamento em relação ao Direito Civil.

Nas palavras de N. Gregory Mankiw:

“economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças”³

Portanto, a Economia é justamente a ciência que estuda e analisa todas as relações que se voltam no sentido de ordenar e também administrar a utilização dos recursos, tendo em vista que estes são escassos.

³ Mankiw, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro. Elsevier: 2001. p . 5.

A Economia também pode ser classificada em Microeconomia e Macroeconomia. Entende-se a Microeconomia como sendo aquela que se preocupa em analisar as reações e atuações das unidades econômicas em si, tais como a maneira pela qual os consumidores e sócios da sociedade empresária se interagem.

Por outro lado, a Macroeconomia preocupa-se em relação ao conjunto de atividades, consideradas dentro de um todo econômico. São os grandes agregados. Assim, estuda-se, por exemplo, a renda, o nível de emprego, o grau de consumo, o montante de investimentos, índices de inflação, etc.

Ao se considerarem as leis econômicas, inevitavelmente, nos deparamos com a “lei da oferta e da procura”, dentre outras, que resultam de simplificações da realidade fática.

Esta “lei da oferta e da procura” prevê que determinada quantidade de determinado produto específico varia de forma inversa em relação a seu preço, o que nos leva à óbvia conclusão de que, caso haja aumento de seu preço, haverá a diminuição pela procura do produto, seja ele um bem ou um serviço.

Os princípios econômicos possibilitam o desenvolvimento da ciência econômica, assim como os princípios do Direito servem de embasamento para todo o sistema jurídico.

O renomado e extremamente didático Mankiw nos enumera em sua obra “Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia”, 10 princípios que seriam, por si só, suficientes para se justificar as leis econômicas e, para nós, contribuiriam, em muito, para a aplicação da Análise Econômica do Direito também nas decisões inerentes ao Direito Civil.

Inicialmente, os 4 primeiros princípios enumerados, referem-se às maneiras pelas quais os indivíduos decidem.

Preliminarmente, aduz o Autor que as pessoas se deparam com *tradeoffs*, fazendo com que se comparem os objetivos para que, só então, chegue-se a uma decisão final. Secundariamente, os indivíduos devem atinar ao fato de que o custo de se optar por uma das opções ou oportunidades, é justamente aquele custo do que se desiste para que a primeira (ou outra) escolha seja feita. É o chamado “custo

de oportunidade”.⁴ Um terceiro princípio, é o de que os indivíduos que pensam e raciocinam na margem. Assim, ao serem tomadas as decisões, são considerados, apenas, os acréscimos além do que já foi obtido perante uma variação do custo de oportunidade. Não se pensa na vantagem total, mas tão somente no quanto haverá de acréscimo.

Em seguida, Mankiw principia que os indivíduos, em suas ações, naturalmente respondem a incentivos. Por exemplo, no Império Romano, existia a possibilidade dos credores dilacerarem os corpos dos devedores em tantas quantas fossem os números de parcelas da dívida em aberto.

Vejamos que, muito embora, a princípio, possa esta parecer uma maneira super eficiente dos credores no sentido de receberem seus créditos e dívidas civis, por outro lado, funcionaria como “incentivo negativo”⁵ para que as pessoas, cada vez menos, contratassem. O que, obviamente, acarretava prejuízos sócio-econômicos à comunidade em geral.

Em seqüência, Mankiw preleciona três princípios que se atrelam às maneiras pelas quais os indivíduos se inter-relacionam.

Expõe que o comércio melhora a vida de todos os indivíduos na medida em que aquele que possui alguma mercadoria em excesso, possui a possibilidade de troca-la por benefícios ou utilidades que estejam em posse daqueles que mais necessitam de suas mercadorias em excesso. Eis um aspecto, também, intimamente ligado ao Direito Civil, atrelado, por exemplo, à compra e venda.

⁴ “Há ainda o que a Economia conhece por custos de oportunidade, representados por aquilo que o empresário está “deixando de ganhar” se, ao invés de dedicar seu tempo e seus recursos ao exercício da empresa, fosse cuidar de efetuar outro tipo de atividade. (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. pág. 42.)

⁵ “O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetua-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 29.

Ademais, aduz Mankiw, em outro princípio, que o sistema mercadológico é, em regra, uma importante alternativa para se ter as atividades econômicas de maneira organizada, haja vista que o mercado possibilita que o sistema de preços seja estabelecido e regulado via atuação de todos. Também enumera Mankiw, o princípio de que os governos possuem a possibilidade de melhorar seus resultados auferidos no mercado, principalmente nas hipóteses em que se verificam falhas no mercado. Ao final, Mankiw estabelece três princípios que se relacionam ao funcionamento da economia como um todo.

Preliminarmente, ressalta que o padrão de vida de um determinado país está diretamente relacionado com a potencialidade e capacidade de produzir bens ou prestar serviços. Em seqüência, salienta o princípio de que os níveis de preços dos produtos ou serviços aumentam na medida em que se emite mais moedas. Tal fenômeno resulta no instituto que conhecemos com o nome de “Inflação” que é, justamente, a diminuição ou perda do valor da moeda de um país em decorrência do excesso exacerbado de sua oferta no mercado.

Finalmente, Mankiw nos expõe que sempre há um *tradeoff*, de curto prazo, perante desemprego *versus* inflação, ao qual o Estado se depara em específicas ocasiões. Por exemplo, no contexto em que se verifique a inflação, mostra-se essencial que seja estagnada a produção, o que, obviamente, acarreta o desemprego.

Richard Posner, com sua peculiar propriedade, prevê-nos três princípios elementares da ciência econômica.⁶

Desde o começo, Posner expõe que o ser humano é, em si, um maximizador racional de seus objetivos, sendo que, em razão disso, a ciência econômica cuida de como alocar os recursos, que por sua vez são escassos, de modo a estarem em consonância aos anseios do indivíduo.

Posner enumera o primeiro princípio, aquele que se refere à relação inversa existente entre o preço exigido *versus* quantidade de

⁶ POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México-D.F. Fondo de Cultura Económica, 2000.

demanda do produto ou serviço. Outro princípio de Posner é o que trata do equilíbrio colocado pelo custo de oportunidade, ou seja, o que um indivíduo deixa de ganhar ao optar por uma das escolhas disponíveis. Assim, no entrelaçamento de interesses dos consumidores *versus* fornecedores, chega-se ao equilíbrio do preço.

Como bem sabemos, em nosso dia-a-dia de nossas relações e transações civis, nos deparamos com várias escolhas, em que, se por um lado auferimos determinada vantagem, em contrapartida, sofremos algum determinado prejuízo.

Por fim, entende R. Posner que os recursos, escassos, são tendentes a serem alocados de maneira mais eficiente nas hipóteses em que se verificam intercâmbios voluntários realizados entre os próprios indivíduos.

Deste modo, podemos, com certa tranquilidade, afirmar que a ciência econômica, em si, gira pelos princípios basilares da maximização dos interesses, também chamado de escolha racional, equilíbrio e eficiência, sendo, justamente, no tocante a esses elementares princípios, que se deve iniciar o estudo da Análise Econômica do Direito (AED).

Nesse mesmo sentido, o renomado Professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Armando Castelar Pinheiro, conjuntamente com o advogado Jairo Saddi, em sua obra “Direito, Economia e Mercados”, nos lecionam que se podem definir algumas premissas essenciais à Análise Econômica do Direito.⁷

A primeira seria assumir que o indivíduo estaria sempre disposto a esforçar-se com fúrias a alcançar mais, do que menos satisfação, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos.

Outra premissa seria a de que, no momento em que os indivíduos sopesam suas alternativas, de modo a buscarem qual a mais racional, tomam em consideração o “sistema de preços”, que diz respeito a saber se haveria ou não incentivos ou sanções e, se, compensaria o resultado inicialmente pretendido.

⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88-89.

A última premissa seria a de que as normas positivadas teriam caráter de “incentivos”, ou maneiras de coibir ou persuadir atitudes e condutas dos homens. Desde já, aqui, refletimos acerca da função eminentemente pedagógica dos contratos civis.

Neste ponto, inegavelmente, vê-se nítida relação com as normas escritas de Direito Civil que visam “não incentivar” determinadas condutas humanas indesejáveis no Direito Civil, como por exemplo, as que visam coibir o enriquecimento injustificado, inadimplemento obrigacional, abuso de direito, descumprimento contratual, etc.

Muito embora seja o mercado o melhor ambiente para se obter a melhor alocação de bens, este também apresenta falhas, como por exemplo, existência de poder econômico, informações assimétricas, bens públicos, externalidades, etc.

É justamente ao se deparar com as falhas de mercado que, de acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), vislumbra-se a atuação do Estado, com fins a eliminar ou diminuir tais falhas, visando obter cada vez mais a eficiência e perfeição quando da alocação dos recursos escassos disponíveis.

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), os intérpretes não devem manter-se atrelados aos métodos clássicos e tradicionais da análise jurídica, no qual percebem-se apenas os prejuízos assumidos por uma parte.

Há, também, que serem ponderados possíveis prejuízos, custos ou benefícios mútuos, de todos os envolvidos na relação, inclusive as essencialmente afetas ao Direito Civil.

Sabe-se ser função do sistema jurídico proporcionar a diminuição dos “custos de transação”, com fins a facilitar a contratação entre os agentes econômicos, permitindo a maior existência de segurança, fazendo com que se minore o risco assumido pelo empresário durante o exercício de sua atividade negocial.

Portanto, a intervenção por parte do Estado deve ser realizada, tão-somente, quando o objetivo for eliminar as falhas de mercado para então buscar uma alocação ótima dos recursos escassos.

Assim, pode-se afirmar que determinados institutos atinentes à ciência econômica são aplicáveis, também, no estudo da Análise

Econômica do Direito, tais como a escolha racional, a eficiência, as falhas do mercado e os custos de transação. Adentremos, assim, à uma análise profícua de cada um destes institutos.

À grosso modo, pode-se dizer que “agir de forma racional” é ter conhecimento de como, e saber escolher, entre duas ofertas, qual a melhor.⁸

Assim, o agente, já sabendo as vantagens e custos que determinado produto apresenta, opta por aquele que lhe proporcionará maior utilidade.⁹ Há a “escolha racional” quando se faz uma opção em razão, mais dos benefícios, do que dos possíveis custos que possam surgir.¹⁰

Ao lado da última definição acima aviada, têm-se o conceito de “Custo de Oportunidade”, pois este representa o quê se perde, por não se escolher a alternativa disponibilizada mais favorável ou útil.

O princípio da “escolha racional” relaciona-se à Revolução Marginalista dos Neoclássicos, bem como à Escola Austríaca (em oposição aos economistas clássicos), eis que iniciaram o estudo do instituto da “marginalidade”.

⁸ “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 89.)

⁹ “O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 29.)

¹⁰ “La mayoría de los análisis económicos consiste en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, em otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 10)

Os efeitos de uma pequena variação é representada pelo adjetivo “marginal”. Logo, uma escolha é racional se os custos marginais forem menores do que o benefício marginal. Para uma escolha racional, mister se faz apreciar a utilidade marginal do bem.

Saliente-se que para a escolha racional ser feita, é suficiente que o agente tenha conhecimento de ordenar aquilo que lhe é útil. Não é imperioso que se saiba o quão é mais útil essa ou aquela escolha, tendo em vista que se trata de uma escolha subjetiva.¹¹

Tal premissa, aplica-se inegavelmente nas relações essencialmente afetadas ao Direito Civil, afinal, a todo instante, fazemos “escolhas racionais” acerca do que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, decidindo, sempre, da forma que nos ocasione um menor “custo de oportunidade” e maior “utilidade” possível.

É imperioso que os indivíduos ao tomarem suas decisões, as façam no intuito de buscar a melhor alocação dos bens. Resulta, deste modo, a necessidade de que as ações e decisões humanas sejam eficientes, tendo em vista que as demandas são sempre maiores do que o número de recursos, dada a sua escassez. Visa-se a maximização de riqueza.¹²

¹¹ “Para que o indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil algo em relação à outra alternativa. Por uma questão lógica, a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 85)

¹² “Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que um no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” e “no-económicos” y ésta

A busca pela eficiência¹³ é objetivo básico-elementar da ciência econômica e, também, da Análise Econômica do Direito.

No tocante ao conceito de eficiência, existem dois modelos mais notadamente conhecidos, quais sejam, o de Pareto^{14 15 16} e o de Kaldor-Hicks.¹⁷

es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida em que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.” (POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law. Una Investigación Filosófica**)

¹³ “O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elabora-lo, interpreta-lo e aplica-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, (...) Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 24/25)

¹⁴ “O conceito de eficiência para Pareto – ou, como diz em economia, o ótimo de Pareto – pode ser traduzido no ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico, ou seja, a posição de uma parte A melhora sem a constatação de prejuízo da posição de uma parte B. Ou, ainda, mais precisamente, quando não há mudanças suficientes a satisfazer uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 100, 2008).

¹⁵ “Comenzaré con el principio de Pareto, que es un cambio (incluso un cambio causado por un accidente o una acción intencional) es bueno si beneficia al menos a una persona y no perjudica a nadie.” (POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law. Una Investigación Filosófica**. Artigo)

¹⁶ “En Pareto, o padrão ótimo de eficiência se dá quando os agentes econômicos têm acesso aos bens que mais valorizam, através de um sistema de trocas ou alocação de recursos.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 100, 2008).

¹⁷ “Acerca do conceito de eficiência, a teoria econômica apresenta dois modelos

A renomada Professora da USP Rachel Sztajn nos preleciona¹⁸ que o de Pareto é mais comumente utilizado e significa que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco, em favor daqueles indivíduos que mais os valorizam.

Deste modo, haveria eficiência, de acordo com Pareto, sempre que houvesse uma transação que viesse a melhorar a situação de uma pessoa, sem que a de outra pessoa fosse piorada.

Por outro lado, para Sztajn, o modelo de eficiência em Kaldor – Hicks¹⁹ significa que as leis escritas devem ser utilizadas para causar o máximo de bem estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns.

Richard Posner, ao aduzir sobre o tema, menciona que a transação ocorrida no sentido eficiente de Pareto é justamente aquela que acaba por melhorar a situação de, no mínimo, um dos indivíduos

mais conhecidos: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Sobre estes dois construtos, Sztajn leciona que o primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que numa determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse a piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86.)

¹⁸ SZTAJN, Rachel. Law & Economics. IN Sztajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

¹⁹ “Tem-se a eficiência de Kaldor-Hicks, portanto, quando o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição da riqueza importe que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original, embora ainda recebessem, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 101, 2008).

envolvidos na relação, desde que não se piore a situação do outro indivíduo.²⁰

O Ótimo de Pareto representa o momento em que as transações seriam tão eficientes, até que se alcançasse o ponto em que não fosse mais possível realizar qualquer transação sem que resultasse em prejuízo a algum indivíduo.

Por outro lado, Nicholas Kaldor, que viveu entre 1908 e 1986, importante economista da escola de Cambridge e Sir John R. Hicks, que viveu entre 1904 e 1989, ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1972, os quais deram ensejo ao critério de “Kaldor-Hicks”, que representa a hipótese de que a batalha pela alocação dos recursos resolva-se de maneira que o benefício proporcionado aos vencedores, possibilite compensar o prejuízo dos perdedores.²¹ Portanto, dentre duas possíveis escolhas, deve-se optar por aquela que proporcione maior bem-estar.

A Análise Econômica do Direito, de todo modo, visa o maior bem-estar²² possível, mediante melhor e maior alocação possível de bens, a se alcançar o bem estar dentro da moral.²³

²⁰ POSNER. Richard A. **El análisis económico del derecho**. México-D.F. Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 21

²¹ “(...) o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86)

²² “Segundo Goldberg, o conceito de justiça (comutativa, distributiva ou retributiva) não tem peso normativo independente, mas apenas se e enquanto promove o bem-estar”. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86, citando GOLDBERG. Daniel. **Poder de Compra e política antitruste**, São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 42.)

²³ “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos**

Conclui-se que para a escola da *Law and Economics*, a busca em prol da eficiência é princípio básico e elementar, o qual deve ser aplicado nas decisões judiciais, em consonância aos critérios de Pareto ou Kaldor Hicks, zelando-se pela ética e constatação fática do bem-estar.

Portanto, nas relações afetas ao Direito Civil, nas quais se relacionam acerca do quê contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, todos os operadores do direito devem, antes, refletir se tal ato será feito de forma “eficiente”, buscando-se o maior bem estar possível, mediante melhor e maior alocação possível de bens escassos, em consonância com a moral e os bons costumes.

Conforme já anteriormente invocado, outra premissa elementar em relação a qual os estudiosos da Análise Econômica do Direito devem atinar-se, trata-se da existência de falhas do mercado que acabam por obstacularizar que as inter relações econômicas cheguem à maior eficiência. Tais falhas do mercado devem ser sanadas pelas normas jurídicas.

Sabe-se que a alocação eficiente de recursos nem sempre é conseguida no mercado. Para que isso fosse possível, seria necessário que os mercados fossem perfeitamente competitivos, sem que houvesse, ao menos, sequer um fator que ensejasse imperfeição do mercado.

Fato é que se verificam hipóteses nas quais não se constata o esperado resultado eficiente, seja em razão das externalidades, monopólios (concorrência imperfeita), por serem os recursos bens públicos (pois a utilização do bem por um, não impede que outro também o utilize), etc.

Diante desses contextos nos quais nos deparamos com falhas de mercado, é que se deve invocar a Análise Econômica do Direito, de modo a minorar seus impactos, no sentido de que as inter-relações econômicas caracterizem-se pela maior eficiência possível.

A assimetria de informações é um impasse, óbice e impedimento em relação à obtenção de relações econômicas eficientes.

Contratos. Contratos empresariais e análise econômica. Ed. Elsevier. 2009. p. 89.)

Vê-se, com nitidez, a assimetria de informações quando das relações consumeristas, tendo em vista ser da própria natureza da negociação que um pólo detenha o domínio da técnica e, o outro, a ausência de conhecimento técnico.

Eis aí outro ponto que se relaciona diretamente ao Direito Civil, qual seja, a assimetria de informações nas relações consumeristas.

Também há falha de mercado quando não há competitividade entre empresas, as quais abusam de seu direito e poderio econômico, passando a impor valores de produtos ou serviços, notadamente acima de seus respectivos custos marginais. Eis outro tema, afeto, também, ao abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

Diretamente relacionados ao tema, estão os institutos da concorrência perfeita; concorrência imperfeita; oligopólio ou oligopsônio; monopólio ou monopólio bilateral.

No modelo ideal de concorrência perfeita, é requisito que exista inter relacionamento entre grande número de vendedores e compradores; que um não possua mais influência do que o outro ou seu concorrente; que os produtos negociados sejam iguais; que haja fácil ingresso e saída do produto ou interessado no mercado; inexistência de assimetria nas informações; não existam externalidades; não haja lucro, pois os preços seriam fixados no custo marginal necessário à produção, etc.

Já a concorrência imperfeita, presume a existência de vários compradores e vendedores, porém, não se mostram presentes os demais requisitos apontados no parágrafo acima, principalmente, por não se constatar igualdade entre os serviços e produtos ofertados, o que esmaga o poder de alguns concorrentes, sob outros, em participarem quando da fixação dos preços.

De outra monta, o oligopólio caracteriza-se quando a oferta de produtos ou serviços está centrada no poderio de poucos. A expressão origina-se do dialeto grego: *oligos* (poucos) e *polein* (vender). O Oligopsônio é regime pelo qual existem poucos compradores, em relação a um enorme grupo de vendedores. O Monopólio, por sua vez, é uma estrutura de mercado na qual existe apenas um ofertante

de determinado produto ou serviço, ao passo que o Monopsônio se dá quando há apenas um comprador do produto/serviço.

Os modelos de cartel perfeito ou imperfeito significam que os oligopolistas possuem ciência da inter dependência entre eles e ajustam um determinado preço, pelo jogo de cooperação e, assim, constituem um monopólio puro (cartel perfeito).

Há também a hipótese de que, sem anterior acerto, os fornecedores ou produtores acordem em seguir os passos de uma empresa já líder no mercado, de sorte que esta pré estabelecerá o preço, haja vista seu poderio econômico, ou por serem seus custos de produção menores (cartel imperfeito). Pode-se afirmar que, na prática, o poderio econômico encontra-se atrelado à própria estrutura do mercado.

Tendo em vista que não há mercado em que vislumbre-se concorrência perfeita, todas as inter-relações econômicas sofrem interferência em sua estrutura e são obstadas a auferir a maior maximização do bem estar e, em conseqüência, uma perfeita, ótima e ideal alocação dos recursos escassos.

Um dos principais institutos que se relacionam com as falhas de mercado são as “externalidades”, as quais representam as hipóteses nas quais o exercício da atividade econômica realizada pelos indivíduos ocasiona impactos ou efeitos sobre outros indivíduos.

Pode-se dizer que “externalidade” significa o efeito acarretado pela atitude de um agente sobre o bem estar de outro agente que não se relaciona diretamente com a atividade desenvolvida.

Faz-se importante o estudo da “externalidade”, tendo em vista que algumas decisões judiciais podem ser tomadas de forma eficiente para algum agente, individualmente, porém, esta mesma decisão pode não ter sido eficiente ao se tomar como referencial a coletividade.

Isso se aplica, também, perfeitamente nas relações afetas ao Direito Civil.

Se o impacto for maléfico, denomina-se “externalidade negativa”, ao passo que, se o impacto for benéfico, tem-se a “externalidade positiva”. Quando há uma externalidade, o mercado não está, a princípio, preparado para resolvê-la de forma mais eficiente. Portanto,

deve o Estado atuar para internalizar o objeto negativo da atividade econômica. É o que se denomina “internalização das externalidades”.

Assim, deve-se pretender que as decisões que por ventura acarretem lesão à eficiência coletiva não sejam incentivadas, sobretudo, as afetas ao Direito Civil.

O instituto dos “Custos de Transação”^{24 25} faz parte da Teoria Neo-Institucionalista, desencadeada por Oliver E. Williamson, que leciona na Universidade de Berkeley, juntamente com Douglas C. North, premiado pelo Nobel de Economia em 1993.²⁶ A Teoria dos Custos de Transação discorda da Teoria Econômica Neoclássica, bem como da presunção de que o mercado, em si, seja perfeito.

Ressalte-se que, para a Teoria Neoclássica, há equilíbrio perfeito entre demanda e oferta e, conseqüentemente, não se dá importância quanto às variáveis relativas aos custos necessários a se possibilitar o cumprimento de acordos.

Os “Custos de Transação” significam: o custo para se encontrar um interessado; custo para negociação, elaboração e discussão de contratos, contratação de advogado, obtenção de informações; custo para se fazer cumprir o contrato; etc.

Sabe-se acerca da importância dos contratos para o Direito Civil brasileiro, afinal, quanto mais contratos celebrados, maior número

²⁴ “Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado” (POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 9)

²⁵ “El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.” (POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 9)

²⁶ “Na teoria neo-institucionalista, portanto, o principal papel das instituições é reduzir o valor dos custos de transação.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 102, 2008).

de produtos são fabricados e vendidos, maior número de serviços são prestados, surgem mais clientes e parceiros comerciais, mais empregos são gerados, mais tributos são recolhidos, ou seja, maior dinamicidade é proporcionada à economia do país.

Ademais, os contratos, por si, passam a cumprir, cada vez mais, sua função social, prevista no artigo 421 do Código Civil.

Evidentemente, os Custos de Transação estão presentes no cotidiano das relações de Direito Civil atinentes aos contratos, pois à todo momento se pensa acerca do quê contratar, com quem contratar, quando contratar, como contratar, como impor o cumprimento dos contratos, levando-se o interessado a querer, sempre, decidir da forma que ocasione um menor Custo de Transação possível.

Já a “Teoria dos Jogos” não é uma premissa, mas sim um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito de modo a auxiliar a compreender, ou prevenir, acerca de possíveis comportamentos dos agentes em conflitos de interesses.²⁷

A partir do momento em que se verifica que as decisões de um agente é influenciada pela atitude que se espera de um outro agente ao qual se relaciona, forma-se o comportamento estratégico, tendo em vista que se conhecem as regras do jogo.²⁸

De acordo com a Teoria dos Jogos, a norma é vista apenas como subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois este ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar, cumprindo ou não a lei. A lei induz os comportamentos.²⁹

²⁷ “A contribuição da teoria dos jogos para o estudo do Direito, portanto, consiste no entendimento das motivações estratégicas que inspiram os autores e das consequências das normas jurídicas em seu comportamento.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), vol. 11, p. 109, 2008).

²⁸ “Essa teoria é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 109)

²⁹ “La racionalidad implica toma de decisiones y, generalmente, la gente tiene que

Um dos famosos exemplos de aplicabilidade da Teoria dos Jogos se deu quando Albert W. Tucker, em 1950, produziu o artigo “*A two-person dilemma*”, conhecido em nosso dialeto como “O Dilema dos Prisioneiros”.

Em suma, trata-se do exemplo no qual a polícia prende dois indivíduos que possuem ciência do crime cometido, porém faltam provas para que a polícia os mantenha presos, necessitando, assim, de suas confissões.

Na hipótese de não obter a confissão, ambos seriam condenados em crimes menores. Então, a polícia os coloca em salas separadas e propõe-lhes: “se confessar, e o outro suspeito não confessar, você ficará em paz e só o outro será condenado por um crime grave. Se os dois confessarem, os dois serão condenados pelo crime grave, mas com redução de pena.”

Obviamente, é interesse dos dois que ambos não confessem, pois, assim, serão condenados apenas em relação ao crime menor. Por outro lado, confessar é também uma boa estratégia, pois se o outro não confessar, ao se confessar evita-se a condenação mais grave. Se um confessar e o outro também confessar, a redução da pena será obtida.

Interessante estratégia individualista dos prisioneiros seria, certamente, acusar o outro, já que não se sabe como o outro atuará. Pode-se pensar ser mais proveitoso responder por tempo menor do que pelo crime mais grave, caso o outro lhe acuse. Hipótese similar existente em nosso ordenamento é o instituto da delação premiada.

Portanto, a Teoria dos Jogos também contribui de várias maneiras para a ciência do Direito, em licitações, falência, direito penal, etc., ensinando análises de previsibilidades das ações a serem assumidas pelos indivíduos que visam atuar de forma racional, em prol do seu interesse e bem estar.

tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre.” (POSNER. Richard A. *El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo*. Revista de Economía. 2005. p. 11)

Especificamente em relação ao Direito Civil, mostra-se importante que ao se celebrarem os contratos civis, quando da elaboração de suas cláusulas, consiga-se prever, de antemão, quais as possíveis condutas dos indivíduos (jogadores) que sabem as regras do jogo (cláusulas contratuais).

Mister se fazer repensar, por exemplo, até que ponto seria interessante que um dos contratantes descumpra as regras do jogo e, caso, descumprida a regra, o quão malélicas as sanções contratuais também lhe seriam.

Como exemplo prático, no Direito Civil Brasileiro, cita-se: até que ponto valeria à pena ao locatário que se encontra, momentaneamente em difícil situação financeira, descumprir a regra de pagar os alugueis e aguardar o prazo que lhe é concedido pela lei para purgar a mora?

Também, exemplificativamente, faz-se pensar o quanto poderia ser interessante a conduta das empresas prestadoras de transporte aéreo em, simplesmente, descumprir seu dever de zelar pela custódia das bagagens. Isso pois, em caso de extravio das bagagens, poucos consumidores ingressam em juízo, destes que ingressam, nem todos se sagram vitoriosos e, ainda sob estes, a maioria obtém valores de indenização moral irrelevantes em comparação ao poderio econômico da Transportadora Aérea.

Aqui, sabem-se as reais regras do jogo, de modo que, a princípio, bastaria apenas provisionar o eventual prejuízo e, posteriormente, sentir-se confortável para descumprir o contrato. Afinal, não é interessante arcar, demasiadamente, com gastos e burocracia que objetive evitar o extravio de bagagens.

Nesses casos, é necessário que se interpretem os contratos considerando-se, antes, as prováveis e possíveis condutas dos contratantes, objetivando, também, respeitar a função pedagógica, inerente aos contratos civis.

4. Aplicação da Análise Econômica do Direito em relação aos Direitos de Propriedade.

É útil que façamos uma reflexão sobre as relações patrimoniais privadas existentes em nosso Estado Democrático de Direito, no intuito de que os agentes econômicos sintam-se estimulados a alcançar maior eficiência quando da alocação dos bens escassos disponíveis.

Nesse contexto, encontram-se as reflexões acerca da necessidade, ou não, de se zelar pelos Direitos à Propriedade privada em relação aos bens escassos. Afinal, seria melhor e mais eficiente, para todos nós, nos valermos das propriedades privadas e seus proprietários pré-estabelecidos, ou, por outro lado, optarmos em favor do estabelecimento da propriedade comum, na qual existam vários donos distintos, em relação ao mesmo bem?

A todo momento nos deparamos com noticiários da imprensa televisiva ou escrita dando conta de grupos de pessoas que se organizam em prol de uma utilização mais eficiente de determinado bem, como por exemplo, a terra e a moradia.

Por várias vezes verificamos, por exemplo, pleitos que tocam sobre reforma agrária, desapropriação de imóveis e usucapião de terras, essencialmente escassos que, supostamente, não estariam sendo usufruídos de forma eficiente. Daí porque, já por esses motivos, se justifica a importância desta parte do presente trabalho.

Nessa seara, oportunamente, podemos invocar o movimento da Análise Econômica do Direito (AED) haja vista que essa, a nosso sentir, é importante fundamento técnico para tratarmos acerca na necessidade de se zelar pela existência e manutenção dos Direitos de Propriedade.

O Direito de Propriedade decorre da própria natureza humana. É uma exigência da natureza intelectual do homem. César Fiúza ensina que:

“A propriedade tem como fundamento a própria natureza humana. É natural do ser humano exercer poder, domínio sobre as coisas. Aliás, é natural de muitos animais. E se tem origem na natureza do homem, é perfeitamente legítima a propriedade. (...) Mesmo tratando-se de

sociedades em que a propriedade é coletiva, há um sentimento forte de exclusividade quanto a terceiros estranhos. Isso ocorre tanto em comunidades humanas quanto em agrupamentos animais. Assim, os hímens defendem seu território, bem como fazem os leões.”³⁰

Os irracionais se contentam com a satisfação de suas necessidades tidas como imediatas, ao passo que o homem pode prever o seu futuro. Logo, para subsistir economicamente hoje e no tempo futuro, o homem precisa tornar-se proprietário de bens naturais, de consumo, fungíveis e de produção. Orlando Gomes³¹, nos salienta que:

“O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, - “*plena in re postesta*”. Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem que o injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (...) Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível.”

Entende-se ser a propriedade expressão da pessoa humana, eis que é fruto do seu trabalho próprio ou até mesmo de seus antepassados. O indivíduo humano precisa de um local preservado pela privacidade no qual possa ser ele mesmo e ver-se cercado dos símbolos que identificam o seu eu interior. A propriedade estimula o trabalho e faz com que seja o homem induzido, instigado e atraído a produzir, de forma espontânea e natural, em razão da perspectiva de ter recompensas diretas e pessoais, decorrentes de seus esforços. Pode-se dizer que a propriedade é inerente à sociedade articulada

³⁰ FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 10ª edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2007. p. 762.

³¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1995. p. 85-86.

ou organizada, em contraponto da sociedade meramente coletiva. Nessa última, há uma sociedade massificada, sem diversificação nem liberdade.

Os Direitos de Propriedade protegem os cidadãos em face da concentração de todos os poderes nas mãos do Estado, de modo a garantir as liberdades dos indivíduos em suas relações de caráter civil. A propriedade privada faz parte das tendências naturais do homem. É manifestação de uma necessidade fundamental do indivíduo. Vê-se pela vivência que uma criança quando quer, toma e guarda o que lhe interessa, ao mesmo tempo em que os homens buscam cada vez mais adquirir e conservar suas fortunas.

O Direito às Propriedades faz parte, inclusive, da própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista que para agir com desejável independência, o indivíduo humano tem necessidade de apropriar-se exclusivamente de certos bens para orientar sua atividade segundo suas aspirações e gostos, podendo trabalhar, sem coação, no desenvolvimento de sua personalidade. A utilização, gozo e desfrute de um bem deve se dar em consonância com a conveniência social da utilização da coisa. Deve ajustar-se aos interesses da sociedade, sendo que, em caso de conflito, o interesse social pode prevalecer sobre o interesse individualizado, tal como nas hipóteses em que há a desapropriação para fins de reforma agrária e usucapião.

Busca-se, assim, estudar como e porquê se concederam os direitos de propriedade, o que seria objeto de propriedade privada, quais providências a serem tomadas em defesa dos direitos de propriedade, quais ações podem ser tomadas pelos proprietários, etc.

Em regra, a AED justifica tais questionamentos sob a égide da eficiência maximizada. Há necessidade de se criar exclusividade sobre determinados bens escassos, determinando-se os respectivos proprietários, para que estes possam invocar seus direitos perante terceiros, de modo a impedir que a batalha desenfreada em busca do bem, acabe por resultar na inutilização do bem como um todo.

Ou seja, nas hipóteses em que um bem é comum e pode ser livremente usufruído por vários indivíduos, geralmente, não ocorre

a sua utilização mais eficiente.³² Sendo o bem escasso de uso comum para todos, sem que haja proprietário específico, ocasiona-se um efeito negativo recíproco, haja vista que as atuações de cada agente geram custos e exaurimento do bem escasso.

Os Direitos de Propriedade contribuem para que se elucide de que modo as pessoas podem se beneficiar ou se prejudicar, bem como quem deve pagar a quem em decorrência de atos praticados por outras pessoas. Há estreita relação entre direitos de propriedade e fatores externos (externalidade).

A “internalização” dos efeitos relaciona-se ao processo de trocas dos direitos de propriedade, de modo a permitir que os efeitos de uma externalidade gravitem sobre todas as pessoas que se interagem. Uma função primária dos direitos de propriedade é promover incentivos para se alcançar maior internalização das externalidades.

Corrobora-se com Harold Demsetz³³, em seu artigo “*Hacia una teoria de los Derechos de Propiedad*”³⁴. Naquele trabalho,

³² “Assim, quanto mais os direitos de propriedade sobre os bens forem alocados de forma eficiente (ou seja, atribuindo-os a quem mais os valorize), menos numerosas serão as transações econômicas – relações jurídicas – realizadas para atingir-se esta eficiência na alocação da propriedade sobre os fatores de produção e, obviamente, menores são os custos de transação para o exercício da empresa.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. pág. 56.)

³³ Harold Demsetz, economista nascido em Chicago, graduou-se em BA pela Universidade de Illinois e fez o MBA e Ph.D. pela *Northwestern University*. Foi professor da Universidade de Michigan, de Chicago e da UCLA, onde dirigiu o Departamento de Economia entre 1978 e 1980. Seu trabalho está centrado na teoria da empresa, direitos de apropriação, e problemas dos monopólios e da concorrência. Entre outras honras, é diretor da *Mont Pelerin Society* e *Doctor Honoris Causa* pela Universidade Francisco Marroquín da Guatemala. **Outras obras:** “La economía de la empresa”, Alianza Editorial, Madrid, 1997. “La competencia”, Alianza Editorial. “Toward a Theory of Property Rights” 1967, *AER* “Why Regulate Utilities?”, 1968, *J Law Econ* “Information and Efficiency: another viewpoint”, 1969, *J Law Econ* “Production, Information Costs and Economic Organization”, with A. Alchian, 1972, *AER*, “Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy”, 1973, *J Law Econ* “Accounting for Advertising as a Barrier to Entry”, 1979.

³⁴ DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoria de Los Derechos de Propiedad**.

Demzets bem nos relembra que *“He argumentado que los derechos de propiedad se desarrollan cuando se hace económico, para quienes se ven afectados por externalidades, internalizar los costos y los beneficios.”*

Um bom exemplo seria o da exploração de um terreno pastoril por inúmeros criadores de animais. Caso não haja limites a serem impostos por um criador aos demais criadores dos animais, naturalmente, todos envidariam seus esforços para aumentar seus ganhos, criando cada vez mais um maior número de animais. Obviamente, tal panorama levaria ao fim e exaurimento do bem escasso (pasto) e conseqüente prejuízo de todos.

Nesse exemplo objetivo e simplório, caso não existisse o Direito de Propriedade, todos os interessados em auferir lucro explorariam o pasto de forma desenfreada, sem limites, sem racionalidade, sem especificação dos animais próprios, sem respeitar os intervalos de tempo, meses, ou anos, necessários à recuperação do pasto, etc.

Isso, certamente, ocasionaria um prejuízo maior a todos, pois, rapidamente o bem escasso (pasto) seria exaurido, impedindo a maximização de riquezas e interesses, do bem estar. O recurso (pasto) teria sido alocado de forma ineficiente. Neste ponto, acerca da “eficiência” e Análise Econômica do Direito, afiguram-se adequadas as palavras de Bruno Salama:

“A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de *New Haven* buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de

Disponível em: http://www.eumed.net/coursecon/textos/Demsetz_teoria-derechos-propiedad.pdf

forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum.”³⁵

Assim, em um território de propriedade comum, no qual cada pessoa possua o direito livre de caçar e explorar o solo, economicamente, não se mostraria interessante tal hipótese. Afinal, o indivíduo que pretendesse maximizar seus direitos comuns (e lucrar) caçará a mais, ou explorará ainda mais a terra, o que diminuiria muito o estoque de animais e a própria capacidade de se explorar a terra ao longo do tempo.

Nesse caso, o “custo” de tal comportamento seria arcado por outros indivíduos, que talvez, nem pertençam àquela geração. Ainda nessa hipótese, por outro lado, poderiam os indivíduos acordar em quanto e como explorar os recursos, mas os “custos” para realizar este acordo de limitação de direitos poderiam ser inviáveis. Os “custos de negociação” poderiam ser muito altos para se chegar em um consenso. Bem nos frisa Demsetz:

“Pero tenemos que lidiar aún con las externalidades. Bajo el sistema de propiedad comunal, la maximización del valor de los derechos de propiedad comunal se llevará a cabo sin dar importancia a muchos costos porque el propietario de un derecho comunal o puede excluir a otros de disfrutar los beneficios de su propio esfuerzo y porque los costos de negociación son demasiado altos para que todos se pongan de acuerdo conjuntamente acerca de cuál es la mejor conducta. El desarrollo de derechos privados permite al propietario economizar el uso de aquellos recursos de los cuales él tiene el derecho de excluir a otros.”

Na propriedade comum, não se pode medir com exatidão os efeitos sobre os vizinhos ou gerações futuras. Há ocorrência de relevantes “externalidades” e nesse sentido bem assevera Harold Demsetz:

³⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 24, 2008.

“Lo mejor para empezar es considerar un ejemplo particularmente útil que dirige nuestra atención hacia los problemas de la propiedad de la tierra. Supongamos que la tierra es de propiedad comunal. Cada persona tiene el derecho de cazar, trabajar o explorar el suelo en busca de minerales. Esta forma de propiedad falla en la posibilidad de concentrar en una persona el costo asociado con el ejercicio del derecho comunal por parte de esa persona en particular. Si alguien procura maximizar el valor de sus derechos comunales, tenderá a cazar en exceso o trabajar de más la tierra porque algunos de sus costos serán compartidos por otros. El stock de animales de caza, así como la riqueza del suelo, disminuirán con demasiada rapidez. Es concebible que los poseedores de tales derechos, o sea cada miembro de la comunidad, puedan acordar un límite hasta el cuál trabajar la tierra si los costos de negociación y de instrumentación de las políticas necesarias son iguales a cero. Cada uno puede estar conforme con limitar sus derechos, pero es obvio que los costos para alcanzar tal acuerdo no serán iguales a cero. Lo que no es obvio es cuán elevados serán dichos costos. Los costos de negociación serán altos porque resulta difícil para muchas personas alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio, en especial cuando cada uno de los involucrados tiene el derecho de trabajar la tierra tan rápido como lo desee.”

E, especificamente, advertindo-nos acerca da desvantagem econômica quanto as gerações futuras, referente à “propriedade comum” que, como dissemos, é aquela em que o mesmo bem não possui um dono pré-determinado, naquele mesmo texto, salienta Harold Demsetz:

“El ejemplo de la propiedad de la tierra nos pone de inmediato ante una gran desventaja de la propiedad comunal. El efecto de las actividades de una persona sobre sus vecinos y sobre las generaciones futuras no se puede tomar en cuenta totalmente. La propiedad comunal resulta así en grandes externalidades.”

Na hipótese de que sejam distribuídas, previamente, as propriedades privadas entre diferentes indivíduos, em diferentes porções, para cada um, estará se proporcionando mais “incentivos” para se utilizar de forma mais “eficiente” os recursos (como por exemplo, o pasto), pois serão “internalizados” os custos externos de ter que se excluir, por exemplo, outros proprietários e controlar a caça ou a fertilidade da terra. Também nesse ponto, nos orienta Harold Demsetz:

“La “internalización” de tales efectos está ligada a un proceso – usualmente un cambio em los derechos de propiedad - que permite a dichos efectos gravitar sobre todas las personas interactuantes. Una función primaria de los derechos de propiedad es la de promover incentivos para alcanzar una mayor internalización de las externalidades. Cada costo y beneficio asociado con interdependencias sociales es una externalidad potencial.”

Nessa hipótese, o bem escasso estará na mão de quem mais o valoriza e terá mais cuidado ao usufruir do mesmo. Neste ponto, mostram-se adequadas as ponderações do professor da Universidade de Chicago, Richard Posner:

“El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.”³⁶

Quando se define previamente quem é, exatamente, o proprietário do quê, acaba-se por diminuir os “custos de transação” nas negociações chegando-se a uma utilização mais eficiente do bem escasso.

Afinal, é muito menos trabalhoso e menos custoso que um proprietário decida algo, do que várias pessoas que se entendem “donas” cheguem a um consenso sobre a melhor forma de se utilizar um determinado bem (colheita de várias opiniões, análise de todas as opiniões, fundamentação para acatamento ou não, etc.), por se mostrar mais difícil atender aos interesses de todos. Sobre esse aspecto, Harold Demsetz, salienta que:

“Si una sola persona posee una determinada cantidad de tierra, intentará aumentar su valor actual tomando en cuenta posibles evoluciones futuras de costos y beneficios y seleccionar aquellos que, en su opinión, podrán maximizar el actual valor de sus derechos de propiedad privada de dichas

³⁶ POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo*. Revista de Economía. 2005. p. 9

tierras. Como sabemos, esto significa que intentará tomar en cuenta las condiciones de oferta y demanda que, según cree, existirán después de su muerte. Es muy difícil imaginar en qué forma los propietarios comunales podrían alcanzar un acuerdo que tomara en cuenta tales costos.”

Nota-se que ao se dar oportunidade para que os proprietários invoquem seus direitos, economicamente, haverá melhor relação custo / benefício em favor da propriedade privada quando a compararmos com a propriedade comum. Há maior eficiência na utilização do bem escasso. Nesse aspecto, oportunas e pertinentes, novamente, são as afirmações de Harold Demsetz:

“La propiedad privada resultante internalizará muchos de los costos externos asociados con la propiedad comunal, puesto que ahora el propietario, en virtud de su poder para excluir a otros, puede contar generalmente con la retribución emergente del control de la caza o del aumento en la fertilidad de la tierra. Esta concentración de costos y beneficios en los propietarios crea incentivos para utilizar más eficientemente los recursos.”

Deste modo, ao se pré-instituírem os proprietários dos bens, há utilização mais eficiente, mais racional e mais duradoura do recurso. Eis a essência, para a AED, dos Direitos de Propriedade.

Sabe-se que a alocação mais eficiente de recursos, em consonância com o ótimo de Pareto, significa aquela em que não existiriam qualquer conflito envolvendo os Direitos de Propriedade nos quais alguém pudesse ser prejudicado. Caso existam, faz-se necessário apreciar os custos necessários às transações.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam que uma alocação de recursos será, de acordo com Pareto, eficiente quando *“não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente”*³⁷. Portanto, conforme ponderam os mencionados autores, não será eficiente uma dada situação, de acordo com o critério de Pareto, caso seja possível beneficiar alguém, sem implicar em prejuízos para outras pessoas.

³⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão. p. 120.

Assim, é necessário que se analisem o montante de recursos gastos para que os indivíduos cheguem a um resultado eficiente, também de acordo com o critério de Kaldor-Hicks. Conseqüentemente, quanto mais nítidos e hialinos os Direitos de Propriedade, há menos custos nas transações.

Caso sejam pré-definidos os proprietários e seus direitos, haverá maior bem estar em relação ao maior número de indivíduos, pois em geral o ganho e benefício alcançado será maior do que os prejuízos. Haverá menos conflitos. Sobre isso, asseveram Marcia Carla e Irineu Galeski:

“(...) o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns.”³⁸

Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn destacam que o modelo de eficiência proposto por Kaldor-Hicks corresponde ao melhor critério para a identificação das opções de ações que geram condutas eficientes quando da alocação de recursos:

“Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal.”³⁹

³⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86.

³⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In:

Pois bem. Dando-se sequência ao raciocínio, após se definir quem é exatamente o proprietário do quê, há maior maximização das riquezas e bem estar, uma vez que o bem escasso estará sendo utilizado de forma mais rentável, racional⁴⁰ e, portanto, eficiente. Sobre esse ponto, oportunas são as palavras de Richard Posner:

“Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” e “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.”⁴¹

Relevante ponderação e reflexão também podemos fazer no tocante aos Direitos de Propriedade Autoral e das Patentes. Afinal, caso o ordenamento jurídico não preveja proteção ou benefícios ao proprietário e responsável por determinada autoria científica de um objeto ou idéia específica, não haverá incentivos para que novas criações sejam feitas. Não haverá incentivo ao progresso intelectual. Todos os não-criadores se sentirão proprietários de determinada idéia ou objeto e usufruirão livremente e comumente da mesma. Também sobre isso, aduz Demsetz:

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.), **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, 2ª reimpressão. p.76.

⁴⁰ “La racionalidad implica toma de decisiones y, generalmente, la gente tiene que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre.” (POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 11)

⁴¹ POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law**. Una Investigación Filosófica. Disponível em: <http://www.eumed.net/coursecon/textos/posner-tort.pdf>.

“Consideremos los problemas de derechos de reproducción (copyright) y las patentes. Si todos pueden apropiarse libremente una nueva idea, o si existen derechos comunales para nuevas ideas, no habrá incentivos para desarrollar nuevas ideas. Los beneficios que derivan de ellas no se concentrarán en quienes les dieron origen. Si hacemos extensivo a ellos cierto grado de derechos de propiedad privada estas ideas se desarrollarán con más rapidez. Pero la existencia de derechos privados no significa que se tomen en cuenta directamente sus efectos sobre la propiedad de otros. Una nueva idea transforma a una vieja en obsoleta y a otra vieja en una más valiosa. Estos efectos no serán directamente tomados en cuenta pero pueden llamar la atención de quien ha dado origen a la idea a través de negociaciones en el mercado. Todos los problemas de las externalidades son estrechamente análogos a los que se desarrollan con el ejemplo de la propiedad de la tierra. Las variables pertinentes son idénticas.”

Razões pelas quais, eis os principais motivos pelos quais se justifica a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*” também em relação aos Direitos de Propriedade, tendo em vista que, tal como procuramos evidenciar, mostra-se ideal a conduta de se definir previamente quem é o titular de um determinado bem escasso, pois assim a utilização deste se dará de forma mais eficiente.

É mais eficiente a existência de uma propriedade privada com proprietário(s) pré-definido(s), do que a existência de uma propriedade comum, sem que sejam pré-delimitados os donos.

5. A relação da Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil - Prevenção e o “Dano Eficiente” .

Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, foi quem inicialmente abordou a Análise Econômica do Direito em responsabilidade civil extracontratual no artigo denominado “*Somes thoughts on risk distribution and the law of torts*”.

Sabe-se que os custos decorrentes da responsabilidade civil podem ser oriundos de acidentes ou da prevenção adotada de modo a se evitar os acidentes. Mostra-se economicamente inviável e pouco eficiente pretender evitar totalmente os sinistros, pois gera alto custo e tal possibilidade é apenas teórica, o que faz com que a Análise Eco-

nômica do Direito vise proporcionar incentivos em prol da precaução de acidentes.

A responsabilidade civil, em suma, possui dois atributos essenciais, sendo um de prevenção, de modo a incentivar as pessoas a não atuarem em atividades que possibilitem a ocorrência de danos. Outro atributo é o do caráter ressarcitório, o qual garante aos indivíduos prejudicados por essas condutas, a reparação das eventuais perdas e danos sofridos.

Em relação à responsabilidade objetiva, esta se dá em desfavor do agente causador do dano, desconsiderando-se qual a conduta proporcionada. Nesse caso, visa-se atribuir ao causador do dano a internalização dos prejuízos (custos) ocorridos em razão do sinistro. No tocante à responsabilidade por culpa, visa-se impor ao indivíduo incentivos para que se previna anteriormente ao cometimento de algum ilícito civil, pois saberá que, em acontecendo o sinistro, será responsabilizado, mediante constatação acerca de sua negligência, imprudência ou imperícia.

Diante desse contexto, inevitavelmente, temos que fazer alusão ao chamado “dano eficiente”, que em simplórias palavras é o “dano que compensa ser sofrido”. O eminente Professor César Fiúza bem ressalta:

“Fala-se, por fim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall*, para concertar o defeito de todos os carros vendidos que forem apresentados, estaremos diante do dano eficiente.”⁴²

Em nosso contexto social brasileiro, não nos impinge demasiado esforço crer que as sociedades empresariais de telefonia e aéreas, dentre outras, preferem assumir o risco econômico de suportar even-

⁴² FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 8ª Ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2004. p. 692.

tuais custos de processos indenizatórios do que investir na prevenção do dano. Opta-se pelo “dano eficiente.”

Reflitamos acerca da numerosa e espantosa quantia de processos judiciais, indenizatórios de danos morais, que, por exemplo, envolvem negativas indevidas dos nomes dos consumidores junto aos órgãos de restrição de crédito, feitas, injustamente, pelas sociedades empresárias de telefonia. A mesma massa espantosa de processos se dá em relação aos comuns e rotineiros extravios de bagagem de passageiros, relacionados ao ramo de aviação aérea.

Assim como outros vários, tais fornecedores de produtos e serviços conseguem estipular, provisionar e prever qual o dano eventualmente a ser ocorrido em suas relações consumeristas, sabendo inclusive qual o patamar das eventuais condenações judiciais, que, em muitos casos, infelizmente, não consideram o caráter pedagógico e desestimulante da indenização a ser aplicada, caso a caso.

Sabem tais fornecedores de produtos e/ou serviços existir uma espécie de “tabela” de valores de condenação, perceptível no dia-a-dia forense e da advocacia militante, ou seja, o custo destes milhares de processos que tratam da mesma hipótese e assunto.

Assim, torna-se um “incentivo” para que tais empresas não custeiem os gastos necessários à prevenção do dano (prevenir os extravios de bagagem aérea, evitar contratações de serviços telefônicas fraudulentos que ensejem negativas indevidas, etc.), preferindo, por outro lado, serem declaradas judicialmente e civilmente responsáveis em cada um destes pequenos e rotineiros processos.

Portanto, em apertada síntese, busca a Análise Econômica do Direito, em relação a responsabilidade civil, alcançar o equilíbrio mais eficiente entre prevenção e dano.

6. A Análise Econômica do Direito e os contratos.

Nada obstante o que já foi sopesado em relação a Aplicação da AED junto aos contratos civis ao longo de todo este trabalho, importante ressaltar novamente tal inteiração. Como se vê, os contratos acarretam limitações das ações das partes contratantes, prevendo de-

veres e direitos. A AED assevera que os contratantes se submetem a tais condições, pois as intenções individuais e privadas, via de regra, não levam a um bom resultado coletivo. Ou seja, quando as partes delimitam seus direitos e deveres, o resultado para a coletividade, em geral, será maior.

Também visa a Análise Econômica do Direito estudar além da própria elaboração e formação dos contratos, seus impactos e conseqüências que ensejam sua proteção, bem como apreciar as conseqüências de eventual descumprimento de um contrato.

O não conhecimento e a ausência de plena certeza sobre o real cumprimento dos contratos enseja o risco nas atividades econômicas. Pode-se cumprir ou não cumprir um contrato, ganhar ou perder. Não se sabe, ao certo, o resultado final da atividade.

Deste modo, a Análise Econômica do Direito aduz que os contratos são instrumentos adequados a compor os riscos da própria atividade econômica, diminuindo eventual perda e prejuízo do agente contratante, possibilitando um contexto mais eficiente. O cumprimento dos contratos em geral, é premissa fundamental para o desenvolvimento de um país e, justamente por isso, é uma das searas nas quais a Análise Econômica do Direito merece ser aplicada.

A maior crença de que os contratos serão honrados gera maior eficiência e dinamicidade econômica. A cooperação entre contratantes é incentivada quando há efetiva proteção legal e judicial.

Deste modo, para a Análise Econômica do Direito, deve-se dar amparo legal em relação aos pactos pelos quais os agentes contratantes inicialmente desejavam que as condições fossem todas cumpridas, independentemente do risco da atividade, de modo a se valorizar os atos que ensejam condutas eficientes e que visam melhor e maior alocação possível dos bens escassos.

7. Conclusão.

Verifica-se que, há muito, discute-se sobre o impacto econômico das atuações por parte de todos os operadores do direito, mormente quanto as decisões judiciais. Isso pois, propiciar resultados jurídicos

mais seguros, visando à distribuição da Justiça e estabilidade das relações sociais, é um objetivo bem antigo e perseguido constantemente.

O anseio pela segurança jurídica a fim de se reduzir as incertezas provocadas pela atuação judiciária que pode levar a decisões predominantemente políticas / ideológicas ou exageradamente impregnadas de subjetivismos, sempre foi, aliás, uma preocupação constante da teoria do direito.

Certo é que a atividade do Poder Judiciário, ao decidir questões afetas ao direito civil, influencia diretamente a economia, pois, quanto maior a racionalidade e confiança no sistema civil, maior o desenvolvimento econômico e social de nosso país.

Após se abordar o caráter evolutivo-histórico da Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*”, suas premissas, críticas e conceitos, notou-se estreita relação perante o estudo e análise dos contratos e responsabilidade civil, regida pelo Direito Civil Brasileiro.

Quanto aos Direitos de Propriedade e sua essência, conclui-se pela sua inter relação, bem como ser mais economicamente eficiente se delimitar quem é (são) exatamente o(s) proprietário(s) de determinado bem escasso. Isso, pois, ao serem invocados os Direitos de Propriedade, resulta-se na melhor e mais eficiente utilização do bem escasso.

Nas hipóteses em que não existem os Direitos de Propriedade, o bem é comum e pode ser livremente usufruído por vários indivíduos e, geralmente, não ocorre a sua utilização mais eficiente, gerando prejuízo para a coletividade e também gerações futuras. Sendo o bem escasso de uso comum para todos, sem que haja proprietário específico e pré-determinado, ocasiona-se um efeito negativo recíproco, pois as atuações de cada agente geram maiores custos e exaurimento do bem escasso, em prejuízo maior para todos.

A opção por uma solução, e não pela outra, deve-se dar a partir da escolha daquela que, em um determinado contexto social, esteja fundamentada nas leis que regem as relações civis (contratuais, patrimoniais, obrigacionais), de modo a se proporcionar o maior bem estar, maior maximização de riquezas e interesses, mediante real

eficiência na alocação dos recursos escassos e, sempre, de acordo com os bons costumes, ética e moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. 6º ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005.

COASE, Ronald H. **Essays on economics and economists**. Chicago/London: University of

COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago/London: University of Chicago Press, 1998.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economic, The University of I. Chicago Press, n.º 3, 1960.

COASE, Ronald – **El Mercado de los bienes y el Mercado de las ideas**. Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/rev45_coase1.pdf.

COLOMA, Germán. **Análisis Económico de los derechos de propiedad**. In: KLUGER, V. (Org.) **Análisis Económico del derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

COOTER, Robert d.; ULEN, Thomas. **Law e Economics**. 4ª ed. New York: Pearson Addison Wesley, 2004.

COOTER, Robert d. **Las Mejores Leyes Correctas: Fundamentos Axiológicos del Análisis Económico Del Derecho**. In: ROEMER, A. (Org.) **Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura**. México-D.F: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

DAHRLMAN, Carl J. **The problem of externality**. Disponível em: <http://www.esm.ucsb.edu/academics/courses/297-1F/Readings/dahlman1.pdf>.

DEMSETZ, Harold. **Control empresarial, riqueza e desarrollo economic**. Disponível em: <http://66.102.1.104/scholar?q=cache:s3ahCKgQdikJ:scholar.google.com/+DEMSETZ,+Harold++desarrollo+&hl=pt-BR>.

DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoria de Los Derechos de Propriedad**. Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoria-derechos-propiedad.pdf

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 8ª Ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1995. p. 85-86.

LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen. **Freakonomics**. São Paulo: Ed. Campus Elsevier. Capítulo I e IV, 2008.

MANKIWI, Gregory. **Introdução à Economia**. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Thomsom. Capítulos I, II, III e IV, 2004.

NORTH, Douglas. **Institutions**. Disponível em: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html

PAMPLONA, Gustavo. **Uma aplicação da teoria dos jogos ao direito – Os Cartéis, a licitação e a teoria dos jogos**. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), v. 11, p. 97-120, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresárias brasileiras: entre a autonomia da vontade e a estrita legalidade**. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 142, p. 66-79, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado**. Revista de Direito Público da Economia, v. 19, p. 9-28, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier Campos, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Exclusão e Retirada de sócios - conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, Economia e relações patrimoniais privadas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-174, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Eficiência econômica e Autonomia Privada como fundamento da recuperação de empresas no Direito Brasileiro**. In: Cesar Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). Direito Civil: Atualidades II - Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. II, p. 291-313.

POSNER, Richard A.. **Economic Analysis of law**. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1972.

POSNER, Richard A.. **Law and Economics in common-law, civil law, and developing nations**. Ratio Juris. V. 17, n.1. 2004.

POSNER, Richard. **Maximizacion de La riqueza y tort law**. Disponível em: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>.

POSNER, Richard A. **Usos y Abusos de la teoria econômica em el derecho**. In: ROEMER, A. (Org.). Derecho y Economía: Una Revisión de la literatura. México-D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de

Janeiro: Elsevier. 2009

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=bruno_meyerhof_salama

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, v. 5, p. 24, 2008.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia. Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2005.

Recebido em 09/11/2010 - Aprovado em 30/03/2011