

# Direito & Economia

Análise Econômica do Direito e das Organizações

ORGANIZAÇÃO

Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn

FEA - USP

Faculdade de Direito - USP

Armando Castelar Pinheiro • Basília Aguirre • Benito Arruñada

Bernardo Mueller • Decio Zylbersztajn • Érica Gorga

Maílson da Nobrega • Oliver Williamson

Paulo Furquim de Azevedo • Pêrsio Arida

Rachel Sztajn • Veneta Andonova

  
CAMPUS

# Direito & Economia

## Análise Econômica do Direito e das Organizações

### ORGANIZAÇÃO

Cássio Cavalli

Decio Zylbersztajn

*FEA - USP*

Rachel Sztajn

*Faculdade de Direito - USP*

Armando Castelar Pinheiro

Basília Aguirre

Benito Arruñada

Bernardo Mueller

Decio Zylbersztajn

Érica Gorga

Maílson da Nobrega

Oliver Williamson

Paulo Furquim de Azevedo

Pérsio Arida

Veneta Andonova

6ª Tiragem



# Sumário

[Capa](#)

[Folha de rosto](#)

[Os Autores](#)

[Cadastro](#)

[Copyright](#)

[Apresentação](#)

[Objetivos](#)

[Prefácio](#)

[Capítulo 1. Análise Econômica do Direito e das Organizações](#)

[Introdução](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

[Capítulo 2. Por que Direito, Economia e Organizações?](#)

[Alguns Pontos Fortes](#)

[Teoria Das Organizações: Lições Correlatas E Centrais](#)

[A Teoria Da Firma Como Estrutura De Governança](#)

[Aplicações Para Políticas Públicas](#)

[Contratos E Economia Das Organizações](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 3. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma<sup>1</sup>](#)

[Introdução](#)

[A Norma Como Distorção](#)

[A Norma Corretiva](#)

[A Norma Fundante](#)

[A Historicidade Da Norma: A Evolução Endogenamente Determinada](#)

[A Historicidade Da Norma: Retrocessos](#)

[A Historicidade Da Norma: O Aprendizado Social](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 4. Law and Economics](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 5. Economia dos Direitos de Propriedade](#)

[Introdução](#)

[Parte I A Economia E O Direito De Propriedade](#)

[Parte Ii Direitos De Propriedade Na Nova Economiadas Instituições E Em Direito & Economia](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 6. Economia dos contratos](#)

[Introdução](#)

[Parte I Economia Dos Contratos: A Natureza Contratual Das Firmas](#)

[Parte Ii Contratos — Uma Perspectiva Econômica](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 7. Tradições do Direito](#)

[Parte I Sistemas Ou Famílias De Direito: Direito Consuetudinário E Direito Codificado](#)

[Parte Ii Common Law É Mais Eficiente Do Que A Civil Law? Consideraçõessobre Tradições De Direito E Eficiência Econômica](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 8. Instituições de mercado e competência do Judiciário<sup>1,2</sup>](#)

[Introdução E Resumo](#)

[A Alocação Dos Poderes \(Competência\) Legislativa](#)

[O Teste Da História](#)

[Crítica A Explicações Alternativas](#)

[Observações Finais](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## [Capítulo 9. Mudanças institucionais](#)

[Parte I Mudança Institucional: A Perspectiva Do Direito](#)

[Parte Ii Mudança Institucional: A Perspectiva Da Nova Economia Institucional](#)

[Notas E Referências Bibliográficas.](#)

## [Capítulo 10. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil<sup>1</sup>](#)

[Introdução<sup>2</sup>](#)

[O Que Diz A Literatura?](#)

[Avaliação Do Desempenho Do Judiciário](#)

[Causas Da Morosidade E Da Falta De Previsibilidade Das Decisões Judiciais](#)

[Visão Sobre A Economia](#)

[Observações Finais](#)

[Notas E Referências Bibliográficas](#)

## Capítulo 11. Brasil: um novo horizonte

Introdução

Nacional-Desenvolvimentismo: Ascensão E Queda

Brasil: Do Primitivismo À Solidez Institucional Nas Finanças Públicas

Novas Medidas Reforçam Arranjo Institucional. Sinais Dos Novos Tempos

Conclusão

Notas E Referências Bibliográficas

## Capítulo 12. Um olhar adiante

# Os Autores

**Basilia Aguire,** é professora de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

**Benito Arruñada,** é professor da Universidade Pompeu-Fabra em Barcelona, Espanha, e Presidente da International Society for Institutional Economics.

**Bernardo Mueller,** é professor do Departamento de Economia da Universidade de Brasília.

**Decio Zylbersztajn,** é professor Titular da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Estudos de Economia, Direito e Organizações.

**Érica Gorga,** é Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo e pesquisadora da área de Direito dos Negócios da Escola de Direito de São Paulo e da Fundação Getulio Vargas.

**Mailson da Nóbrega,** é ex-ministro da Fazenda, sócio-diretor da Tendências Consultoria Integrada e atua como pesquisador visitante na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

**Oliver E. Williamson,** é professor da Faculdade de Administração, professor de Economia e de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley.

**Paulo Furquim de Azevedo,** é professor da Escola de Economia de São Paulo e da Fundação Getulio Vargas.

**Pérsio Arida,** é economista.

**Rachel Sztajn,** é professora associada (Livre-Docente) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e coordenadora adjunta do Centro de Estudos de Economia, Direito e Organizações.

**Veneta S. Andonova,** é professora do Instituto Tecnológico Autônomo, México.



# Cadastro



Preencha a **ficha de cadastro** no final deste livro e receba gratuitamente informações sobre os lançamentos e as promoções da Editora Elsevier.

Consulte também nosso catálogo completo e últimos lançamentos em [www.elsevier.com.br](http://www.elsevier.com.br)

# Copyright

© 2005, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei nº 9.610, de 19/02/1998.  
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

*Copidesque:* Ligia Capdeville da Paixão *Editoração Eletrônica:* DTPhoenix  
*Editorial Revisão Gráfica:* Marília Pinto de Oliveira | Carlos Maurício da Silva  
*Neto Revisão Gráfica:* Jussara Bivar Elsevier Editora Ltda.

Conhecimento sem Fronteiras

Rua Sete de Setembro, 111 – 16º andar 20050-006 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
Rua Quintana, 753 – 8º andar 04569-011 – Brooklin – São Paulo – SP

Serviço de Atendimento ao Cliente 0800-0265340

[sac@elsevier.com.br](mailto:sac@elsevier.com.br)

ISBN 978-85-352-1715-5

ISBN (versão eletrônica): 978-85-352-6709-9

**Nota:** Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a comunicação ao nosso Serviço de Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou encaminhar a questão.

Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso desta publicação.

**CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte. Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ**

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

---

Z99d Zylbersztajn, Decio  
Direito e Economia / Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. —  
Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. — 6ª reimpressão.  
  
Inclui bibliografia  
ISBN: 978-85-352-1715-5  
  
1. Direito e economia. 2. Direito econômico. I. Sztajn, Rachel.  
II. Título.

05-0905

CDD – 340.11  
CDU – 340.12

---

# Apresentação

A motivação para o presente volume partiu dos resultados obtidos em um programa pioneiro em curso desde outubro de 2001, que reúne, mensalmente, na Universidade de São Paulo, alunos e professores da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) e da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FADUSP) para discutir as interfaces entre Direito, Economia e Organizações. A partir de certo momento, os seminários tiveram a participação de interessados de outras universidades, bem como de praticantes do Direito, economistas e cientistas das Organizações, oriundos de escritórios privados, universidades e centros de conhecimento.

A partir do evento, criamos um programa de pesquisas denominado “Diálogos FEA & Largo São Francisco”, a fim de oferecer uma alternativa à necessidade da adoção de abordagem interdisciplinar entre Direito, Economia e Organizações, visando à análise mais completa e acurada das instituições e organizações nacionais. Os frutos mais recentes são o presente livro e a disciplina de Análise Econômica do Direito e das Organizações, ministrada pelos organizadores no programa de pós-graduação em Administração da Universidade de São Paulo.

O estudo das relações entre Direito, Economia e Organizações é novo no Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países. É uma área do conhecimento em contínua evolução, demonstrando ser um enfoque importante para explicar a evolução de uma dada sociedade, fomentar o desenvolvimento econômico e social, melhorar o ambiente de negócios; procurando, em suma, trabalhar de modo equilibrado os aspectos de equidade social e da eficiência econômica.

Essa interação vem sendo estudada em países com diferentes tradições tanto na área das Organizações e da Economia, quanto no campo do Direito, encontrando-se farta literatura internacional sobre o escopo do projeto. Ressalta-se que, não obstante a abordagem multidisciplinar da Análise Econômica do Direito ter surgido há cerca de cinquenta anos, o Brasil não tem se acercado desse processo de desenvolvimento científico no campo das Ciências Sociais. A produção científica nacional interdisciplinar, nessa área de Direito, Economia e Organizações, é escassa e inadequada. Daí, salientar-se que o objetivo

primordial da iniciativa dos Diálogos seja despertar a discussão das questões inter-relacionadas às diferentes áreas do conhecimento a partir, primeiro, do debate acadêmico e, segundo, da elaboração de trabalhos que sistematizem o estado da arte no exterior e o apliquem, com os necessários ajustes à realidade nacional, sem, entretanto, per-der de vista a necessidade do desenvolvimento de análise crítica fundada nas peculiaridades institucionais e organizacionais do país.

O interesse na área interdisciplinar de Direito, Economia e Organizações tem origem no isolamento que caracteriza as tradições dos três campos do conhecimento e das respectivas instituições acadêmicas no Brasil. Cada um de nós que atua individualmente nas respectivas áreas tende a desconhecer as contribuições das demais. A sentida necessidade de promover mudanças institucionais de fundo nos leva a repensar o isolamento, buscando estabelecer pontes conceituais e criar, por consequência, mecanismos de comunicação entre as áreas de especialidade, retomando, de certa forma, a concepção de Universidade como universalidade de produção de conhecimento.

As iniciativas do projeto que deram origem ao presente volume buscaram analisar os fundamentos doutrinários aplicáveis a esses temas, discutindo tais aplicações conforme as situações e as condições encontradas no ambiente interno a fim de que as sugestões de mudanças institucionais no Brasil venham a gerar efeitos socioeconômicos que sejam congruentes com a nossa realidade. Os temas tratados aqui refletem aqueles que consideramos fundamentais. Cobrimos os conceitos de Análise Econômica do Direito e das Organizações, Direito de Propriedade, Mudança Institucional, Tradições do Direito, Análise Econômica dos Contratos e Mudanças Institucionais no Brasil. Os temas aplicados são limitados ao seu escopo e refletem os interesses de investigação dos pesquisadores que se envolveram com os Diálogos. Certamente serão ampliados em futuros trabalhos, uma vez que o programa Diálogos segue com os encontros mensais na Universidade de São Paulo (USP).

## Objetivos

A área da Economia do Direito, cuja extensão foi ampliada incluindo a área das Organizações, é pouco desenvolvida no Brasil. Exceto pelo tema da concorrência, outros tópicos relevantes como os tratados nos diferentes capítulos são, de modo geral, ignorados.

O objetivo central do projeto Diálogos é apoiar o desenvolvimento macro e microinstitucional no Brasil por meio do desenvolvimento da análise das

relações entre Direito, Economia e Organizações, tratando os temas considerados fundamentais e adequando a literatura existente à realidade brasileira. O conteúdo deste volume apresenta material teórico relevante sobre contratos, direitos de propriedade, tradições do direito, Nova Economia Institucional, Direito, Economia e Organizações, além de discutir as diferentes tradições metodológicas. Embora a maioria dos autores tenha amparo na Nova Economia Institucional, alguns capítulos certamente bebem em outras vertentes. Estamos certos da existência do vigor do híbrido, segundo o qual esperamos uma fecunda abertura de horizontes para pesquisa comparada em Direito, Economia e Organizações.

O livro está estruturado em 12 capítulos. No primeiro, os organizadores introduzem o tema. No [Capítulo 2](#), Oliver Williamson, da Universidade da Califórnia-Berkeley, apresenta contundente análise crítica que explora a interface do Direito, Economia e Organizações, com ênfase na conexão com os fundamentos da economia dos custos de transação. No [Capítulo 3](#), Pérsio Arida desenvolve o tema das vertentes relevantes da pesquisa do Direito sobre a norma, sob o ponto de vista da Economia. No [Capítulo 4](#), Rachel Sztajn, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresenta a tradição da escola de *Law and Economics*. O [Capítulo 5](#) introduz o conceito de Análise Econômica do Direito de Propriedade tratado pelas lentes de Bernardo Mueller da Universidade de Brasília e dos organizadores do volume, seguido pelo [Capítulo 6](#) que trata de modo comparativo o tema da Economia dos Contratos, com contribuições de Paulo Furquim de Azevedo da Fundação Getúlio Vargas-SP e dos organizadores do volume. O [Capítulo 7](#) apresenta discussão comparativa entre o Direito Codificado e o Direito Consuetudinário com contribuição de Rachel Sztajn, da Faculdade de Direito da USP, e de Érica Gorga, da Faculdade de Direito da USP e, recentemente, incorporada à Faculdade de Direito da FGV. No [Capítulo 8](#), Benito Arruñada, da Universidade Pompeu-Fabra de Barcelona, apresenta preciosa análise sobre o comportamento do Judiciário e suas ligações com as organizações. O [Capítulo 9](#) contém contribuição de Basilia Aguirre e de Rachel Sztajn da USP, apresentando o tema da mudança institucional. No [Capítulo 10](#), Armando Castelar Pinheiro focaliza as questões relativas aos Magistrados, ao Judiciário e à Economia no Brasil. O [Capítulo 11](#) traz a contribuição de Maílson da Nóbrega, focalizada nas recentes mudanças institucionais ocorridas no Brasil, portando refinada análise da história recente do Brasil vista sob a ótica privilegiada de um pensador do Brasil contemporâneo. Final-mente, o [Capítulo 12](#) fecha os Diálogos apresentando comentários conclusivos que exploram as possíveis vertentes a serem perseguidas pelos pesquisadores e estudiosos do campo. Em especial, traz

considerações dos organizadores a respeito das possibilidades de pesquisa, ensino, bem como o impacto na prática profissional para administradores, advogados e economistas.

Os organizadores agradecem a colaboração dos participantes dos Diálogos. São eles os professores: João Baptista Villela, José Alexandre Tavares Guerreiro, Mauro Rodrigues Penteado, Javier Valle, Renato Mange, Antonio Gledson de Carvalho, José Ignacio Botelho de Mesquita, Alcides Tomasetti, Armando Castellar, Jacques Marcovitch, Helio Zylberstajn, Guido Fernando Silva Soares, Luiz Antonio Sampaio Campos, Celso Campilongo, Eliseu Martins, Francisco Satiro, pela enriquecedora participação nos seminários. Agradecemos a todos que participaram dos Diálogos e, especialmente, aos alunos, seja pela atuação nos seminários, seja no apoio à organização do programa, com destaque para Roberto Fava e Frederico Faccioli, alunos de pós-graduação da Universidade de São Paulo. Agradecemos o apoio do Pró-Reitor de Pesquisa da Universidade de São Paulo, Professor Dr. Luiz Nunes de Oliveira, da Diretora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade e Professora Maria Tereza Leme Fleury, que não mediram esforços ao aportar os escassos e disputados recursos da Universidade para iniciativas inovadoras.

Especial agradecimento aos professores Oliver Williamson, Benito Arruñada e Yoram Barzel da Washington State University em Seattle, membros da International Society for the New Institutional Economics, bem como a Mary Shirley, Lee Benham e Alexandra Benham do Ronald Coase Institute pelo incentivo e estímulo intelectual para a realização deste livro.

# Prefácio

Elizabeth M.M.Q. Farina

*Presidente do CADE*

A Firma não é uma Firma *Edith Penrose*, 1953

*O que é um mercado?*

Mercado é uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca.<sup>1</sup>

Mercado é um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas.<sup>2</sup>

Mercado é uma forma de governar as transações econômicas, é uma estrutura de governança.<sup>3</sup>

*O que é uma firma?*

Uma firma é uma função de produção, uma sinergia tecnológica que explora economias de escala e escopo.<sup>4</sup>

A firma é uma estrutura de governança.<sup>5</sup>

Uma firma é um nexos de contratos incompletos de longo prazo.<sup>6</sup>

Empresa é um dos regimes de produzir, onde alguém (empresário), por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (riscos) a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço de venda, o maior proveito monetário possível.<sup>7</sup>

Existem perguntas mais básicas do que essas para aqueles que iniciam seus estudos de Economia, Direito ou Negócios? Existem entidades em que a inter-relação entre Economia, Direito e Negócios é mais óbvia? No entanto, muito raramente a academia analisa mercados e firmas sob essas três dimensões. Cada um trata de sua seara, como se tal visão estanke pudesse ser útil do ponto de vista analítico.

A inter-relação entre as áreas de conhecimento do Direito, Economia e das Organizações é quase óbvia, mas sua abordagem analítica tem sido estanke com prejuízo para o entendimento de fenômenos multifacetados. Os cursos de Economia nas Faculdades de Direito e os Cursos de Direito nas Faculdades de Economia têm refletido essa visão compartimentada e pouco estimulante para os alunos.

A Nova Economia Institucional, inaugurada em 1937 por Ronald Coase, Prêmio Nobel de 1991, foi a abordagem econômica que aproximou os conceitos



de mercado e firma de suas dimensões jurídicas. Ao tratar a firma como uma estrutura de governança e um nexo de contratos, estava aberta a oportunidade de sistematizar a relação entre Direito e Economia na base da Teoria das Organizações. Não foi por outro motivo que a aproximação entre a FEA e a Faculdade de Direito da USP, ora registrada nesse livro, nasceu da iniciativa de professores inspirados pela abordagem da Nova Economia das Instituições (NEI).

O programa “Diálogos” procurou superar esse fosso por meio do instrumento mais fácil de romper barreiras: o diálogo entre economistas, juristas e profissionais do Direito. Essa ideia foi concebida pelo Professor Decio Zylbersztajn, professor do Departamento de Administração da FEA/USP, doutor em Economia pela Universidade da Carolina do Norte. Caminhos tortuosos levaram o Professor Zylbersztajn a descobrir a importância desse diálogo. Vindo da iniciativa privada, atuando na área de agronegócios, a necessidade de compreender as relações entre agricultura, indústria de processamento e distribuição exigiu o alargamento da visão puramente econômica. As inovações do ponto de vista do relacionamento entre empresas e seus fornecedores e distribuidores que, muitas vezes se materializam na forma de contratos de suprimento e distribuição, não podiam ser compreendidas apenas do ponto de vista da eficiência econômica. Os limites impostos pelo conjunto de instituições tinham que ser compreendidos. Instituições, na acepção de Douglas North, compreendem tradições, normas formais ou informais, bem como os instrumentos de imposição de tais regras do jogo. Visão alargada, o Professor Zylbersztajn conseguiu a pronta adesão e entusiasmo da Professora. Raquel Sztajn da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Assim, iniciava-se o projeto que veio a resultar no presente volume.

A área de Antitruste e Defesa da Concorrência tem uma longa tradição de articulação entre o Direito e a Economia. É talvez a dimensão mais óbvia dessa relação. Não por acaso, a disciplina de Organização Industrial nasce em Harvard como um projeto interdisciplinar que reúne economistas, advogados e a área de negócios. Os debates no Congresso Norte-Americano sobre o poder econômico abriam uma rica agenda de pesquisa interdisciplinar que acabou sendo reconhecida como uma área da Teoria Econômica pela American Economic Association, nos anos 1940.

Como se sabe, a área de Defesa da Concorrência é de interesse recente em nosso país, razão pela qual, somente do final dos anos 1980 em diante, alguns poucos economistas passaram a conversar com advogados e juristas, procurando definir um discurso inteligível para ambos.

No entanto, a compreensão da relação entre justiça e eficiência vai se

tornando cada vez mais premente. O arcabouço legal e seus instrumentos de *enforcement* fornecem um conjunto de incentivos aos tomadores de decisão econômica, definem estratégias e têm efeitos não triviais sobre a eficiência econômica. Arranjos institucionais não são neutros em relação ao uso dos recursos econômicos, como gostariam os economistas para justificar modelos que não contemplam tais especificidades. Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica.

A agenda microeconômica recentemente publicada pelo Governo Federal revela a importância desse programa de pesquisa, no contexto do desenvolvimento do país. Reformas institucionais associadas à Lei de Falências, Reforma do Judiciário, respeito a contratos, entre outros temas tratados no presente livro, formam o alicerce sem o qual dificilmente teremos a tão decantada sustentabilidade do desenvolvimento brasileiro. Isto é, incentivos a investimentos produtivos de longo prazo, que criam empregos e geram renda, vão muito além das grandes variáveis macroeconômicas e exigem dos formuladores de política crescente compreensão dessa área do conhecimento em que se mesclam Direito e Economia.

A leitura dos artigos que se seguem certamente mostrará caminhos e abrirá um amplo programa de pesquisa para nossos acadêmicos, estudantes, economistas, juristas e operadores do direito.

#### Notas

1. Pyndick RS, Rubinfeld DL. *Microeconomics* 3 Prentice Hall 1995.
2. Goldberg D. *Poder de Compra e Política Antitruste* tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2005; no prelo.
3. Williamson O. *The Mechanisms Of Governance* Oxford University Press 1996.
4. Tirole J. *The Theory Of Industrial Organization* The MIT Press 1988.
5. Ver nota 3.
6. Grossman S, Hart O. “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”. in *Journal of Political Economy*. 1986;94:691–719.
7. Pinto Antunes J. *A produção sob o regime da empresa: as razões da iniciativa privada, economia e direito* São Paulo: Saraiva; 1964.

## CAPÍTULO 1

# Análise Econômica do Direito e das Organizações

Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn

## Introdução

A origem da discussão contemporânea de Direito e Economia encontra-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, que apontaram novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia, e, mais recentemente, na Teoria das Organizações. O primeiro, ganhador do Nobel de Economia, demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social.<sup>1</sup> Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos.

Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.<sup>2</sup>

Guido Calabresi, jurista da Universidade de Yale, por sua vez, demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões.<sup>3</sup>

Trimarcchi tratou de ajustar ao direito continental europeu, especificamente ao italiano, as regras desenvolvidas para o sistema do direito consuetudinário, demonstrando a possibilidade de, igualmente, no que concerne ao direito codificado, adotarem-se critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas.

Tais autores deram o passo inicial para a fundação do movimento de *Law and Economics*, desenvolvido, posteriormente, com a contribuição de Richard Posner,<sup>4</sup> Gary Becker<sup>5</sup> e Henry Manne.<sup>6</sup> A Análise Econômica do Direito e das Organizações vem evoluindo em ritmo acelerado, criando-se núcleos em diferentes universidades, sejam elas norte-americanas ou europeias. Verifica-se, por isso, que existem várias correntes de *Law and Economics* que adotam postulados metodológicos diversos para a explicação do nexo entre Direito e Economia.<sup>7</sup> Destacam-se, entre elas, a New Institutional Law and Economics, o estudo do Direito, Economia e Organizações, que inclui a análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, propondo a interação contínua entre normas, Direito positivado ou não, isto é, regras formais e informais, partindo da base teórica fornecida pelos trabalhos de Douglas North<sup>8</sup> e de Oliver Williamson,<sup>9</sup> os quais serão abordados adiante.

É importante mencionar que trataremos a análise do Direito, Economia e Organizações com base no instrumental da Nova Economia Institucional, que rejeita a premissa neoclássica de escolhas hiper-rationais e comportamento maximizador, adotando o conceito de racionalidade limitada desenvolvido por Herbert Simon.<sup>10.11</sup> Essa abordagem metodológica, juntamente com a inserção dos custos de transação, permite flexibilizar a hipótese neoclássica de que as instituições evoluem necessariamente de modo eficiente e explica por que surgem direitos de propriedade e formas de alocação de recursos econômicos que, não obstante serem ineficientes, persistem em determinado contexto social.<sup>12</sup> Se existem falhas de mercado, existem também falhas organizacionais e institucionais que não podem ser tratadas de modo absoluto, mas necessariamente de forma comparada.

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.

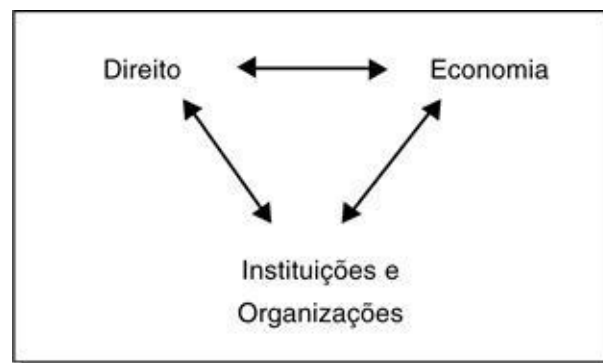
O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações

influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface.

No entanto, essa análise seria incompleta se não fossem levadas em conta as instituições, entendidas como conjunto de regras na acepção de Douglass North, e as organizações que regulam as relações sociais. É verdade que tanto Direito quanto Economia exercem papel primordial na formação de instituições e organizações. Todavia, é importante ressaltar que estas, por sua vez, influenciam a transformação do sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos. As instituições, por seus efeitos sobre os custos de troca e produção, afetam decisivamente a *performance* econômica e, juntamente com a tecnologia empregada, elas, as instituições, determinam os custos de transação e transformação que formam os custos totais da atividade econômica em determinado ambiente.

Em contraste com a lógica do paradigma neoclássico, mecanismos de coordenação econômica, dados por instituições políticas e legais, restringem as necessidades, as preferências e as escolhas dos atores econômicos: a ação individual não é soberana tal como querem os neoclássicos, mas é influenciada pelas instituições formais e informais.

Em suma, podemos dizer que esses três elementos influenciam e são influenciados uns pelos outros, tal como nos mostra a [Figura 1.1](#).



**FIGURA 1.1** Interdependência das áreas.

Assim, a análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da complexidade da realidade, permitindo o emprego de aparato metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de relevante interesse social. A importância do campo de conhecimento pode ser encontrada na análise de temas da realidade brasileira

a partir de ferramental interdisciplinar, de modo a conjugar conhecimentos científicos obtidos por esses ramos do saber.

O reconhecimento da contribuição de três autores contemporâneos — Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North — é o ponto de partida, com o qual se visa a evitar as armadilhas de debates entre escolas de pensamento já ultrapassado ou não pertinentes ao nosso objetivo. Esses três autores influenciaram a maneira como se desenvolve a teoria (por alguns considerada um movimento) denominada *Law and Economics*, que passaremos a designar como Análise Econômica do Direito, seguindo sugestão do próprio Williamson e de Posner, em uma das suas raras posições convergentes.

Em tempo recente, Williamson ampliou o debate introduzindo as Organizações como o terceiro pilar a dar suporte ao debate interdisciplinar, o que ainda causa certo desconforto no meio acadêmico, uma vez que o significado da Economia das Organizações (como preferimos denominar, em vez de Economia de Empresas) é muito limitado, embora os departamentos de Economia Aplicada e de Administração devessem ter familiaridade com o conceito. Certo é que o estudo das organizações é parte fundamental do desenvolvimento teórico atual na área de análise das combinações estratégicas de produtores privados. A Economia Neoclássica, por enfatizar os mercados, ignorou os incentivos econômicos das organizações, deixando aberto um vasto campo para pesquisa e aplicação prática.

Relevante contribuição para essa análise foi aportada por Harold Demsetz, professor da Universidade da Califórnia, Los Angeles, ao afirmar que o objeto do estudo da Economia Neoclássica é a compreensão do funcionamento dos mercados e não das organizações, e isso deve ser devidamente compreendido, tanto em termos de objeto como de método analítico. Ora, se a Teoria Econômica dominante não foi desenhada para a compreensão das organizações, há que se buscar as alternativas que supram as lacunas existentes.

No presente texto, procuraremos destacar alguns dos aspectos que mais impressionam na interface entre Direito, Economia e Organizações, em especial explorando aspectos da contribuição de Coase e do debate entre Williamson e Posner, e também aspectos da contribuição do trabalho de Douglass North, finalizando com questões que, na nossa opinião, são fundamentais para que o Diálogo se estabeleça e progrida no Brasil.

## A Contribuição De Coase

Ronald Coase ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1991. No seu memorável discurso na Academia Sueca, reiterou alguns dos aspectos

fundamentais do seu trabalho desde 1937. Tanto os mercados quanto as firmas funcionam com custos positivos. A escolha do modo de organização, via mercado ou via hierárquica, depende da comparação entre alternativas de menor custo. Outra mensagem central de Coase é a preocupação com o ataque aos problemas reais da sociedade. Os economistas e cientistas sociais deveriam se preocupar com o mundo como ele é e não como, para alguns teóricos, deveria ser: a economia, tal como vista pelos neoclássicos, é uma caixa preta, irreal, o que implica que o conceito de “firma” como função de produção deveria ser revisto sob a ótica da firma contratual. Organizações e mercados são duas faces da mesma moeda, ambas têm custos para funcionar. O fundamento central — as instituições — é mais importante para a compreensão do funcionamento da economia do que o papel que lhes tem sido atribuído.

Se formos capazes de criar instituições que reduzam os custos de transação, definidos por Barzel<sup>13</sup> como os custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de Propriedade, então os indivíduos na sociedade se engajarão em transações para resolver os problemas alocativos desses direitos. O Estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando as condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais.

Os dois memoráveis trabalhos de Coase, *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960), representam os pontos focais para o desenvolvimento da Economia dos Custos de Transação e da moderna Análise Econômica do Direito e das Organizações.

A preocupação de Coase com a realidade e com a aplicação dos conceitos da Economia ao mundo real foi forjada em diferentes mol-des. Primeiro, trata-se de um economista, Prêmio Nobel, que, na maior parte da sua carreira, atuou em uma faculdade de Direito. Segundo, nunca foi formado em Economia dentro dos padrões formais, como ele próprio explica, mas cursou disciplinas na London School of Economics como comércio e psicologia.<sup>14</sup> Ao graduar-se, ganhou uma bolsa de estudos para os Estados Unidos. Sua primeira preocupação foi visitar as grandes corporações do setor automobilístico, que então estudava, buscando compreender os seus problemas internos. Tal atitude levou ao frutífero debate entre Coase e Benjamin Klein sobre o caso Fisher Body-General Motors, que perdurou até a publicação em 2000.<sup>15</sup>

Mais do que uma crítica a Samuelson, Coase percebe o fenômeno a ser estudado em todas as suas dimensões. Avançado em idade, Coase publica, em 2000, mais um artigo que fomenta o debate travado há décadas com Benjamin Klein sobre o caso GM-Fisher Body, considerado um marco para a análise dos arranjos eficientes contratuais. Teria ou não havido uma quebra contratual oportunista?

Em seu artigo, “The Lighthouse in Economics”,<sup>16</sup> faz crítica a Samuelson sobre a impossibilidade de que os faróis de sinalização pudessem ser administrados privadamente. Para Samuelson, o que é visto como um caso clássico de falha de mercado pela ausência de mecanismo de exclusão, para Coase, representa um exemplo típico no qual instituições podem ser construídas de modo a permitir a operação privada como ocorre na Inglaterra, onde, há séculos, os faróis de sinalização são geridos pelo setor privado, ainda que, como jocosamente afirma, não se possa chamar a armada britânica para cobrar o pedágio aos navios.

Para os cientistas das Organizações, e para nós, preocupados com as interfaces do Direito, Economia e Organizações, o que mais importa no trabalho de Coase é a identificação da “firma contratual”, a substituição da função de produção pelo nexos de contratos e a relevância dos direitos de propriedade. As organizações são relações contratuais coordenadas (governadas) por mecanismos idealizados pelos agentes produtivos. Eis uma pista para a busca da resposta do que vem a ser a Economia das Organizações e sua relação com o Direito. Se a “firma” pode ser entendida como um nexos de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia. Além disso, fazem a ponte para as Organizações, através do Direito. Cabe frisar que o ordenamento público, ou seja, o papel da justiça, é tão importante nesse enfoque quanto o ordenamento privado. O desenho dos arranjos institucionais — modo de governança — das firmas percebe os riscos futuros potenciais inerentes ao ambiente institucional e procura criar salvaguardas. Assim, abre-se o caminho para o estudo positivo da estratégia das Organizações, refletida nos arranjos contratuais complexos que caracterizam as firmas. Não uma função de produção autista, mas um nexos de contratos inteligente.

Se Coase apontou para o tema, não chegou a operacionalizá-lo, o que foi feito por Oliver Williamson, que introduz o tema no Capítulo 2 deste livro. No tocante ao Teorema de Coase, assim denominado não por Coase, mas por George Stigler, Coase afirma que, em regime de custos de transação zero, a alocação inicial dos Direitos de Propriedade não importa. Portanto, vamos nos dedicar ao estudo do mundo dos custos de transação positivos.

## **A Contribuição De Oliver Williamson**

Partindo da crítica coasiana da “firma” como função de produção, Williamson



elabora a Teoria da Economia dos Custos de Transação, um componente da Nova Economia Institucional. O autor ressalta que as instituições importam (tal como os velhos institucionalistas) e destaca que estas são suscetíveis de análise (à diferença dos velhos institucionalistas).

Com base na decodificação das características das transações (especificidade dos ativos, frequência e risco), somada aos pressupostos comportamentais de racionalidade limitada e oportunismo, Williamson apresenta o construto teórico que busca explicar o alinhamento entre as características das transações e as formas de governança, sob a égide do comportamento eficiente de minimização de custos de produção e de transação. Não ignora a Economia Neoclássica, mas adiciona realismo a ela.

Um avanço trabalhado por Williamson, que tem suas raízes nos teóricos das organizações, em especial em Simon(1957),<sup>17</sup> é a inserção do pressuposto da racionalidade limitada. O reconhecimento de que a racionalidade plena que dá base à Teoria Neoclássica da Firma não apenas não adere à realidade como também não permite construir um modelo trabalhável de firma é um fundamento da ECT (Economia dos Custos de Transação). Mais recentemente, o tema da racionalidade ensejou avanços importantes na interface das Ciências Econômicas, legais e cognitivas, com o trabalho de Vernon L. Smith, que recebeu o Prêmio Nobel em 2002 pela sua contribuição na área cognitiva. Surge o campo da Neuroeconomia, não surpreendentemente desenvolvido a partir do grupo de *Law and Economics* na George Mason University.

O conceito básico da ECT é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais para disciplinar o preenchimento das lacunas.

Aqui encontramos uma primeira aproximação com a Análise Econômica do Direito. Os agentes abster-se-ão de quebrar os contratos se os custos de rompimento forem maiores do que os benefícios de fazê-lo, de acordo com a tese sugerida por Benjamin Klein, que discute a existência de um intervalo de autocontrole, *self enforcing range*, dentro do qual os contratos são automaticamente honrados.<sup>18</sup>

Cabe destacar que os custos de romper os contratos de modo oportunístico

estão associados a mecanismos privados (perda de reputação) ou públicos (penalização pela justiça). Portanto, uma terceira possibilidade seriam razões de ordem individual e éticas trabalhadas em recente estudo de Posner, sobre o papel das normas informais.<sup>19</sup>

A contribuição de Williamson baseia-se no fato de que as formas de governança serão arquitetadas buscando lidar com possibilidades futuras de rompimento contratual. O seu trabalho ressalta o papel das organizações como forma de coordenar e minimizar os custos de transação, definidos com os custos de desenhar, monitorar e exigir o cumprimento de contratos. O alinhamento eficiente deriva da relação entre as características das transações, as características dos agentes, as características das leis, dentro de uma lógica de eficiência, ou seja, minimizadora dos custos de transação. O ambiente institucional tem papel relevante, podendo afetar a arquitetura das organizações. Formas para lidar com oportunismo póscontratual (salvaguardas) surgirão como resposta dos agentes.

Assim emerge mais uma parte da resposta à indagação a respeito das relações entre o Direito e a Teoria das Organizações. A maior aplicação do trabalho de Williamson dá-se na análise da coordenação vertical, na área da análise da concorrência, na área de finanças (*debt or equity*), relações de trabalho, formas organizacionais, governança corporativa, estudo da burocracia, entre outros. A base teórica desenvolvida por Williamson utiliza fortemente a teoria jurídica dos contratos desenvolvida por Ian Macneil sobre teoria legal dos contratos.<sup>20</sup>

## A Crítica De Posner E A Crítica Da Crítica

Talvez já superado em alguns pontos, o famoso debate travado entre Williamson e Posner em artigos publicados no *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, em 1993, foi ácido em muitos momentos, mas sempre elucidativo em torno das principais dissonâncias entre duas escolas de pensamento. Williamson critica a base neoclássica da escola de *Law and Economics de Chicago*.

Posner compara as teorias da Nova Economia Institucional e da Análise Econômica do Direito. Critica aquilo que considera o caráter antiteórico da Nova Economia Institucional, por ele reconhecida como um conjunto de estudos de casos, ignorando, assim, a volumosa literatura quantitativa da ECT. Afirma que ambos os enfoques têm valor e que há entre as duas escolas muitas sobreposições com diferenças de jargão e ênfase. Ressalta que o conceito de oportunismo é importante adição à literatura, a única por ele reconhecida.

O autor lembra que as duas escolas (ou movimentos, como ele as denomina)

têm origem em Coase. Destaca que Williamson constrói sobre a base neoclássica, com o que concordamos, e que torna fundamental o conhecimento da Teoria Econômica ortodoxa, para uma boa compreensão tanto da Análise Econômica do Direito quanto da Nova Economia Institucional. Critica a Economia dos Custos de Transação por considerar que ela nada adiciona ao trabalho de Stigler sobre custos de informação. Reitera o debate utilitarista da escola de Chicago — à Milton Friedman — para responder a Coase a respeito do caráter irrealista dos pressupostos neoclássicos que dão base à tradição da escola de *Law and Economics*. O que importa é o poder preditivo da teoria, afirma, não os seus pressupostos. Não concorda com a afirmação de Williamson de que a escola de Chicago ignora instituições e destaca a contribuição dessa escola ao estudo da economia da criminalidade cristalizada na contribuição de Gary Becker e do Direito e Economia da Família. Destaca que, diferente da Nova Economia Institucional, *Law and Economics* não quer mudar a Economia, seja em método, seja em objeto de análise. Conclui que os temas da integração vertical (ou desintegração) e contratos de longo prazo são tratados pela teoria, e autores como Benjamin Klein, Victor Goldberg, Paul Joskow, Douglass North e T. Eggertsson são considerados da área de Economia do Direito. As distinções devem situar-se mais em ênfase do que em substância. Posner finaliza sua crítica dizendo que as organizações nada acrescentam ao estudo que já não tenha sido tratado anteriormente e critica o principal apoio de Williamson na teoria dos contratos, que é Macneil. Sem dúvida, uma leitura arrasadora ao afirmar que a New Institutional Economics é “mais um monte de estudos de caso do que uma teoria”.<sup>21</sup>

A resposta de Williamson foi tão forte quanto o ataque recebido. Tal como Posner, Williamson toma Coase como ponto de partida (que parece o ponto de convergência) e afirma ter sido o artigo “The Nature of the Firm” que deu origem à Economia dos Custos de Transação, além de afirmar que o artigo “The Problem of Social Cost” foi a origem da Análise Econômica do Direito. Lembro que Coase, no seu discurso de recebimento do Prêmio Nobel, afirmou que o segundo artigo ainda não foi bem entendido pelos economistas, acreditando que o impacto sobre a microeconomia ainda estava por vir. Ambos concordam em deixar antitruste à parte, ou seja, consideram que existe um debate pós-antitruste.

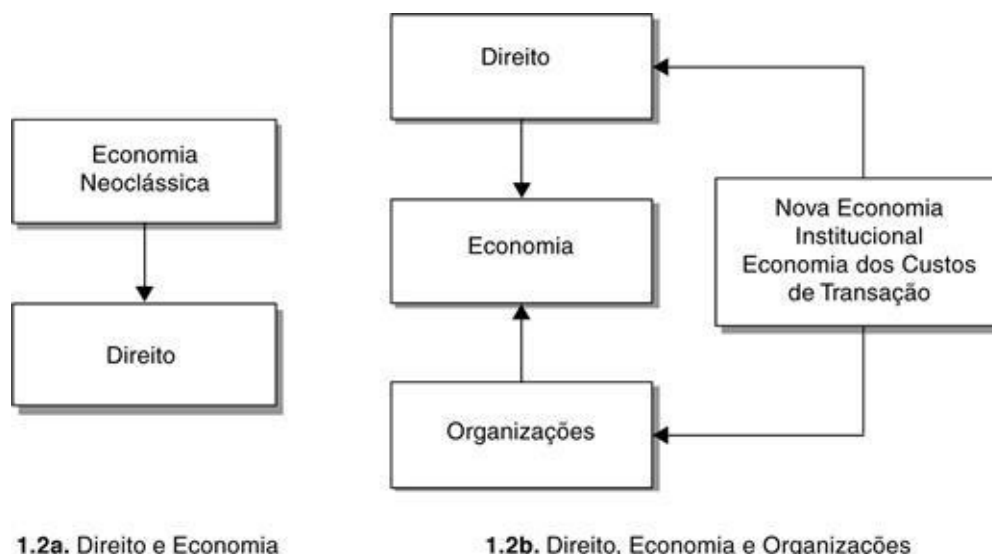
Williamson responde à crítica de Posner a respeito da Teoria das Organizações. Clama que Posner, tal qual a maioria dos economistas, não está interessado na análise das organizações, mas, sim, dos mercados. Afirma que “Posner não está interessado nos profundos desafios representados pela compreensão das organizações”,<sup>22</sup> e remete o debate ao argumento já travado entre a Nova Economia Institucional e a Economia Neoclássica, que serve de

base à Análise Econômica do Direito tradicional. Considera que a Economia omite o papel das instituições e ressalta a contribuição de Macneil (com quem não concorda em tudo), bem como o papel importante de Herbert Simon<sup>23</sup> que introduz o conceito de racionalidade limitada, segundo Williamson, não comparável ao conceito de informação assimétrica ou Teoria da Economia da Informação. Simon apresenta a mente como um recurso escasso, e Williamson acha que Stigler não deveria tê-lo ignorado.

Sua resposta no tocante à metodologia é contundente quando afirma que métodos econométricos são também utilizados pela ECT, não cabendo a afirmação de que a Nova Economia Institucional — NEI — é um conjunto de estudos de caso. Coase afirma, no final do seu discurso, ser inverídica a interpretação de que ele é hostil à quantificação. Tanto Coase quanto Williamson destacam a importância do estudo de casos para o conhecimento da realidade, mas ambos motivam a análise empírica quantitativa, característica marcante tanto da Análise Econômica do Direito, como da Nova Economia Institucional.

## Direito, Economia E Organizações

Williamson introduz fortemente a necessidade de mais uma dimensão ao debate envolvendo as organizações. A sugestão de combinar Direito, Economia e Organizações para o estudo da lei, tal como ela é, provém daí. A proposta de uma teoria positiva é completada pela ideia de que existem várias maneiras de fazê-lo, sendo a ECT uma delas, que se preocupa com o papel das instituições. Elas importam e são suscetíveis de análise ([Figura 1.2](#)).



**FIGURA 1.2** Comparando Análise Econômica do Direito com Direito, Economia e Organizações. Fonte: Williamson, O.E. “Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective”. In Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics. Edited by Medena, S., 1997.

O autor apresenta no [Capítulo 2](#) deste livro esquema para explicar as relações interdisciplinares segundo o qual o Direito e as Organizações municiam a Economia para o estudo das instituições e organizações. A Economia tem o papel central, segundo Williamson, que, neste ponto, concorda com Posner. Busca, portanto, ampliar a aplicação da Teoria Neoclássica ao Direito, que é como ele define a Análise Econômica do Direito sob a ótica tradicional.

O objetivo da área de Direito, Economia e Organizações seria o de redefinir o modo pelo qual economistas e outros cientistas sociais pensam e investigam a Economia, as Organizações e as Instituições. Afasta-se do conceito da “firma” como mera função de produção e caminha para a firma como um modo de governança, o que dá às organizações papel antes ignorado. Aqui encontramos mais uma parte da resposta à pergunta a respeito da natureza de uma Ciência das Organizações e da sua relação com a Economia e o Direito.

Um dos aspectos centrais ao pensamento de Williamson é o papel do ordenamento privado em contraste com o ordenamento público. O segundo é mais afeito ao estudo da Análise Econômica do Direito tradicional, enquanto a ênfase no ordenamento privado, ou seja, na capacidade das organizações funcionarem como instâncias para a solução de conflitos pós-contratuais, tem papel central no enfoque do Direito, Economia e Organizações, conforme tratado no presente volume.

## Macroinstituições

Quase ausente do debate, a não ser por uma citação de Posner, o trabalho de Douglass North é fundamental para o estudo da Economia, Direito e Organizações. A conexão está no reconhecimento de que as organizações são arquitetadas de modo a buscar eficiência, e que sua arquitetura é pautada pelo ambiente institucional.

É North quem investiga as instituições, tanto em termos da sua origem, como também da sua evolução.<sup>24</sup> Historiador econômico, North está preocupado com as forças que dão forma às instituições (por ele definidas como mecanismos criados pelo homem, para pautar e controlar as suas ações) e explicam o aparecimento de normas e regras sociais, fundamentais para o estudo do Direito como das Organizações. A interação das normas informais com as formais tem aberto importante veio de pesquisa no campo das Organizações.

North faz a ligação com a economia política ao debate e discute as imperfeições do funcionamento do Judiciário. Há custos para determinar sentenças, que não são isentas de vieses e pressões, e há custos para implementar as decisões judiciais. Ressaltando que os custos de transação, nas sociedades, estão associados ao seu grau de desenvolvimento e derivam de sua capacidade de desenhar instituições sólidas, North demonstra a importância de diálogo entre o estudo das macro e microinstituições, o que indica haver mais um elemento de resposta à motivação indagativa que motiva o presente volume. Em sua contribuição de 2005,<sup>25</sup> North trabalha o tema das normas informais e, especialmente, das crenças. Sem reconhecermos como o ser humano formula as suas crenças, não poderemos compreender o fenômeno das organizações modernas nem os movimentos de massa que afetam o início do século XXI.

Assim, o estudo dos limites da área de conhecimento da Economia do Direito e das Organizações é introduzido neste livro. Trazer o debate para o ambiente brasileiro parte do reconhecimento de que o tema não é circunscrito ao avanço da escola da Análise Econômica do Direito dos Estados Unidos como querem alguns críticos. O mesmo tema tem sido amplamente debatido em países de direito codificado, como exemplifica Deffains e Kirat.<sup>26</sup> Certamente para alguns críticos, descansando sobre as suas cátedras, é mais fácil não pensar no novo. Da nossa parte, os organizadores desta obra, acreditamos que se abre enorme campo, seja para a investigação científica, seja para os praticantes do Direito, da Economia Aplicada e da Administração. Quem ignorá-lo, perderá excelente oportunidade.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. Coase R. The nature of the firm. *Economica* 1937.
2. Coase R. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics* 1960.
3. Calabresi G. Some thoughts on risk distribution and the Law of torts. *Yale Law Journal* 1961; Ver também CALABRESI, G. *The costs of accidents. A legal and economic analysis*. Yale University Press, 1970.
4. Posner RA. *Economic Analysis of Law* Little, Brown and Company 1995.
5. BECKER GS. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy* 1968.
6. Manne H. *Economic police and the regulation of corporate securities* Washington: American Enterprise Institute; 1969; MANNE,

H. *The Economics of legal relationships: readings in the theory of property rights*. West Publishing Company, 1977.

7. Mercurio N, Medema SG. *Economics and the Law – from Posner to Post-Modernism* Princeton University Press 1997.

8. North CD. *Institutions, institutional change and economic performance* Cambridge University Press 1990.

9. Williamson O. *Transaction Cost Economics and Organization Theory* Oxford University Press 1993.

10. Simon H. From Substantive to Procedural Rationality. In: Latsis S, ed. *Method and Appraisal in Economics*. Cambridge: Cambridge University Press; 1976.

11. O tema da racionalidade vem ganhando espaço novamente em programas de Direito e Economia com a contribuição de Vernon Smith, Prêmio Nobel em Economia de 2003, que atua no programa de *Law and Economics* na George Mason University. O tema da racionalidade evoluiu para o estudo da Neuroeconomia, com aplicações no campo do Direito em temas que envolvem escolha e racionalidade.

12. North D. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* Cambridge University Press 1990; Cf. p. 8 “(...). Os custos de transação nos mercados político e econômico acarretam imperfeições aos direitos de propriedade, mas os modelos subjetivos e imperfeitos dos atores, à medida que estes tentam compreender as complexidades dos problemas que enfrentam, podem levar à permanência desses direitos de propriedade.

13. Barzel Y. *Economic Analysis of Property Rights* Cambridge University Press 1997; p. 161.

14. Coase RH. *The Nature of the Firm: Origin*. In: Williamson OE, Winter SG, eds. *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development*. Oxford University Press 1993.

15. Coase RH. The Acquisition of Fisher Body by General Motors. *Journal of Law and Economics*. 2000;43 University of Chicago Press, abril de.

16. Coase RH. The Lighthouse in Economics. *The Journal of Law and Economics*. 1974;17(2):357–376 outubro de 1974.

17. Simon H. *Administrative Behavior* Macmillan 1947.

18. Klein B. *Contracts and Incentives: the role of contracts terms in assuring performance*. In *Contract Economics* Basil Blackwell Ltd. 1992; p. 149, organizado por Werind e Hans Wijkander.

19. Posner, R. A. Rasmusen, E. B. "Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions". *International Review of Law and Economics*, Elsevier, vol. 19(3), p. 369–382.
20. Macneil IR. The many futures of contracts. *Southern California Law Review*. 1974;47:691–816 (Maio).
21. Posner RA. New Institutional Economics Meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 1993;149(1):73–87.
22. Williamson OE. Transaction Cost Economics meets Posnerian Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 1993;149.
23. Simon H. *Models of man — social and rational* John Wiley and Sons 1957.
24. North DC. Economic Performance Through Time. *The American Economic Review*. 1994;84(3):359–368 (junho).
25. North DC. *Understanding the Process of Economic Change* Princeton Economic History of Western World 2005.
26. Deffains B, Kirat T. *Law and Economics in Civil Law Countries* JAI Press 2001; p. 248.



## CAPÍTULO 2

# Por que Direito, Economia e Organizações?

Oliver Williamson, Law School, Haas School of Business, School of Economics universidade Da Califórnia-Berkeley(Traduzido Por Decio Zylbersztajn)

Ainda que não seja unanimidade, a Análise Econômica do Direito é largamente reconhecida como um caso de sucesso. Admitindo que parcimônia seja uma virtude em ciência, todo o empenho para ampliar ou reformular a Análise Econômica do Direito é um esforço que precisa ser justificado. Minha justificativa para a inclusão de “organizações” na Análise Econômica do Direito é que o conceito de firma adotado, da firma vista como função de produção, é um construto tecnológico presente na Teoria Econômica ortodoxa que levou à compreensão truncada da organização econômica e redundou em erros de política pública.

Ainda que existam razões para crer que o pior já tenha passado, o futuro trará novos desafios, sendo o erro de avaliação política uma preocupação inerente. O segundo benefício que associo à conexão entre Direito, Economia e Organizações é educacional: uma teoria mais verídica da Economia das Organizações na qual o ordenamento privado seja considerado beneficiará o ensino dos contratos e o treinamento, naquilo a que Ronald Gilson<sup>1</sup> se referiu como “engenharia de custos de transação” em faculdades de Direito.

Existem quatro proposições fundamentais: a Economia das Organizações (ou Organização Econômica) é muito complexa; a Teoria Microeconômica, especialmente a Teoria da Firma vista como uma função de produção, falha ao tentar explicar e apresenta um construto parcial do propósito da Economia das Organizações (ou Organização Econômica?); a Teoria das Organizações não focaliza a firma como uma estrutura de governança, perspectiva que permite explicar melhor uma ampla gama de fenômenos contratuais e organizacionais. A concessão a ser feita por parte dos estudiosos da Análise Econômica do Direito é aceitar que a teoria ortodoxa da firma não foi desenhada e é pobremente

aparelhada para interpretar os desafios da organização das firmas e dos mercados.

Início este capítulo esquematizando algumas das contribuições da Análise Econômica do Direito à área da concorrência. Em seguida, identifico uma série de contribuições fundamentais da literatura de Teoria das Organizações que, *quando interpretadas pela perspectiva da Economia dos Custos de Transação*, oferecem suporte para a Teoria da Firma como forma de governança. O valor adicionado por esse enfoque é explorado, contrastando a forma com que a Teoria dos Preços e a Economia dos Custos de Transação explicam uma variedade de temas de política pública. São discutidas aplicações dos conceitos à educação em Direito e Contratos. Finalmente, as conclusões são apresentadas.

## Alguns pontos fortes

Na interpretação de Richard Posner, “a Análise Econômica do Direito ortodoxa não tem ou tem pouca aspiração a mudar a Teoria Econômica”. Posner adiciona que “a Teoria das Organizações... nada [acrescenta] ao que a literatura de custos de informação já não tenha contribuído no passado”.<sup>2</sup> A implicação da primeira posição de Posner é de que a relação entre Direito e Economia é unidirecional: o Direito é um súdito submisso e depende daquilo que a análise econômica oferece e nada lhe oferece em retribuição.<sup>3</sup> A segunda implicação é de que a ortodoxia econômica pode prosseguir sem prestar atenção às críticas e contribuições da Teoria das Organizações.

Um crescente número de economistas discorda da segunda implicação. Os estudiosos da Economia das Organizações discordam e oferecem duas proposições: as organizações importam e são passíveis de estudo. Este capítulo baseia-se nas contribuições da Teoria das Organizações. No que tange à implicação da primeira interpretação de Posner, mesmo os súditos submissos são chamados a falar, quando observam que o rei está nu.

Os dois pilares da ortodoxia econômica são: a Teoria Neoclássica da Firma e a Teoria Neoclássica do Consumidor. Estou particularmente preocupado com a primeira; a análise comportamental da Economia e do Direito debate o segundo.<sup>4</sup>

A Teoria Neoclássica da Firma vista como função de produção é um construto tecnológico segundo o qual o funcionamento interno da firma (e de outros modos de organização) é negligenciado. Lionel Robbins definiu uma agenda na maior parte do século XX (expressa nos anos 1930) ao considerar que “o economista não se interessa pelo arranjo interno das organizações, mas, sim, pelo que ocorre nos mercados”.<sup>5</sup> Conforme Harold Demsetz apregoa, “é um erro

confundir a Teoria Econômica da Firma com a firma do mundo real. A missão da Economia Neoclássica é entender como o sistema de preços coordena o uso dos recursos, e não explicar o funcionamento interno das firmas”.<sup>6</sup> A atenção é centrada na oferta e demanda, nos preços e na produção. Tudo funciona bem, dentro do alcance da teoria, mas como interpretar as formas contratuais de produção? E o que pode resultar se a teoria ortodoxa for utilizada para desenhar políticas públicas para lidar com problemas e anomalias dos mercados e das organizações?

Trabalhar a firma como função de produção não permite muita latitude analítica. O principal argumento de práticas consideradas aberrantes e estruturas cuja justificativa tecnológica é difícil (economias de escala e escopo) é a explicação do poder de mercado, ou seja, do monopólio. Ronald Coase descreve o estado de confusão na organização industrial do início dos anos 1970 como:<sup>7</sup>

*“Um importante resultado da preocupação com o problema do monopólio é que, se um economista encontra alguma estratégia ou prática de negócio que ele não compreende, imediatamente interpreta como prática monopolista. E, como neste campo somos ignorantes, o número de práticas de difícil explicação tende a ser grande, do mesmo modo que a interpretação de poder de monopólio.”*

A sua sugestão para remediar tal estado precário de análise foi desenvolver uma Teoria da Firma mais afinada com a sua estrutura e seu funcionamento interno, segundo inspiração do seu clássico artigo de 1937, “A Natureza da Firma”(Coase, *op. cit.*). Dado que a Teoria das Organizações considera seriamente a organização interna das firmas, haveria lições a serem consideradas nessa literatura? Coase nunca comentou sobre essa possibilidade, mas aconselhou que o que se deseja na organização industrial é um tratamento frontal para o problema. Ou seja, a teoria deveria focalizar as atividades realizadas pelas firmas, e deveria revelar as suas características. Além de estudar o que ocorre dentro das firmas, deveríamos estudar as relações contratuais entre elas.”

As vantagens potenciais do enfoque direto devem presumir que a teoria que lhe dá sustentação seja realmente adequada. Da miríade de atividades realizadas internamente pelas firmas, quais são de primeira ordem de importância e por quê? A descrição histórica feita por Willard Hurst da indústria de serraria em Wisconsin é ilustrativa.<sup>8</sup> Entretanto, dada a falta de estrutura teórica, a lógica da integração vertical não é esclarecida no texto, que, para alguns, é quase “ilegível”.<sup>9</sup> Se a Teoria da Firma, como descrita por Coase<sup>10</sup> é tautológica<sup>11</sup> e não realmente comparativa (veja seção “A Teoria da Firma como Estrutura de

Governança”, mais adiante neste capítulo), então como resolver o problema?

## **Teoria das organizações: lições correlatas e centrais**

Ainda que relevantes avanços na Teoria das Organizações tenham começado a aflorar nos anos 1930,<sup>12,13</sup> levou uma década para a efetiva digestão das lições de Barnard<sup>14</sup> e outra década para que as contribuições ao novo campo das Organizações fossem integradas.<sup>15</sup> Entretanto, não foi o suficiente.

A Teoria das Organizações e a Teoria Econômica precisavam convergir e as suas tensões deveriam ser trabalhadas. O programa de ensino e pesquisa interdisciplinar na área das Ciências Sociais realizado na Canergie Mellon Tech nos anos 1950 e 1960 teve considerável liderança para tais propósitos.<sup>16</sup>

A Teoria Comportamental da Firma<sup>17</sup> representa o apogeu dos esforços realizados. Tal trabalho, contudo, influenciou mais a área da Teoria das Organizações do que a da Teoria Econômica. A razão foi o seu enfoque microanalítico que excedia o interesse da maior parte dos economistas (por exemplo, prever em detalhe os preços em uma loja de departamentos) e também por sair da miopia reinante que focalizava a pesquisa local, o aprendizado via tentativa e erro, e gestão de crises, como objetivos do trabalho.

Ainda que influente, a Teoria Comportamental da Firma não exaure as lições atuais e potenciais da Teoria das Organizações para os economistas. Entretanto, muitas das lições pertinentes apenas são reconhecidas caso ultrapassemos as lições correlatas para aprofundarmos os aspectos essenciais. Isso implica explorar a lógica da Economia das Organizações no seu conjunto, o que penso ser coerente com o espírito racional do economista a que Kenneth Arrow<sup>18</sup> se referiu e com a descrição apresentada por John Maynard Keynes de Economia, como um método em contraposição a uma doutrina, uma estrutura de pensamento, que ajuda a desenhar conclusões corretas.<sup>19</sup> George Schultz expõe o seguinte: “O meu treinamento em Economia influenciou fortemente o meu modo de ver as políticas públicas, mesmo quando estas não são relacionadas com economia. A nossa disciplina nos faz pensar adiante, sobre as consequências indiretas, considerar variáveis que podem não estar no nosso campo direto de observação.”<sup>20,21</sup>

Sendo a Teoria das Organizações um terreno estranho à maioria dos economistas e dado que poucos economistas perceberam o valor das lições centrais da Teoria das Organizações, um fosso as separa. Três ações são necessárias para que as lições da Teoria das Organizações sejam incorporadas à Economia: (1) a identificação das suas contribuições fundamentais; (2) a escolha

de um foco produtivo; (3) e um esforço para avançar e completar sua lógica. Adoto a perspectiva da Economia dos Custos de Transação para interpretar as contribuições fundamentais da Teoria das Organizações e para complementar o seu racional.

Na minha interpretação, a Teoria das Organizações auxilia a redefinir a agenda de pesquisa, confrontando a ortodoxia nos seguintes aspectos importantes:<sup>22,23</sup> (1) a incorporação e descrição do ator humano; (2) o problema central da organização econômica; (3) transformações dos processos; (4) unidade analítica; (5) análise estrutural discreta; e (6) enraizamento.<sup>24,25</sup>

## O Ator Humano

Se “Nada é mais fundamental para definir nossa agenda de pesquisa e estruturar nosso método de pesquisa do que nossa visão da natureza dos seres humanos, cujo comportamento estamos estudando”,<sup>26</sup> então, cientistas sociais devem estar preparados para apontar as principais características dos atores humanos. Ambos, a condição cognitiva e o autointeresse, devem ser considerados.

Simon antecipou a posição de que o pressuposto de hiper-racionalidade que dá base à Economia ortodoxa deveria ser substituído pelo atributo cognitivo menos demandante, da racionalidade limitada, de acordo com o qual os atores humanos buscam ser racionais, mas apenas conseguem sê-lo de modo limitado. O tema do autointeresse recebeu menos atenção, mas Simon o descreve como um “motivo de fragilidade” e também caracterizou a simplicidade, a identificação e a lealdade descritiva do comportamento humano nas organizações.<sup>27,28</sup>

### ■ *Lições correlatas*

A principal lição decorrente da substituição do pressuposto de hiper-racionalidade pela racionalidade limitada é a substituição do objetivo de maximização pelo de satisfação, ou seja, encontrar um curso de ação que seja “bom o suficiente”,<sup>29</sup> e a lição decorrente de atribuir a fragilidade motivacional aos atores humanos (Simon, *op. cit.*, 1985) descrevendo o comportamento como predominantemente benigno. Muitos indivíduos farão aquilo que se comprometeram a fazer, e alguns farão ainda mais (Simon, *op. cit.*). Em tal circunstância, o comportamento organizacional pode ser previsto a partir do conhecimento das rotinas operacionais<sup>30</sup> e, em tal estrutura, resta pouco espaço para o comportamento estratégico.

### ■ *Lições centrais*

A Economia dos Custos de Transações — ECT — considera que a caracterização dos seres humanos, cujo comportamento é estudado, exerce profunda influência em nossa agenda. Considera ainda que os atores humanos são sujeitos à racionalidade limitada. Em vez de ancorar-se no aparato analítico a ser empregado (isto é, maximização, satisfação, teoria dos jogos ou outro qualquer), ECT questiona quais conclusões da ortodoxia são desabilitadas pelo reconhecimento da competência cognitiva limitada. A resposta da ECT é a seguinte: a lição fundamental imposta pela racionalidade limitada para o estudo da Economia das Organizações (ou Organização Econômica) é que *todos os contratos complexos são, inevitavelmente, incompletos*.

A combinação de contratos incompletos (decorrentes da racionalidade limitada) com informações pouco confiáveis (decorrentes do oportunismo, que será tratado adiante) corroi a ideia de que o simples conhecimento do contrato entre duas partes será suficiente para eliminar problemas pós-contratuais. Sendo implausível atribuir conhecimento equitativo aos árbitros das disputas (os tribunais), o conhecimento equitativo do contrato entre as partes não impede o surgimento de disputas pós-contratuais e de má adaptação dos contratos.<sup>31,32</sup> Conclui-se que, contrariamente aos resultados tradicionais da teoria dos jogos, barganha a custo zero não é razão suficiente para a eficiência pós-contratual. Em vez disso, a eficácia adaptativa de formas alternativas de governança *ex post* (mercado, híbrida, hierárquica etc.) deve ser calculada a partir da análise institucional comparativa.

A minha referência ao oportunismo contrasta com a descrição apresentada por Simon do autointeresse como fragilidade motivacional. Não se trata de negar que a maioria dos indivíduos cumprirão as suas promessas (e alguns farão ainda mais) sem a consciência de que o esforço será justificado pelos ganhos futuros descontados a valor presente. Caso existam falhas, estas representam fricções normais e frequentemente resultam de imprecisões perceptivas. A proposta de que as rotinas descrevem o comportamento comum da maior parte dos indivíduos nas organizações contempla basicamente tal comportamento (não estratégico) benigno.

Enquanto descrições precisas do que ocorre no mundo real “na maioria das vezes” sejam importantes, muito do que interessa no comportamento dos indivíduos em geral e das organizações, em particular, refere-se não às rotinas, mas sim às exceções. Em face a choques imprevisíveis para os quais contratos incompletos não conseguem antecipar soluções corretas ou adequadas (devido a erros, omissões e lacunas), as partes do contrato afastam-se da curva de contrato. Considerações de cunho estratégico são justificáveis se, não por motivos de fragilidade motivacional, mas causadas pela presença de oportunismo. Daí

resulta a má adaptação contratual mencionada anteriormente.

Além da racionalidade limitada e do oportunismo, a ECT também descreve os atores humanos com referência ao seu caráter antecipativo, prudente e cautelar com respeito às contingências futuras. Ao invés de miopia ou onisciência, a ECT postula prudência cautelar factível como norma.<sup>33</sup> As referências feitas a Keynes e Schultz são pertinentes. Também a observação de Richard Dawkins de que “a capacidade de imaginar o futuro...[nos protege] das consequências da replicação cega”.<sup>34</sup> Operadores, consultores e analistas de política pública, alertas para as lições da experiência e que possuam habilidades para a prática da arte da análise antecipativa, olharão para o futuro, identificarão possíveis riscos contratuais, descobrirão os mecanismos que regem tais riscos, elaborarão mecanismos de governança que serão finalmente incluídos no desenho contratual *ex ante*, pela introdução de salvaguardas contratuais, ou, se necessário, introduzindo um modo de governança alternativo (como, por exemplo, substituindo transações no mercado por formas hierárquicas).<sup>35</sup>

## Adaptação: O Problema Central

Adaptação é vista como o problema central das organizações. Enquanto a Teoria Econômica enfatiza que a adaptação autônoma ocorre nos mercados como resultado da variação dos preços relativos, a Teoria das Organizações propõe a adaptação cooperativa do tipo “proposital, consciente e deliberada”,<sup>36</sup> que resulta do ato administrativo.

### ■ *Lição correlata*

A lição correlata para a economia é reconhecer e respeitar os benefícios do planejamento e da coordenação, objetivos que a organização interna acrescenta.

### ■ *Lição central*

Ambos, o economista Friederich Hayek<sup>37</sup> e o teórico das organizações Chester Barnard (*op. cit.*), concordam que adaptação é o problema econômico central das organizações. Diferem os autores no que diz respeito ao tipo de adaptação. O primeiro destaca a adaptação autônoma e espontânea dos atores econômicos que se ajustam às mudanças no mercado (principalmente sinalizadas pelas mudanças nos preços relativos). Em contraste, Barnard focaliza a intencionalidade das adaptações cooperativas feitas pelos atores econômicos com base nas hierarquias das firmas.

Em contraposição à tendência da ortodoxia, que vê as firmas e a organização



dos mercados como dadas, determinadas pela tecnologia, a ECT apregoa que a escolha do modo de governança deriva da necessidade adaptativa das transações (coordenação autônoma ou cooperativa) que varia de acordo com os seus atributos e que a competência das formas alternativas de governança também diferem entre si. Conclui-se que existem ganhos de eficiência resultantes do alinhamento entre as transações e as estruturas de governança de modo a economizar em custos de transação. Com base na lógica da adaptação cooperativa e autônoma, estrutura-se uma teoria preditiva da Economia das Organizações.<sup>38</sup>

## O Processo É Relevante

Se formas organizacionais diferem no seu processo intrínseco, e se as organizações, tal como a lei, têm vida própria, então tanto as diferenças fundamentais de processo como suas transformações ao longo do tempo devem ser consideradas no estudo comparativo das organizações. Na seção “Análise estrutural discreta”, mais adiante, as diferenças de processo são discutidas, enquanto no presente tópico discutiremos as transformações temporais — cujas consequências inesperadas e os resultados na burocracia estão entre os mais importantes.<sup>39</sup> Estudantes e praticantes desatentos às mudanças intertemporais das organizações necessariamente falharão em detectar os reais custos e benefícios oclusos.

### ■ *Lições correlatas*

A reação automática, caso algo de errado aconteça com a firma, é a correção pela via de novas regras e medidas regulatórias — aquilo a que Simon se referiu como “demandas por controle”(op. cit.). Tal modelo mecânico de organização é muito simplista, caso o ator humano não responda docilmente e se for impossível definir um “repertório completo de respostas... [segundo o qual], exista uma única prescrição corretiva para cada caso”(op. cit.). As intenções não serão totalmente alcançadas se forem acompanhadas por consequências inesperadas. Em tal evento, o modelo mecânico-ingênuo deve ser substituído por outro de maior complexidade que releve a ação estratégica dos atores.

### ■ *Lições centrais*

A ECT concorda que consequências não antecipadas são relevantes, mas discorda de que firmas sejam uma desordem<sup>40</sup> por desviarem-se do ideal neoclássico. Sendo o caso de que todas as formas factíveis de organização têm



falhas, qual o propósito de serem descritas como uma desordem? Mercados, formas híbridas, firmas, departamentos *etc.* são simplesmente formas alternativas de governança, cada qual com vantagens e desvantagens. O que se deseja é revelar os pontos fortes e as fragilidades de cada forma de organização. A Teoria das Organizações permite fazê-lo.

Os sociólogos há muito tempo evidenciaram que as organizações têm vida própria, incluindo a ideia de que a lógica da Economia das Organizações no seu conjunto requer que os efeitos das regularidades no desenho organizacional sejam considerados *ex ante*. O livro de Robert Michels de 1911 sobre partidos políticos focalizou as transformações intertemporais que regularmente afetam os esforços democráticos em organizações políticas, cujo exemplo mais importante é sumarizado pela famosa “Regra de Ferro da Oligarquia”: “É; a organização [hierárquica] que confere o domínio dos eleitos sobre os eleitores, dos que têm mandato sobre os que lhe conferiram, dos delegados sobre os delegadores. Quem se refere à organização, se refere à oligarquia.”<sup>41</sup> Michels relacionou a fonte dessas tendências oligárquicas à “natureza humana dos indivíduos, ...à natureza da luta política... e à natureza das organizações”(op. cit.).

Michels, sobretudo, teve uma visão antecipada dos seus achados. “O sociólogo deveria almejar... por uma exposição desapassionada de tendências e contratendências, das razões e contrarrazões que estão à mostra, em uma palavra, a estrutura básica da vida social.”(op. cit.) A menos que estejamos alerta para as propensões intertemporais das organizações, nós seremos vitimados desnecessariamente por elas: “apenas uma análise serena e franca dos riscos oligárquicos da democracia nos permitirá minimizá-los”(op. cit.). Ainda que a propensão oligárquica das organizações democráticas tenha sido pouco compreendida pelos acadêmicos e por alguns operadores, até que Michels esclarecesse o tema, os riscos oclusos das oligarquias não devem mais nos surpreender. É de supor que os arquitetos de organizações da atualidade considerem a Regra de Ferro das Oligarquias ao formatarem seus planos iniciais.

Philip Selznick caracterizou “a teoria de Michels sobre as organizações democráticas... como um caso especial da recalcitrância dos métodos humanos de agir. *A tendência de que metas sejam alteradas pela criação de novos focos de interesse e motivações é inerente a todas as organizações*”(ênfase adicionada).<sup>42</sup> O estudo das formas de “consequências não antecipadas”, entre as quais a oligarquia é apenas um exemplo, nos oferece uma ampla agenda de pesquisa.

A ECT oferece respostas para o problema. Primeiro, fique alerta para as consequências não antecipadas significativas, bem como para propensões burocráticas que estudiosos das organizações descubrem. Segundo, revele os

mecanismos através dos quais as consequências operam, o que leva ao desafio de antecipar no desenho *ex ante* as consequências de tal modo que os efeitos indesejáveis sejam mitigados (também pode realçar benefícios não reconhecidos) sempre que o custo justifique.

Os custos burocráticos adicionais associados a produzir um bem ou um serviço, em vez de comprá-lo, são importantes. Tal como discutimos na seção “Análise estrutural discreta”, mais adiante, alguns dos custos são imediatos e representam a consequência previsível de mudar de uma estrutura de incentivos de alta eficácia para incentivos de baixa eficácia.<sup>43</sup> Outros custos, entretanto, resultam de processos políticos internos mais sutis que só se manifestam mais tarde.<sup>44</sup> Por ser potencialmente difícil reverter decisões de produção interna, é importante considerar para a decisão inicial as compensações entre benefícios imediatos e os custos postergados.

Compensações intertemporais entre benefícios imediatos e custos futuros aparecem também no conceito de Transformação Fundamental, segundo o qual a competição aberta com um grande número de ofertantes é (algumas vezes) transformada em um pequeno número de ofertantes durante a vigência do contrato e no ato da sua renovação (*op. cit.*). Isso é revelado levando à lógica plena dos contratos incompletos. Tal como discutido a seguir, a Transformação Fundamental tem efeitos perversos e o estudo comparado da Economia das Organizações.

## Unidade Analítica

Abandonar o conceito de firma como caixa-preta e examinar o funcionamento interno das firmas exigem a escolha e a dimensionalização de uma unidade microanalítica. Um candidato é o conceito de papel, que, segundo Simon, “nunca teve uma definição suficientemente precisa”.<sup>45</sup>

### ■ *Lição correlata*

A lição correlata para a Economia é escolher e operacionalizar uma unidade analítica que se associe ao processo de decisão. Simon recomenda que a premissa decisória seja a unidade analítica e afirma que “Comportamento pode ser previsto...quando as premissas decisórias são conhecidas (ou previsíveis) em suficiente detalhe”(vide nota 44). Uma variante complexa relacionada com a premissa decisória é tomar a “rotina” — regras de decisão e procedimentos — como unidade de análise.<sup>46</sup>

## ■ *Lição central*

Ainda que a premissa decisória tenha sido utilizada como unidade analítica nas ciências cognitivas,<sup>47</sup> nunca se demonstrou ter aplicação geral como unidade analítica operacional em Teoria das Organizações. O uso da rotina como unidade analítica coube melhor na Teoria das Organizações (vide nota 17) e foi adotado pela economia evolucionista<sup>48</sup> e na perspectiva de competência central.<sup>49</sup> Rotina, entretanto, nunca foi operacionalizada em nenhuma das teorias citadas.

A ECT adota a perspectiva de John R. Commons definindo sua unidade analítica: “A unidade analítica fundamental... deve conter três princípios; de conflito, mutualidade e ordem. Tal unidade analítica é a transação.”<sup>50</sup> Não apenas a ECT propõe a transação como unidade básica analítica, como também vislumbra a governança como o modo pelo qual se infunde ordem, se resolvem conflitos e se produzem ganhos mútuos.

Nomear uma unidade analítica é sempre mais fácil do que prover conteúdo operacional. Entre as inúmeras dimensões pelas quais as transações diferem, quais são aquelas que trazem consequências? Onde reside a ação? Essas questões nunca foram feitas ou respondidas pelos antigos economistas institucionalistas.

A ECT delimita as dimensões para descrever as transações focalizando os fatores responsáveis pela impossibilidade de realizar uma transação ideal na ótica tradicional da Análise Econômica do Direito — de acordo com a qual contratos ocorrem entre agentes anônimos, cuja continuidade não é relevante e a identidade das partes não importa. Os atributos considerados importantes para descrever as transações quando a identidade é relevante incluem: especificidade dos ativos nas suas variadas formas (que originam dependência bilateral), incerteza (que pode demandar adaptações coordenadas aos impactos externos) e frequência (que valoriza a continuidade da relação e gera incentivos para pagar o custo da governança especializada).

## Análise Estrutural Discreta

A introdução do termo análise estrutural discreta no estudo comparativo da Economia das Organizações deve-se a Simon, que observou:<sup>51</sup>

Conforme a Economia ultrapassa o seu foco na Teoria dos Preços e a sua preocupação com quantidades dos bens e da moeda, observamos ...[a] uma mudança do enfoque analítico altamente quantitativo, no qual o equilíbrio marginal tem papel central, para a análise institucional muito mais qualitativa, segundo a qual comparam-se alternativas estruturais discretas....

Tal análise pode ser frequentemente feita sem o apoio de aparato matemático ou cálculo marginal. Em geral, argumentos mais simples e menos refinados são suficientes para demonstrar a diferença entre duas quantidades do que para mostrar as condições de equilíbrio marginal.

## ■ *Lições correlatas*

Uma lição é que a análise estrutural discreta é de simples implementação. A segunda lição é que a mudança de modos de organização é um processo descontínuo.

## ■ *Lições centrais*

Sendo o aparato matemático da análise marginal de simples implementação, economistas são vistos como em busca de mecanismos analiticamente satisfatórios e completos: adotam um aparato de trabalho (frequentemente) que consideram como “suficiente” para seus objetivos. A real importância da análise estrutural discreta é diferente, pois reside na proposta de que a mobilidade entre formas organizacionais apresenta descontinuidades, o que impede o uso da análise marginal. A questão relevante passa a focalizar os fatores responsáveis pelas descontinuidades.

A “relação de emprego” é uma resposta (Coase, 1937;<sup>51</sup> Simon, 1951; Masten, 1988<sup>52</sup>), mas que serve principalmente para diferenciar os mercados clássicos das firmas. Onde entram as formas contratuais híbridas e onde agências públicas se encaixam? A relação de trabalho focaliza meramente um aspecto das organizações, enquanto recentes trabalhos de economistas das organizações (Williamson, 1988, 1991; Milgrom, Qian e Roberts, 1991)<sup>54</sup> consideram que a análise discreta se explica pelo fato de que modos alternativos de organização mostram um conjunto de fatores associados.

Especificamente, a ECT considera que cada modo genérico de governança é definido por uma síndrome de atributos internamente consistentes, dos quais a intensidade dos incentivos, controles administrativos e o regime de leis contratuais são especificamente importantes. No que se refere ao regime das leis contratuais, o argumento é que cada modo de governança genérico tem suporte em um regime diferente de lei contratual. Em particular, a lei contratual implícita da organização interna (hierarquia) é a do refreamento. Portanto, enquanto a justiça rotineiramente atua nas disputas entre firmas a respeito de preços, danos causados por atrasos, falhas de qualidade, entre outros, ela não lida costumeiramente com disputas entre duas divisões em uma corporação sobre os mesmos temas. Não tendo acesso à justiça para resolver disputas internas, a

hierarquia é a sua própria instância de apelação, e, enquanto as firmas têm acesso ao poder arbitrário interno, relações contratuais entre firmas não podem recorrer a ele.

De um modo geral, as diferenças de alinhamento que distinguem mercados e firmas são:

- Intensidade do incentivo: o incentivo de alto poder é característico dos mercados em contraposição ao incentivo de baixo poder caracterizado pelas firmas.
- Controles administrativos: comparadas com o mercado, as firmas são amparadas por um amplo aparato de regras administrativas e procedimentos que incluem auditorias e contabilidade, bem como
- o suporte de organizações informais.
- Lei contratual: a norma contratual que caracteriza os mercados tem cunho formal, enquanto a norma interna das firmas tem base no refreamento e tolerância interna.
- Adaptação: devido às diferenças, os mercados têm vantagens para efetuar adaptações de cunho autônomo enquanto as firmas têm vantagens para realizar adaptações que exigem cooperação.

Decorre que existem implicações refutáveis baseadas no alinhamento das características das transações com as estruturas de governança, de tal modo a afetar a sua *performance*.

## Organização Informal

Barnard argumentou que organizações formais e informais coexistiram sempre e também que as últimas contribuem para a viabilidade das primeiras em três aspectos significativos: “Uma das funções indispensáveis exercidas pelas organizações informais nas organizações formais... é de comunicação... Outra função é manter a coesão em organizações formais regulando a cooperação e a estabilidade da autoridade objetiva. Uma terceira função é a manutenção do sentimento de integridade pessoal, autorrespeito e escolha independente.”<sup>55</sup>

### ■ *Lições imediatas*

Os efeitos informais aos quais Barnard se referia ocorrem espontaneamente. Formas de organização em rede,<sup>56</sup> algumas vezes com a influência de laços étnicos,<sup>57</sup> são especialmente importantes.

### ■ *Lições fundamentais*

Dado que “relações sociais continuadas”<sup>58</sup> dentro e entre firmas são diferentes, tais diferenças devem presumivelmente ser consideradas na escolha entre mercados ou hierarquias. Ainda, a eficácia das organizações informais varia com a escolha da forma organizacional interna;<sup>59,60</sup> e não tem importância equivalente para todas as transações. Esses fatores devem ser amplamente trabalhados e considerados na escolha da forma de governança. Também são relevantes as interdependências entre transações que compartilham o mesmo ambiente.<sup>61,62</sup>

## Outros

Percorrendo a lista de tópicos de qualquer livro-texto (como o livro de W. Richard Scott sobre *Organizações: Sistemas Racionais, Naturais e Abertos*),<sup>63</sup> percebemos que a Teoria das Organizações é uma enorme área que abrange muitos temas não discutidos aqui. Minha orientação para incorporar contribuições dessa literatura é seguir este plano: descreva o elemento novo até então negligenciado e seus efeitos imediatos, adote então o conceito de economia de custos de transação para trabalhar os efeitos na economia comparada das organizações.

## A teoria da firma como estrutura de governança

As teorias neoclássica, comportamental, da agência, evolucionista e de custos de transação podem ser diferenciadas. Das cinco citadas, a Teoria Comportamental<sup>64</sup> tem maior conformidade com o espírito das lições citadas anteriormente.

A Teoria Neoclássica não considera as lições imediatas tratadas anteriormente, e a Teoria de Agência considera apenas informação assimétrica e oportunismo. A ECT abrange todas, mas as principais lições a serem consideradas, com base no conceito de Economia em Custos de Transação, são aquelas às quais me refiro como lições fundamentais. Resulta que existe reciprocidade entre a ECT e a Teoria das Organizações: uma caracteriza a outra.

Dois dos avanços cruciais no enfoque de custos de transação da Economia das Organizações são: *economizar* em custos de transação é um conceito importante que permeia o enfoque, e os custos de benefícios associados às formas organizacionais alternativas devem ser trabalhados *comparativamente*.

## A Prática Da Análise Institucional Comparada

É mais fácil identificar um custo do que estabelecer a diferença de custos entre

modos alternativos de governança. Por exemplo, firmas incorrem em custos burocráticos, o que não implica que eles desapareçam quando uma transação é transferida para o mercado em vez de realizada internamente. Apenas indica que duas firmas, em vez de uma única, estão envolvidas na troca. Assim, os mecanismos gerenciais e políticos aos quais se adicionam custos de transação por retirar uma transação do mercado e realizá-la dentro da firma necessitam ser identificados e seus efeitos trabalhados, e não apenas apontados.<sup>65</sup> Isso qualifica um exercício microanalítico comparativo.

Como alternativa, considere o principal argumento de Coase para justificar a retirada de transações do mercado e realizá-las dentro da firma. De acordo com Coase, “A principal razão explicativa da lucratividade de estabelecer uma firma deveria ser a existência do custo de utilização do mecanismo de preços, sendo o mais óbvio o custo de descobrir quais são os preços relevantes.”<sup>66</sup> Isto soa plausível, mas seria realmente uma análise comparativa? Como concluir que o fornecimento interno evita o custo de identificar um preço de transferência?

A resposta “óbvia” é que o suprimento interno único evita a necessidade de consultar o mercado desde que se tenha uma fórmula contábil para definir o preço interno (por exemplo um modelo de *cost-plus*) que possa ser utilizada para transferir um bem ou serviço de um estágio da produção para o seguinte. Se, entretanto, essa for a única vantagem, a decorrência óbvia seria aplicar a mesma prática às compras externas. A firma apenas orientaria o seu setor de compras para fazer ouvidos moucos para o mercado, fazendo pedidos a cada período, para um fornecedor qualificado que concorde em vender com base em uma fórmula de *cost-plus*. Em tal situação, firmas e mercados ficariam em igualdade em termos de identificação dos preços relevantes — o que implica que o custo de descobrir o preço relevante, que Coase atribui ao mercado, não resiste ao escrutínio da análise institucional comparativa.

Coase e outros poderiam contra-argumentar que os riscos do suprimento com base em uma fórmula *cost-plus* diferem se dentro ou entre firmas. Não discordo (na verdade, discuto a eficácia comparativa do suprimento com base em *cost-plus* dentro e entre firmas em outro artigo (vide nota 43). Note, entretanto, que a verdadeira explicação reside em identificar e explicar as diferenças das estruturas de governança entre a firma e o mercado. Ainda mais, as diferenças das estruturas de governança devem ser associadas aos atributos das transações, uma vez que os mercados não são substituídos uniforme, mas seletivamente. Uma teoria da organização das firmas e mercados de cunho preditivo precisa descobrir as diferenças e desenvolver a lógica do alinhamento eficiente.



## A Ligação Da Teoria Das Organizações

As críticas a Coase não ofuscam a magnitude do seu artigo clássico de 1937.<sup>67</sup> Coase estava simplesmente adiante no tempo e muitas das contribuições da Teoria das Organizações ainda não existiam.

A Teoria da Firma como forma de governança aqui descrita responde aos avanços que se sucederam na Teoria das Organizações nos seguintes aspectos: trabalha (1) a partir do cenário de contratos incompletos (racionalidade limitada) no qual (2) acidentes ocorrem entre partes bilateralmente dependentes (ativos específicos) quando são (3) afastados da curva de contrato por desequilíbrios (incerteza), consequentemente (4) as partes são levadas a barganhar (oportunismo). Tais transações motivam (5) atores precavidos a evitar conflitos e (6) promover adaptação cooperativa, via introdução da transação ou em contratação com mecanismo de credibilidade ou em estruturas de governança hierárquica, em que (7) as alternativas diferem em estrutura, das quais (8) os custos burocráticos comparativos e o acesso diferencial ao uso da hierarquia são exemplos.

Àqueles que (compreensivelmente) reclamam de que se trata de muitas mudanças, eu respondo: quais mudanças podem ser excluídas? As previsões da ECT são corroboradas pelos dados?

## Alinhamento Discriminante: Uma Recapitulação

A hipótese do alinhamento discriminante mencionada anteriormente — segundo a qual as transações que diferem nos seus atributos são alinhadas com estruturas de governança, que diferem nos seus custos e competências, segundo critério de economia em custos de transação — é o principal motor da ECT para derivar implicações refutáveis. Note-se que a ECT concorda com a visão de Nicholas Georgescu-Roegen segundo a qual “o propósito da ciência em geral não é previsão, mas o conhecimento do fenômeno”, entretanto a previsão é a pedra de toque do conhecimento científico.<sup>68</sup> Entender é o foco. Contudo, por existirem muitas teorias plausíveis, existe a necessidade de separar o joio do trigo. Cedo ou tarde, candidatas à Teoria das Organizações devem ultrapassar a racionalização *ex post*, pelo avanço preditivo em confronto com os dados.<sup>69</sup> Note que, para tal propósito, a ECT convida ao contato com os dados, considerando os atributos das transações (com ênfase na especificidade dos ativos, incerteza e frequência) e as síndromes de atributos que descrevem modos alternativos de governança (intensidade dos incentivos, controles administrativos, regime contratual e adaptação).



## A Firma Como Estrutura De Governança: Demonstração Heurística<sup>70</sup>

Tal como descrito anteriormente, o propósito-chave das organizações, focalizado pela ECT, é o da adaptação, com duas formas distinguíveis: adaptação autônoma em resposta a mudanças nos preços relativos e adaptação cooperativa alcançada pela ação administrativa. As transações necessitam das duas formas de adaptação, e as formas de governança diferem em termos da capacidade de oferecer adaptações autônomas e cooperativas.

O esquema contratual simplificado da [Figura 2.1](#) representa uma ilustração heurística. Assuma que a firma possa fazer ou comprar um componente e, adicionalmente, assuma que o componente possa ser produzido com base em duas tecnologias alternativas. A primeira delas tem uso genérico, e a segunda representa uma tecnologia com uso específico, cuja adoção requer maiores investimentos em ativos específicos duráveis, sendo mais eficiente para atender às condições de demanda estável.

A condição de demanda estável, entretanto, é uma conveniência analítica: a maior parte dos contratos é implementada em condição de incerteza que requer adaptabilidade. Uma vez que o contrato incompleto não é desenhado, ou está inadequadamente aparelhado para lidar com algumas das adaptações requeridas, e, em presença de dependência bilateral (isto é, para as quais a continuidade do contrato tem valor), conflitos contratuais entre as partes são previsíveis. Portanto, ainda que ganhos contratuais possam ser obtidos se as partes retornarem, sem custos, para a curva de contrato, cada parte pode posicionar-se com alegações oportunísticas sobre a divisão dos ganhos. Resultam custos associados a atrasos e adaptação imperfeita.

Sendo  $h$  uma medida do risco de perdas contratuais, as transações que adotam a tecnologia de uso genérico são aquelas para as quais  $h=0$ . Adaptação autônoma em um mercado competitivo basta, posto que as partes do contrato não são identificáveis. Se, por outro lado, as transações utilizam a tecnologia com uso específico, emerge a condição na qual  $h>0$ . Os ativos em uso são especializados, de onde o valor poderia ser sacrificado se a transação vier a ser prematuramente interrompida. As partes envolvidas nessa forma de dependência bilateral têm incentivos para fazer investimentos em salvaguardas que garantam a continuidade do contrato. A coordenação associada a adaptação cooperativa ganha importância.

Vamos nos referir à magnitude de qualquer dessas salvaguardas. Na condição onde  $s=0$ , nenhuma salvaguarda é oferecida; ao passo que se  $s>0$  reflete a provisão de salvaguardas, que podem ser de dois tipos. A primeira seria

associada à formatação de contratos entre firmas com cláusulas de suporte: penalidades para evitar a quebra contratual são introduzidas, informações adicionais são reveladas pelas partes, e estruturas arbitrais especializadas são desenhadas. Essa é a opção pelos acordos de credibilidade entre as firmas. A segunda seria a opção de remover a transação do mercado e organizá-la na forma hierárquica, ou seja, em condição de propriedade unificada, que permite o uso da decisão arbitrária para efetuar a coordenação.

O nó *A* corresponde à transação ideal na Análise Econômica do Direito tradicional (escola de Chicago) em condições de ausência de dependência ( $h=0$ ), os preços são definidos competitivamente no mercado (pelas condições de oferta e demanda); e no caso de quebra contratual, a justiça arbitra sobre os danos. O nó *B* se caracteriza por riscos contratuais associados, sendo que investimentos especializados ficam expostos ( $h>0$ ) para os quais não são feitos provimentos de salvaguardas ( $s=0$ ). Tais riscos serão reconhecidos por atores precavidos, que precificarão os riscos implícitos. Os nós *C* e *D* são aqueles para os quais existe a provisão de suporte contratual adicional ( $s>0$ ), seja na forma de salvaguardas (nó *C*) ou propriedade unificada (nó *D*).

No caso de persistirem as quebras contratuais mesmo com os melhores esforços bilaterais para desenhar salvaguardas no nó *C*, a transação pode ser removida do mercado e organizada internamente na forma de integração vertical. Dado, entretanto, que existem custos burocráticos associados à remoção da transação do mercado e com sua organização interna, ela é normalmente tida como a última opção a ser tentada: tente a solução de mercado, tente formas híbridas, e recorra à organização interna (firma) só quando as alternativas não funcionarem. O nó *D*, representando a firma, emerge apenas quando em presença de alto grau de ativos específicos e de incertezas, que impõem a necessidade de alto grau de adaptação cooperativa.

## Aplicações para políticas públicas

Exceto no nó *A*, que representa a transação idealizada pelo enfoque da tradicional Análise Econômica do Direito já citada, a análise neoclássica difere claramente da análise com base na Economia dos Custos de Transação. As diferenças são devidas ao conceito amplo da Economia das Organizações que sustenta a ECT (segundo o qual formas alternativas de organização são descritas como estruturas de governança, para as quais se aplicam os preceitos da Teoria das Organizações), cujas diferenças afetam as políticas públicas na área dos negócios. As interpretações neoclássicas e com base na ECT das práticas

contratuais e estruturas organizacionais incomuns serão contrastadas aqui. A distinção ampla é a seguinte: a economia ortodoxa é mais imperial e *impõe* a interpretação com base na Teoria dos Preços dos fenômenos em questão, enquanto a ECT é mais curiosa e *pergunta* “o que ocorre por trás desse fenômeno? A ação da ECT se realiza, por um lado, nos detalhes das transações e, por outro, nas estruturas de governança, que é mais próximo conceitualmente ao espírito da Teoria das Organizações.

## Integração Vertical E Restrições Verticais De Mercado

A explicação ortodoxa para a integração (para trás, para a frente ou lateral) da firma-como-função-de-produção baseia-se em considerações tecnológicas, proporções ineficientes do uso dos fatores resultantes da dupla análise à margem<sup>71</sup> e/ou das distorções originadas pela imposição de impostos sobre vendas ou quotas pelo governo.

A análise do setor siderúrgico feita por Joe Bain, replicada recentemente por Daniel Spulber, ilustra a lógica tecnológica.<sup>72</sup>

*“... os casos de economias de integração geralmente envolvem um elemento físico ou técnico do processo em uma planta industrial. O caso clássico é da integração na indústria siderúrgica que afeta os custos eliminando o reaquecimento do ferro antes de entrar no forno de produção do aço. Onde a integração não tem um racional físico ou tecnológico — como por exemplo na integração da produção de componentes classificados e sua montagem — o caso de economia em custos advindos da integração é menos evidente.”*

Como um tema tecnológico, entretanto, o setor de siderurgia ao qual Bain e Spulber se referem requer apenas que os dois estágios de produção estejam localizados *fisicamente próximos*. Não existe implicação de que ambos os estágios devam ter propriedade unificada. Se, portanto, economia de alguma natureza estiver associada à propriedade unificada dos dois estágios (isto é, a relação entre os estágios é melhor mediada por uma estrutura hierárquica do que pelo mercado), isso deve ser devido a razões de outra ordem, possivelmente transacional, em vez de tecnológica.

A ECT olha além das explicações aparentes (como identificação do preço relevante ou economia de energia) para identificar se a explicação sobrevive ao crivo da análise institucional comparativa. A ECT também pergunta se o

suprimento externo introduz riscos contratuais entre firmas cuja solução custo-efetiva possa ser alcançada pela remoção da transação do mercado (ainda que acompanhada por custos burocráticos). Especificamente, o progressivo incremento das complicações contratuais, tal como discutido no esquema contratual simplificado da [Figura 2.1](#), é o que explica as sucessivas mudanças do ideal de mercado para formas híbridas e para formas hierárquicas.

Então, o que dizer das restrições impostas para a integração vertical? Como devem ser entendidas? Para iniciantes, restrições verticais podem ser interpretadas como uma decisão de permanecer no nó *C* em vez de migrar para o nó *D*. A transação em questão é aquela caracterizada por riscos de acidentes ( $h > 0$ ) para os quais salvaguardas custo-efetivas são necessárias ( $s > 0$ ). Se a maioria dos riscos pode ser controlada no nó *C* sem incorrer em custos burocráticos adicionais (diminuição da intensidade dos incentivos e custos administrativos adicionais) da propriedade unificada, então os modos híbridos, exemplificados pelas franquias, serão empregados (contanto que as restrições contratuais não sejam consideradas ilegais).

Restrições verticais de mercado frequentemente são justificadas pelo capital representado pelas marcas,<sup>73</sup> segundo a qual a perda do valor da marca será decorrência da subperformance dos distribuidores independentes ou quase independentes (frequentemente franqueados), resultando em risco para a integridade do sistema.<sup>74</sup> A depender das particularidades da transação, restrições territoriais e de exclusividade de mercado (clientes) ou outras restrições da franquia podem ser impostas. Desconsiderando propósitos estratégicos, para os quais a preexistência de poder de monopólio é um requisito, a escolha de instrumentos para impor restrições verticais será discernida pelo exame de onde e quando os riscos contratuais se originaram.

As explicações oferecidas pela Teoria Neoclássica da Firma para as formas contratuais não padronizadas incluem vantagens falsamente associadas à discriminação de preços, benefícios da alocação eficiente de riscos em circunstâncias de aversão diferencial ao risco e a atenuação dos riscos de carona pelo uso de restrições verticais dos mercados. Os benefícios alocativos associados à discriminação de preços em um mundo de custos de transação iguais a zero (que possam ser apresentados em termos de Teoria dos Preços) apresentam, entretanto, muito mais problemas se os custos de identificar as preferências do consumidor e de prevenir arbitragem forem positivos. Explicar práticas contratuais entre firmas com base na aversão ao risco é frequentemente de segunda ordem de importância quando comparado a preocupações mais fundamentais com riscos contratuais. Por fim, razões associadas à existência do carona também costumam ser alardeadas. *A ação, sempre e amplamente, reside*

nos detalhes.<sup>75</sup>

## A Nova Economia

Existe realmente uma nova Economia? Sim e não. Por um lado, não há nada de novo sob o sol: respostas em tempo real, inovações, terceirizações e comportamento predatório não são novidades. Cada uma dessas formas vem ganhando magnitude, em decorrência da utilização de novas tecnologias de informação, pelo crescente reconhecimento dos contratos relacionais, e pela corrida pela comercialização e controle na era da informação e em decorrência de desenvolvimentos biotecnológicos. Uma mudança específica parece descrever a competição em muitos setores de alta tecnologia.

A microeconomia ortodoxa lida com alguns desses elementos, mas frequentemente de modo limitado. A ECT tangencia de modo limitado e produtivo os seguintes aspectos: (1) a consideração a respeito de adaptação cooperativa é coerente com os avanços de cooperação em tempo real; (2) a inovação é examinada dentro de um contexto sistêmico — no qual escala, incentivos e transformações intertemporais são considerados;<sup>76</sup> (3) modela compromissos de credibilidade que dão suporte às subcontratações e às suas vantagens sobre a organização interna; e (4) critérios para atitudes predatórias que liberam o comportamento dirigido aos competidores menos eficientes<sup>77</sup> são muito estáticos, no sentido de que falham ao considerar ações predatórias condicionais — “cuja identificação depende se um concorrente tenha surgido ou desaparecido”,<sup>78</sup> o que introduz considerações intertemporais.

Para ser correto, a nova Economia apresenta desafios estratégicos e de geração de conhecimentos que ultrapassam a ECT.<sup>79</sup> Também conceitos tais como “desequilíbrio contratual”<sup>80</sup> são desafiadores. É importante notar que a ECT oferece mais respostas para as necessidades prementes de políticas públicas na nova Economia do que a Teoria dos Preços, mas são raramente consideradas.

## Regulação/Desregulação

### ■ *Ofertas de franquia*<sup>81</sup>

A afirmativa agressiva de Posner sobre a eficácia das concorrências públicas para exploração de monopólios naturais começa com a afirmação de que para “detalhar as particularidades de regulação e propostas apenas serviria para obscurecer os seus elementos fundamentais”.<sup>82</sup> Na tradição imperial, toda a ação relevante está concentrada no desenho antecipado da concorrência para a obtenção do contrato. Isso se coaduna com a visão imediatista de Posner acerca

da Teoria das Organizações, à qual me referi no início, e ilustra a dificuldade para realizar a análise de políticas públicas ignorando os processos de transformação.

Para o desenho de concorrências, a inclusão de aspectos pós-contratuais é relevante, e os atributos do bem ou do serviço a ser licitado passam a ser cruciais para uma avaliação abalizada. Especificamente, se o bem ou serviço for ofertado em condição de incerteza e se investimentos não triviais em ativos específicos estiverem envolvidos, a eficácia de uma concorrência pública é altamente problemática. Resulta que a concorrência pública para monopólios naturais não representa uma solução geral, mas apenas sob determinadas condições.<sup>83</sup>

## ■ **Reestruturação da indústria de eletricidade na Califórnia**

Esforços para promover eficiência com a criação de mercados para energia elétrica têm sido implementados em inúmeros países com variados graus de sucesso. A Califórnia é um exemplo recente onde os esforços reestruturantes foram trabalhados de modo incompleto. Novamente, a visão imperial (que é a regra a ser obedecida?) ofusca a visão do processo (quais as particularidades do caso em foco?).

Isso se evidencia em dois elementos. Primeiro, esperava-se ingenuamente que “boas teorias” fossem implementadas sem o conhecimento da realidade do processo político e regulatório. Ao falhar no reconhecimento da realidade, aspectos políticos e regulatórios foram convenientemente considerados a causa das reações perversas e não antecipadas, mas que eram em boa parte previsíveis e deveriam ter sido consideradas (vide nota 78).

Deixando de lado os lapsos políticos, Paul Joskow observa que fez se muita deferência para a (assumida) eficácia do funcionamento dos mercados e pouca atenção para os riscos dos investimentos, contratuais e para as respostas apropriadas por parte do governo. Tal como Joskow argumenta:<sup>84</sup>

*“Muitos políticos ficaram surpresos com as dificuldades com a criação de um mercado de atacado para eletricidade... Se os políticos tivessem avaliado o desafio da reestruturação com base na ECT, os problemas potenciais provavelmente teriam sido identificados e mecanismos corretivos, implementados.”*

## ■ **O ambiente institucional**



A Nova Economia Institucional opera em dois níveis relacionados: o ambiente institucional (ou as regras do jogo) e as instituições de governança (ou os jogadores). O estudo de privatização das telecomunicações de Brian Levy e Pablo Spiller<sup>85,86</sup> examina o ambiente institucional (regras do jogo) em cinco países através das lentes da análise contratual comparada, segundo a qual os riscos contratuais e a contratação com mecanismos de credibilidade, ou sua ausência, são considerados. Tal enfoque, construído da base para cima, revela que a decisão e a natureza da privatização variam com a condição e a qualidade da independência do Judiciário, a divisão de poder entre o poder Executivo e o Legislativo, a competência da burocracia reguladora e com as salvaguardas contratuais. A decisão de privatizar e o modo de fazê-lo, no caso das telecomunicações, deveriam ser condicionados por tais fatores.

Condições similares emergiram nos processos de privatização das economias socialistas. O modelo “Big Bang” desconsidera as diferenças entre indústrias, ainda que aqueles mais preocupados com a criação de instituições e mecanismos de governança tenham orientado para a adoção de programas graduais segundo os quais os “casos mais fáceis” deveriam ter sido priorizados. As pressões impostas pelos monopólios naturais no processo de privatização e de desregulamentação,<sup>87,88</sup> os tornam candidatos à privatização tardia (se é que devem ser parte do processo), com o apoio do aparato regulatório já instalado.

## **Governança Corporativa/Dívida E Ações<sup>89</sup>**

A Teoria dos Preços tem sido omissa sobre o tema da governança corporativa. A teoria assume simplesmente que as firmas maximizam o lucro. A ideia de que os gestores possam ter propósitos contrários à maximização do lucro se opunha à construção ortodoxa (ainda que tenha sido considerado em termos quase-ortodoxos pela reformulação da função objetivo da firma).<sup>90,91</sup>

A ECT interpreta o Conselho de Diretoria principalmente como uma estrutura de segurança facilitadora da atração de capital dos acionistas. Em especial, o endividamento ou a emissão de ações não são vistos meramente como alternativas para a estrutura de capital para financiamento, que é o enfoque tradicional da Análise Econômica do Direito,<sup>92,93</sup> mas sim como modos alternativos de governança. Assim, suponha que uma firma busque uma alternativa eficiente para financiar o seguinte conjunto de projetos: investimento em equipamento móvel de uso geral; um prédio de escritórios não especializado localizado em um centro populacional; uma planta industrial não especializada localizada em um centro manufatureiro; instalações para distribuição localizada em área remota; equipamento para finalidade específica; despesas com o

desenvolvimento de produtos e marketing; e outros.

Suponha ainda que o endividamento seja associado a uma estrutura de governança que funcione totalmente sem regras. Assuma ainda que a opção de financiamento por via de empréstimo requeira ao tomador observar as seguintes condições: (1) o pagamento de juros deverá ser feito em intervalos regulares; (2) o negócio deverá manter condições de liquidez predefinidas; (3) um fundo de segurança será constituído, e o pagamento do principal será feito no prazo acordado; e (4) em caso de inadimplência, os credores exercerão prioridade sobre os ativos. Se tudo correr bem, o principal e os juros serão pagos no prazo definido. Todavia, a dívida é imperdoável se tudo não correr bem. Falhas nos pagamentos podem resultar em liquidação, e os credores exercerão os seus direitos de acordo com o grau com que os ativos em questão sejam disponibilizados.

Dado que o valor de uma garantia cai com o grau de especificidade do ativo, as condições do financiamento via empréstimo serão ajustadas de acordo. Em face da possibilidade de que investimentos especializados sejam financiados em condições adversas, a firma deverá reagir sacrificando o grau de especialização do investimento em favor de maior flexibilidade na sua reutilização. Decorre que um menor custo de capital terá a contrapartida de uma elevação nos custos de produção. Seria possível desenvolver um mecanismo de governança que permitisse manter ou aumentar a confiança dos investidores? A depender do grau com que se consiga, os investimentos geradores de maior valor poderiam ser preservados.

Suponha, por hipótese, que o instrumento financeiro denominado “equidade” seja inventado e assuma que a equidade tenha as seguintes propriedades: (1) confere direito residual para a firma tanto nos ganhos quanto com respeito aos direitos dos liquidantes; (2) o instrumento tem validade enquanto durar a firma; (3) uma Diretoria é criada e recebe equidades tendo as prerrogativas de (a) ser eleita via voto *pro-rata* dos acionistas, (b) tem o poder de substituir os gestores, (c) define os salários e benefícios dos gestores, (d) tem acesso periódico aos dados de balanço, (e) autoriza auditorias para propósitos específicos, (f) é consultada acerca de investimentos importantes e propostas operacionais antes da sua implementação, e (g) em outros temas tem direito de revisar e monitorar os gestores.<sup>94</sup>

O conselho torna-se uma maneira pela qual se reduz o custo do capital para projetos que envolvem limitada flexibilidade de reutilização dos investimentos. Não apenas os controles adicionais aos quais a equidade tem acesso apresentam melhores propriedades de confiança, como equidade é mais perdoável do que o empréstimo. Esforços são implementados para manter o andamento e preservar o



valor, quando ocorrem problemas adaptativos.<sup>95</sup> Portanto, ainda que a estrutura de governança associada com o empréstimo seja assemelhada à forma de mercado, a estrutura de governança associada com equidade é muito mais adequada e compatível com “administração”. Desta forma, resulta a correspondência à qual me referi entre suprimento externo/dívida e integração vertical/equidade. Com efeito, dívida corresponde à forma de mercado de financiamento, enquanto equidade (a forma administrativa) surge à medida que riscos contratuais apareçam. Equidade é um instrumento financeiro de última recorrência.

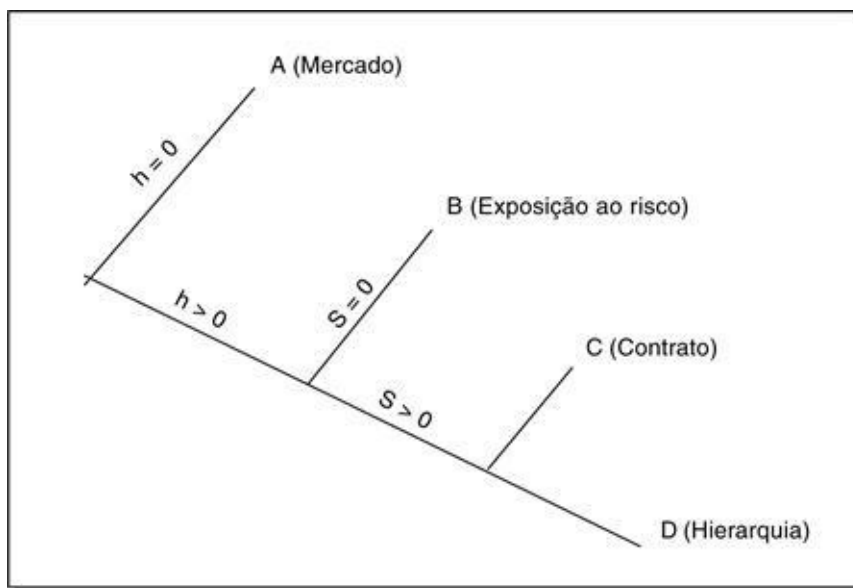
## Outros

A ECT afirma que qualquer tema que possa ser apresentado na forma contratual pode ser examinado com vantagens em termos de economia de custos transacionais. De tal modo, o alcance do racional da ECT é amplo. Desenhei brevemente duas aplicações adicionais (sem me preocupar com explicações baseadas na Teoria dos Preços).

### ■ *Organizações públicas (bureaus)*

De acordo com Douglass North, “Mercados políticos tendem à ineficiência”<sup>96</sup> e “temas de elevados custos de transação gravitam para a política”. Isso é pior do que um paradoxo, é perverso. Já é ruim que mercados políticos sejam ineficientes, mas não seria certamente uma lição apropriada se temas associados a altos custos de transação se afastassem da política em vez de serem atraídos por ela?

Sim e não. Temas associados a elevados custos de transação, acima de tudo, são inerentemente difíceis de organizar. Tal como apresentado na [Figura 2.1](#), tais transações são menos adequadas à governança definida pelo nó *A* (mercado) *em comparação* com o nó *D* (firma). Se ainda persistirem riscos contratuais, será que algumas dessas transações poderiam ser conduzidas por departamentos públicos? Eu trabalho exatamente esse argumento em outro artigo.<sup>97</sup> Especificamente, entre as muitas inabilidades das estruturas públicas, destacam-se incentivos de baixa intensidade acentuados, procedimentos administrativos muito caros, relações de emprego muito protegidas. Existem transações (assuntos internacionais são um exemplo) para os quais as agências públicas são, *comparativamente*, mais adequadas. Existe lugar para cada forma genérica de organização, ainda que cada qual mantida em seu devido lugar.



**FIGURA 2.1** Esquema Contratual Simplificado. Fonte: o autor.

## ■ **A organização trabalhista**

A organização trabalhista tem muitos propósitos, entre os quais se incluem o poder monopsonista e político. Mas o que dizer a respeito da sua eficiência? Mais uma vez, as ações estão nos detalhes. As transações que envolvem trabalho e que se associam a grandes riscos contratuais ( $h > 0$ ) se beneficiarão dos esforços de governança para mitigá-los ( $s > 0$ ), enquanto será menos eficiente em termos de custos ofertar as mesmas salvaguardas para trabalho não especializado (que se situaria no nó A) — o que é o tema recorrente. Tal como desenvolvido alhures,<sup>98,99</sup> a forma pela qual o trabalho se organiza obedece ao racional da eficiência.

## **Contratos e economia das organizações**

Se o enfoque contratual da Economia das Organizações tem o alcance que atribuo, então o uso sistemático da ECT no ensino e na pesquisa em Direito e Economia dos contratos é consideravelmente promissor. Isso levará a ultrapassar o “tipo de lei contratual que tem florescido nas faculdades de Direito nos Estados Unidos: a lei incorporada nas decisões judiciais e estudada a partir da análise destas decisões”.<sup>100</sup> Aquilo que Edward Rubin recomenda é que as faculdades de Direito (e os estudiosos dos contratos de um modo geral) precisam de uma “teoria dos contratos... que incorpore o *processo contratual em si*, ao

invés do processo contratual judicial”, “consequentemente um domínio não judicial do comportamento contratual” ganhará ênfase.

A princípio, a Análise Econômica do Direito poderia ser utilizada com tal propósito. Entretanto, tal projeto tomou uma direção errada a partir do argumento de Posner e outros de que “o objetivo de eficiência econômica da análise contratual legal (*contract law*) fora atingido através do processo da lei consuetudinária”. Rubin, contudo, acreditava que enquanto o *curriculum* das faculdades de Direito continua a resistir à Teoria Transacional dos Contratos,... o método da disciplina tem começado gradualmente a mudar o seu foco como resultado da análise econômica e sociológica das transações.”

Então, qual o benefício trazido pela adoção de um enfoque concebido de modo a combinar Direito, Economia e Organizações para o estudo dos contratos? Tal como eu vejo, o maior alcance decorre do uso diligente da perspectiva que a Economia dos Custos de Transação transmite. A análise dos contratos incompletos no seu conjunto será facilitada pela superação do conceito acadêmico do contrato como regra jurídica pela perspectiva do ordenamento privado e pelo questionamento sobre os mecanismos através dos quais se logra economizar em custos transacionais. Curiosamente, Ronald Gilson utilizou muitos dos mesmos argumentos anteriormente na sua análise das transações em finanças corporativas.<sup>101</sup>

## A Perspectiva Economizadora

A perspectiva economizadora propõe que, sujeita ao critério da irremediabilidade,<sup>102</sup> a ineficiência causa o seu próprio declínio — segundo o qual a ineficiência é alcançada em relação às alternativas *factíveis* (em vez de considerar alternativas ideais hipotéticas), e precauções são feitas para considerar os custos de implementação. Uma vez que ganhos recíprocos serão sempre alcançados pela troca de um arranjo menos eficiente para uma alternativa mais eficiente, contanto que os custos de implementação não dissipem suas vantagens, os empresários e seus advogados evitarão resultados inferiores (como o nó B no esquema simplificado). Em oposição ao conselho míope de Machiavel de “pegá-los antes que eles nos peguem”, o preceito prudente (de longo alcance) do desenho contratual é de “desenhar acordos de confiança”,<sup>103</sup> oferecendo transparência e adicionando elementos de segurança que servem para infundir confiança e obter ganhos mútuos. A descrição dos advogados empresariais, feita por Gilson, como engenheiros de custos de transação (vide nota 1) é adequada ao conceito. De modo que o autor nos impele a considerar as transações não em uma perspectiva unilateral, mas, sim, “na perspectiva dos *dois* clientes”(ênfase

no original), portanto o objetivo passa a ser o dos ganhos mútuos. Ele adicionalmente adota o conceito de economia nos custos de transação ao ordenamento privado, fazendo referência aos acordos de credibilidade. Também considera desvios do pressuposto do modelo (ideal) de precificação dos ativos de capital — respectivamente, horizonte de tempo comum, expectativas idênticas, ausência de custos de transação e informação perfeita — como munição para a máquina da Economia dos Custos de Transação: “O irrealismo destes pressupostos (ideais) não é razão para desistir. Pelo contrário, é na própria falha destes pressupostos para explicar o mundo real que eu encontro o *potencial de criação de valor* pelos *advogados*.”As instituições de governança surgem precisamente para lidar com tais disparidades.<sup>104</sup>

## Ordenamento Privado

### ■ *Conceito*

Marc Galanter argumenta contra o enfoque usual do centralismo acadêmico/legal aplicado à análise dos contratos, segundo o qual as disputas aparentemente requerem o acesso a um foro externo ao ambiente social original de ocorrência [através do qual] correções seriam oferecidas segundo prescrição de alguma estrutura oficial, definidas por especialistas que atuariam sob os auspícios do Estado”.<sup>105</sup> Os fatos nos revelam outra história: a maior parte das disputas, incluindo muitas que poderiam ser levadas às cortes, é resolvida por medidas de precaução, autossuporte e formas similares. Isso ocorre, pois “em muitas circunstâncias os envolvidos estão mais capacitados a identificar soluções satisfatórias para as suas disputas do que os profissionais restritos à aplicação de regras gerais baseados no conhecimento limitado da disputa”. Gilson concorda ao afirmar: “Quando advogados empresariais atuam bem como engenheiros de custos de transação, ‘as cortes e a lei formal, em geral, diminuem drasticamente de importância’.”

### ■ *Leis contratuais*

A discordância do enfoque de regras contratuais legais, apresentada anteriormente por Karl Llewellyn, introduz o conceito de contrato como estrutura :<sup>106</sup>

*“... a maior importância dos contratos legais é oferecer uma estrutura para quase todo o tipo de organização e para quase todas as formas de relações temporárias ou permanentes entre indivíduos e grupos...”*

— *uma estrutura altamente ajustável, uma estrutura que quase nunca sinaliza com precisão o funcionamento das relações reais, mas que permite grosso modo sinalizar as variações da relação, oferece guia para dúvidas ocasionais e uma regra para recorrer quando a relação cessa de funcionar.*”

Conceitos similares têm sido sugeridos por outros autores, incluindo Clyde Summers, que distingue entre “a lei estilizada”(que se assemelha à economia da caixa-preta) e um enfoque mais circunstancial do contrato. O primeiro emprega a ilusão contrafactual “de que as regras contratuais podem ser definidas sem referência às condições de contorno e são, portanto, passíveis de aplicação genérica a todas as relações contratuais”.<sup>107</sup>

O argumento da ECT de que cada modo genérico de governança tem suporte em uma forma particular de lei contratual adota a perspectiva circunstancial. A transação ideal (nó A) tanto em Direito quanto em Economia é a do mercado *spot*, na qual a identidade dos atores não é relevante e as regras legais são aplicáveis.<sup>108</sup> Tal enfoque de regras legais é sobrepujado pelo conceito de Llewellyn do contrato como estrutura, con-forme a importância da continuidade aumenta, e contratos incompletos de longo prazo são adotados (nó C). Isso, por sua vez, passa por mudanças quando as transações são retiradas do mercado e organizadas internamente (nó D), onde a lei contratual implícita é a da precaução. Tal como indicado anteriormente, a justiça atua, em geral, em disputas contratuais em matéria de preços, prejuízos associados a atrasos, problemas de qualidade e similares e, por outro lado, não atuará em disputas entre divisões internas nas organizações mesmo que relacionadas com problemas de mesma natureza. Sem acesso à Justiça para solucionar disputas, as partes resolvem-nas internamente.<sup>109</sup> Assim, a hierarquia funciona como última instância decisória. As firmas e os mercados distinguem-se pela possibilidade do uso da autoridade, o que é parcialmente explicado pelas diferenças nas leis contratuais (vide nota 1).

## Mecanismos

### ■ *Transações de aquisição de corporações*

A ECT concorda com a proposta de que “explicações em Ciências Sociais deveriam ser organizadas com base em *mecanismos* (parciais) em vez de *teorias* gerais”(ênfase original).<sup>110</sup> Isso fica evidente pela forma pela qual a ECT examina a decisão canônica de fazer-ou-comprar e a contratação de modo geral. Também é evidente na análise de Gilson sobre os esforços dos advogados

empresariais de aperfeiçoar o acordo de aquisição em face dos “desvios” dos pressupostos ideais do modelo de precificação de ativos.<sup>111</sup>

Técnicas de preços contingenciados respondem à falha do pressuposto de expectativas homogêneas; controles das operações no período de negociação, durante o qual se medem os determinantes dos preços contingenciados, são respostas ao pressuposto de horizonte de tempo comum; e as blindagens de representações e garantias, somadas a provisões para seguro de perdas e outras técnicas de verificação, respondem à falha do pressuposto de informação perfeita.

**Doutrina das leis contratuais** O exame microanalítico dos mecanismos conjugados às doutrinas das leis contratuais também é esclarecedor. Ian Macneil descreve o objetivo do sistema legal “não totalmente comprometido com a manutenção radical das promessas contratuais” do seguinte modo: As soluções contratuais estão geralmente entre as mais fracas que o sistema legal pode oferecer. No entanto, um conjunto de doutrinas e técnicas se situam para gerar soluções: impossibilidade, frustração, erro, interpretação viesada, independência do júri, consideração, ilegalidade, coerção, influência indevida, desconsideração, falta de escrúpulo, capacidade, regras de penalização, doutrinas de *performance* substancial, severidade, leis de falência, fraude, apenas para indicar algumas; basicamente qualquer doutrina contratual pode servir e serve de fato para tornar incompleto o sistema legal de manutenção de acordos.

A recusa das cortes de impor cláusulas de ressarcimento de danos definidos contratualmente é de difícil compreensão. Desde que as partes em um contrato presumivelmente conhecem melhor os termos contratuais que servem a seus interesses, por que as cortes se recusam a assegurar os danos em caso de quebra contratual?

Uma possibilidade é que o contrato seja um instrumento tendencioso. Assim, embora uma cláusula possa frequentemente ser um meio eficiente para resolver um problema de quebra contratual, ela pode servir a propósitos estratégicos, entre os quais a quebra induzida.

O tema do cancelamento preconcebido foi abordado por Kenneth Clarkson, Roger Miller e Timoty Muris na sua discussão sobre a recusa da garantia por parte das cortes de ressarcimentos de danos definidos contratualmente no caso de quebra contratual deliberada.<sup>112</sup> A quebra induzida pode ocorrer quando uma parte mantém deliberadamente informação privilegiada, ainda que mantenha a aderência aos termos do contrato. Ou ainda pode envolver o cumprimento apenas rotineiro das obrigações contratuais quando cooperação mais intensa é

necessária. Em ambos os casos, a quebra induzida é difícil de identificar e/ou provar. Considerações referentes a custos de transação são amplamente aplicáveis.

## Reflexos Na Educação Legal

Gilson sugere que a minha observação a respeito do centralismo legal dos contratos libera “advogados e economistas... da necessidade de examinar a variedade das maneiras pela qual as partes ‘contratam fora ou aparte’ das estruturas de governança públicas, substituindo-as pelo ordenamento privado”<sup>113</sup> e é muito abrangente. Deveria restringir-se a advogados e economistas acadêmicos (vide nota 1), pelo fato de que “advogados empresariais fazem excelente trabalho em algo que as faculdades de direito não fizeram e, na sua maioria, ainda não ensinam: ajudar as pessoas a arranjar as suas relações sem intervenção governamental; facilitar o *ordenamento privado*”(vide nota 1; ênfase no original). Então, como explicar que as escolas de direito atuem tão pobremente no treinamento de advogados na área comercial?”. A resposta de Gilson é que “Não existe uma teoria que lide com o ordenamento privado que anteceda o aparecimento de duas áreas da economia — finanças e Economia dos Custos de Transação”.

Anos mais tarde, vemos que houve poucas mudanças no ensino das leis contratuais. O que explica essa persistente negligência?

Uma explicação é que a linha central da Análise Econômica do Direito permaneceu em confortável ascensão. A relação entre Direito e Economia, portanto, continua sendo inspirada pelos livros-texto da ortodoxia econômica. A predileção por trabalhar a Teoria da Firma tradicional (firma como função de produção) é portanto reafirmada, e o tema das organizações continua isolado. Reserva feita ao tema da eficiência da lei consuetudinária, o ensino do contrato legal permanece predominantemente focalizado no processo e nas regras legais.

Uma segunda explicação é que o mundo do ordenamento privado é de complexidade extrema. Bons advogados, sendo rápidos estudiosos, melhor aprendem sobre ordenamento privado lidando com o mundo real do que nas salas de aula.

O primeiro desses argumentos é uma desculpa insatisfatória, enquanto o segundo desconsidera a possibilidade de que a Economia das Organizações envolve variações em alguns elementos-chave. Nesse caso, podemos focalizar atenção em casos canônicos — entre os quais o primeiro é a contratação entre firmas e o segundo, a integração vertical. A intensa confusão relacionada ao ordenamento privado é assim reduzida a proporções controláveis. Uma vez que a



sala de aula é o local adequado para trabalhar a intuição, os méritos e os mecanismos de credibilidade contratual (nó *C*), bem como para examinar comparativamente as vantagens e as desvantagens da firma como estrutura de governança (nó *D*), deixar o estudo do ordenamento privado para ser realizado apenas na atividade profissional é, por assim dizer, anacrônico.

Mesmo, acima de tudo, se o *curriculum* básico das escolas de direito não se mobiliza em face dos argumentos, é digno de nota que um número de escolas de direito de ponta começaram a oferecer cursos eletivos sobre arranjos complexos, muitos desenhados a partir da disciplina oferecida por Gilson e Victor Goldberg na Escola de Direito da Universidade de Columbia denominada “Estrutura Econômica das Transações e Contratações”. Se a demanda existente por parte dos engenheiros dos custos de transação não puderem ser atendidas pelas escolas de Direito, as escolas de Administração vão acabar comendo o lanche.<sup>114</sup>

## Conclusões

Existe crescente concordância em que “os objetivos das firmas, a razão da sua existência e a sua estrutura de tomada de decisões requerem modelos analíticos muito diferentes daqueles que dominaram este século”.<sup>115</sup> Não apenas a Economia dos Custos de Transação considera que o modo de pensar sobre contratos e organizações seja o da ótica do planejamento e propósito minimizadores de custos,<sup>116</sup> como a governança e a própria existência das firmas são temas fundamentais da ECT.

Tal como desenvolvido, a Teoria das Organizações tem relevantes decorrências para a Teoria da Firma com base em custos de transação. Contribuições proeminentes da Teoria das Organizações incluem a descrição dos atores humanos em termos mais realistas e a descrição de modos alternativos de governança como sintomas resultantes da presença de atributos complementares. A Teoria da Firma resultante difere bastante da Teoria Neoclássica,<sup>117</sup> uma vez que “qualquer teoria padrão, não apenas a neoclássica, se inicia com a existência das fir-mas,<sup>118</sup> que é um tema fundamental.

Por certo, as lições imediatas (tal como propostas pelos teóricos das organizações) e as lições fundamentais (tais como vistas pela perspectiva da ECT) frequentemente diferem — e isso traz consequências. Todavia, o ponto mais básico é o seguinte: alguém precisava incrementar, fazer vigorosas críticas e identificar o fenômeno relevante. Teóricos das organizações estavam preparados para fazê-lo, enquanto outros adotaram atitude complacente ou recuaram.

A Teoria da Firma como estrutura de governança esquematizada aqui não é



uma estrutura acabada, mas em construção.<sup>119</sup> Embora em estágio de evolução, permitiu o aprofundamento do nosso entendimento de muitos fenômenos contratuais e organizacionais complexos e permite verificar as aplicações da ortodoxia. Dentro desse espírito, recomendo que o enfoque dominante da Análise Econômica do Direito possa beneficiar-se com a incorporação das lições e de alguns métodos da Análise Econômica do Direito e das organizações — naquilo que tem a oferecer para a formulação de políticas públicas e para o currículo das faculdades de Direito.<sup>120</sup>

## Notas E Referências Bibliográficas

1. GILSON R. Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. *Yale Law Journal*. 1984;94:239–313 (dezembro).
2. Posner R. The New Institutional Economics Meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 1993;149:73–87 (março).
3. O famoso texto de Posner tem o título de *Análise Econômica do Direito*, no qual o autor assume a postura (unilateral) de que a Análise Econômica do Direito tem o significado de Direito e Economia (em inglês, *Law and Economics* n.t.). (POSNER, R. *Economic Analysis of Law* 3ª edição, Little, Brown), 1986.
4. Rabin M. Psychology and Economics. *Journal of Economic Literature*. 1998;36:11–46 (março).
5. Coase R. The Institutional Structure of Production. *American Economic Review*. 1992;82:713–719 (setembro).
6. Demsetz H. The Structure of Ownership and the Theory of the Firm/Comment. *Journal of Law & Economics*. 1983;26:375–393 (junho).
7. Coase R. Industrial Organization: A Proposal for Research. In: Fuchs VR, ed. *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*. National Bureau of Economic Research 1972;59–73.
8. Hurst W. *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin* University of Wisconsin Press 1964; 1836–1915.
9. Vide nota 2.
10. COASE, R. “The Nature of the Firm”. *Economica* N.S., 4: 386–405. Reimpresso em WILLIAMSON O. E. e WINTER S., eds., *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, Development*. Oxford

University Press, p. 18–33, 1937, 1991.

11. Alchian A, Demsetz H. Production, Information Costs, and Economic Organization. *American Economic Review*. 1972;62:777–795 (dezembro).

12. Merton R. The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action. *American Sociological Review*. 1936;1:894–904.

13. Barnard C. *The Functions of the Executive* Harvard University Press 1938.

14. Simon H. *Administrative Behavior* Macmillan 1947.

15. March JG, Simon HA. *Organizations* John Wiley & Sons 1958.

16. Para uma discussão sobre a contribuição do programa de Carnegie, veja o número de novembro de 1996 do *Journal of Economic Behavior and Organization* (Vol. 31, No 2), que contém uma série de artigos sob o título de “Modelling Socio-Economic Behavior: Essays in Honor of Richard M. Cyert.”.

17. Cyert RM, March JG. *A Behavioral Theory of the Firm* Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1963.

18. Arrow KJ. *The Limits of Organization* Norton 1974.

19. Feiwel G, ed. *Arrow and the Ascent of Modern Economic Theory*. New York University Press 1987.

20. Schultz G. Economics in Action: Ideas, Institutions, Policies”. *American Economic Review*. 1995;85:1–8 Papers & Proceedings, maio).

21. O empresário Rudolf Spreckels apresenta o argumento em outro formato: “Sempre que vejo algo malfeito ou não realizado, eu vejo uma oportunidade para ganhar dinheiro.” Tais empresários identificam as oportunidades e tomam iniciativa. Ainda que eu espere que alguns dos conceitos e o aparato de modelagem de governança possam ser úteis, modelar as ações empresariais tem se mostrado muito difícil.

22. Williamson OE. Transaction Cost Economics and Organization Theory. *Institutional and Corporate Change*. 1993;2(2):107–156.

23. WILLIAMSON, O.E. “Empirical Microeconomics: Another Perspective”. Unpublished manuscript, 2000.

24. Nota do tradutor: tradução livre para o termo *embeddedness*.

25. A Teoria das Organizações é um campo amplo e variado. Lanço um olhar seletivo, com base principalmente nas lições do grupo de Carnegie: SIMON, H., 1957a; *Administrative Behavior*. Macmillan, 2nd ed.; SIMON, H., 1957b; *Models of Man*. John Wiley & Sons; James G. March e Herbert A. Simon. (vide nota 15); Richard M. Cyert

- e James G. March. (vide nota 17); SIMON, H. *An Empirically Based Microeconomics*. Cambridge University Press, 1997.
26. Simon H. Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science. *American Political Science Review*. 1985;79:293–304.
27. Simon H. Organizations and Markets. *Journal of Economic Perspectives*. 1991;5:25–44 (Spring).
28. SIMON, (vide nota 24), 1997.
29. SIMON, (vide nota 24), 1957a.
30. Vide nota 17.
31. Williamson OE. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* Free Press 1975.
32. Embora seja aceita amplamente a tese da difícil verificabilidade dos contratos, pode-se eliminar a ineficiência pós-contratual assumindo-se que a barganha a custo zero leve ao resultado eficiente em todas as condições. Em tal situação, toda a ação analítica seria concentrada no estágio de contratação *ex ante* (Hart, Oliver. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. New York: Oxford University Press, 1995). Como eu tenho observado, o pressuposto de barganha a custo zero é uma simplificação absurda. (Williamson, vide nota 22).
33. Nota do tradutor: o autor refere-se a “feasible foresight”.
34. Dawkins R. *The Selfish Gene* Oxford University Press 1976.
35. A teoria neoclássica trabalha o conceito de externalidade, que pode ser visto como consequência não antecipada. Entretanto, raramente aplicado tal como abordado pela Teoria das Organizações.
36. Vide nota 13.
37. Hayek F. The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*. 1945;35:519–530 (setembro).
38. Williamson OE. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly*. 1991;36:269–296 (junho).
39. Vide nota 15.
40. GIBBONS, R. “Why Organizations are Such a Mess (and What an Economist Might Do About It)”. Unpublished manuscript, 2000.
41. Michels R. *Political Parties* Free Press 1962.
42. Selznick P. The Iron Law of Bureaucracy. *Modern Review*. 1950;3:157–165.
43. Nota do tradutor: Williamson chama de incentivos de alto potencial aqueles oferecidos pelos mercados e de baixo potencial

aqueles oferecidos pela organização interna.

44. Williamson OE. *The Economic Institutions of Capitalism* Free Press 1985.

45. SIMON (vide nota 24), 1957b.

46. Vide nota 17.

47. Newell A, Simon H. *Human Problem Solving* Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc. 1972.

48. Nelson RR, Winter SG. *An Evolutionary Theory of Economic Change* Cambridge, Harvard University Press 1982.

49. Teece DJ, Pisano G. The Dynamic Capabilities of Firms: An Introduction. *Industrial and Corporate Change*. 1994;3:537–556.

50. Commons JR. The Problem of Correlating Law, Economics, and Ethics. *Wisconsin Law Review*. 1932;8:3–26.

51. Simon H. Rationality as Process and as Product of Thought. *American Economic Review*. 1978;68:1–16 (maio).

52. Simon H. A Formal Theory of the Employment Contract. *Econometrical*. 1951;19:293–305 (Vide nota 10).

53. Masten S, Saussier S. Econometrics of Contracts: An Assessment of Developments in the Empirical Literature on Contracting. *Revue D'Economie Industrielle*. 2000;92:215–236.

54. (Vide nota 37) MILGROM, P. R., QIAN Y. ROBERTS, J., “Complementarities, Momentum, and the Evolution of Modern Manufacturing”. *American Economic Review*, American Economic Association, vol 81(2), p. 84–88.

55. Vide nota 13.

56. Poldony J, Page K. Network Forms of Organization. In *Annual Review of Sociology*. 1998;24:57–76.

57. Saxenian A. *The Origins and Production Networks in Silicon Valley. Understanding Silicon Valley: The Anatomy of an Entrepreneurial Region* Stanford University Press 2000; organizado por Martin Kenney.

58. Granovetter M. Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. *American Journal of Sociology*. 1985;91:481–501 (novembro).

59. Chandler AD. *Strategy and Structure* Doubleday & Co. 1966.

60. Kreps DM. Corporate Culture and Economic Theory. In: James Alt, Kenneth Shepsle, eds. *Perspectives on Positive Political Economy*. Cambridge University Press 1990;90–143.

61. Vide nota 30.

62. Williamson OE. Calculativeness, Trust, and Economic Organization. *Journal of Law and Economics*. 1993;36:453–486.
63. Scott WR. *Organizations: Rational, Natural, and Open Systems* Upper Saddle River, Prentice Hall, Inc. 1998.
64. Vide nota 17.
65. Vide nota 43.
66. Vide nota 10.
67. O artigo de Coase de 1937 é uma incontestável contribuição. Seria irrealista, entretanto, esperar que o artigo que abriu uma vasta área de pesquisa pudesse fazer tudo o que é necessário. Tal como Coase depois relatou, a razão pela qual o artigo não foi utilizado até os anos 1970 foi pelo fato de que as ideias contidas esperavam por operacionalização (COASE, R., 1982, p. 719).
68. Georgescu-Roegen N. *The Entropy Law and Economic Process* Harvard University Press 1971.
69. Revisões da literatura de ECT podem ser vistas em Howard Shelanski e Peter Klein (SHELANSKI, H. e KLEIN, P. “Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment”. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 11 (outubro): 335–361, 1995.), Bruce Lyons (LYONS, B.R. Empirical Relevance of Efficient Contract Theory: Inter-Firm Contracts”. *Oxford Review of Economic Policy*, 12 (No 4): 27–52, 1996), Keith Crocker e Scott Masten (CROCKER, K. e S. MASTEN. “Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for Public Utility Regulation”. *Journal of Regulatory Economics*, 8: 5–39, 1996.), e A. RINDFLEISH e J. HEIDE (RINDFLEISH, A. e HEIDE, J. Transaction Cost Analysis: Past, Present, and Future Applications”. *Journal of Marketing*, 61 (outubro): 30–54), 1997, tal como uma revisão recente das contribuições de ECT e Agência por Masten e Saussier (vide nota 52) que chamam a atenção para o fato de que, enquanto a ECT avança no desenvolvimento de testes de hipóteses refutáveis, a literatura de Agência é falha por não gerar hipóteses refutáveis ou mesmo por lidar com as características do mundo real dos contratos. O trabalho de revisão de Boerner e Macher (BOERNER, C. S. e MACHER J. T. “Transaction Cost Economics: A Review and Assessment of the Empirical Literature”. Unpublished manuscript, 2000) estima que o número de estudos empíricos com base em ECT cresceu de 200 em 1994 para mais de 600 no ano 2000. Refinamentos econométricos vêm sendo introduzidos, segundo Masten

e Saussier (*op. cit.*). Certamente ECT se beneficiará com o aumento do número e da qualidade dos trabalhos empíricos. Não tenho dúvidas em afirmar que a ECT é um caso de sucesso. Avaliado comparativamente, “o estado da arte dos trabalhos empíricos em ECT é melhor do que aquele geralmente apresentado pela área da Organização Industrial” (JOSKOW, P., *The Role of Transaction Cost Economics in Antitrust and Public Utility Regulatory Policies*. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7 (Special Issue): 53–83, p. 81, 1991).

70. Modelos de formas reduzidas compatíveis com o esquema contratual simplificado podem ser vistos em Williamson, 1985 (vide nota 43) e Riordan e Williamson (RIORDAN, M. e WILLIAMSON O. “Asset Specificity and Economic Organization”. *International Journal of Industrial Organization*, 3: 365–378), 1985.

71. MCKENZIE L. Ideal Output and the Interdependence of Firms. *Economic Journal*. 1951;61:785–803 (dezembro).

72. BAIN J. *Industrial Organization* 2 John Wiley and Sons 1968.

73. Klein B. Transaction Cost Determinants of ‘Unfair Contractual Arrangements. *American Economic Review*. 1980;70:356–362 (maio).

74. Veja a referência a Coase (1972) na nota 7. O argumento preferido para explicar as práticas não padronizadas, nos anos 1970, foi o da aversão diferenciada ao risco, mais do que o do monopólio.

75. Embora Posner considere que o enfoque mais adequado para tratar o problema do antitruste seja o da Teoria dos Preços, (POSNER R. A. “The Chicago School of Antitrust Analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, 127 (abril): 925–948, 1979). Alan Meese observa que “ainda que existam referências à escola da Teoria dos Preços de Chicago, o enfoque adotado por essa escola para lidar com restrições verticais nunca foi baseado na Teoria dos Preços. Pelo contrário, o enfoque da escola de Chicago tem como fundamento elementos de ECT e da Nova Economia Institucional” (MEESE, A. J. “Price Theory and Vertical Restraints: A Misunderstood Relation”. *UCLA Law Review*, 45 (outubro): 143–204, p. 203, 1997). Veja ainda Joskow (vide nota 66, p. 567–57).

76. Vide nota 30.

77. Posner RA. *Antitrust Law* University of Chicago Press 1976.

78. WILLIAMSON OE. Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis. *Yale Law Journal*. 1977;87:284–340 (dezembro).

79. Shapiro C, Varian HR. *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* Harvard Business School Press 1999.

80. Vide nota 37.

81. Williamson OE. *The Mechanisms of Governance* Oxford University Press 1996; Esta seção é apresentada em Williamson.

82. Posner RA. The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry. *The Bell Journal of Economics and Management Science*. 1972;3(1):98–129 (Spring).

83. Exemplos nos quais concorrências para alocação de direitos de exploração são oferecidos sob condições de custos decrescentes podem possivelmente superar os argumentos regulatórios existentes ou a decisão de exploração governamental. Tais exemplos incluem serviços de empresas aéreas e possivelmente de correios. No modelo, os ativos (terminais, postos de correio, armazéns etc.) podem ser de propriedade do governo, enquanto outros ativos (aviões, caminhões, entre outros) terão um mercado privado. Não é um fato, entretanto, que concorrências públicas não tenham mérito. Pelo contrário, trata-se de proposta muito inovativa. A ECT sugere, contudo, que todos os esquemas contratuais — entre os quais a concorrência para exploração de monopólios naturais — devem ser examinados com foco microanalítico e sob a ótica institucional comparativa.

84. JOSKOW, P. L. “Transaction Cost Economics and Competition Policy”. Unpublished manuscript, 2000.

85. Levy B, Spiller P. The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*. 1994;10:201–246 (outubro).

86. LEVY B, Spiller P. *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications* Cambridge University Press 1996.

87. Arrow KJ. Economic Transition: Speed and Scope. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 2000;156:9–18 (março).

88. Vide nota 22.

89. Esta seção é baseada em Williamson (vide nota 78, p.184–185).

90. Baumol WJ. *Business Behavior, Value and Growth* Macmillan 1959.

91. Williamson OE. *The Economics of Discretionary Behavior: Managerial Objectives in a Theory of the Firm* Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1964.

92. Easterbrook F, Fischel D. Close Corporations and Agency Costs. *Stanford Law Review*. 1986;38:271–301 (janeiro).

93. Vide nota 3.
94. FAMA EF, Jensen MC. Separation of Ownership and Control. *Journal of Law and Economics*. 1983;26:301–326 (junho).
95. Nota do tradutor: *Maladaptation problem* foi traduzido como problema adaptativo.
96. North D. A Transaction Cost Theory of Politics. *Journal of Theoretical Politics*. 1990;2:355–372 (No 4).
97. Williamson OE. Public and Private Bureaucracies. *Journal of Law, Economics, and Organization*. 1999;15:306–342 (abril).
98. Williamson OE, Wachter ML, Harris JE. Understanding the Employment Relation: The Analysis of Idiosyncratic Exchange. *Bell Journal of Economics*. 1975;6:250–280 (Spring).
99. Vide nota 43.
100. Rubin E. The Non-Judicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law. *Northwestern University Law Review*. 1995;90:107–131 (Fall).
101. Vide nota 1.
102. Nota do tradutor: o critério da irremediabilidade propõe que existem arranjos institucionais subótimos, cuja substituição por arranjos superiores é impossível.
103. Williamson OE. Credible Commitments: Using Hostages To Support Exchange. *American Economic Review*. 1983;73:519–540 (setembro).
104. Arrow KJ. Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *American Economic Review*. 1963;53:941–973 (dezembro).
105. Galanter M. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*. 1981;19:1–47.
106. Llewellyn KN. What Price Contract? An Essay in Perspective. *Yale Law Journal*. 1931;40:704–751.
107. Summers C. Collective Agreements and the Law of Contracts. *Yale Law Journal*. 1969;78:537–575 (março).
108. Macneil IR. The Many Futures of Contracts. *Southern California Law Review*. 1974;47:691–816 (maio).
109. Vide nota 97.
110. Elster J. *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies* Berkeley: Manuscrito não publicado, anotações feitas na University of California; 1994.
111. Vide nota 1.
112. Clarkson KW, Miller RL, Muris TJ. Liquidated Damages v Penalties. *Wisconsin Law Review* 1978;351–390.
113. Vide nota 100.



114. Vide nota 97.

115. Hahn F. The Next Hundred Years. *Economic Journal*. 1991;101:47–50 (janeiro).

116. A contratação com precaução é mais plausível nos contratos de produtos intermediários do que em produtos finais. Todavia, firmas precavidas que vendem para consumidores que não têm conhecimentos suficientes podem tomar, e na realidade tomam, medidas para controlar o risco, através de marcas, seguros, garantias e medidas equivalentes. Não sugiro, entretanto, que não exista espaço para tomar medidas (possivelmente de políticas públicas) para introduzir suportes contra riscos residuais.

117. Vide nota 57.

118. Arrow KJ. Forward. In: CARROLL G, Teece D, eds. *Firms, Markets, and Hierarchies*. Oxford University Press 1999;vii–viii.

119. A plena formalização é o objetivo. O modelo de Grossman e Hart se qualifica como plenamente formal mas lhe falta credibilidade (vide nota 31). O tratamento recente dado por Patrick Bajari e Steven Tadelis (BAJARI, P., TADELIS, S., “Incentives Versus Transaction Costs”. Unpublished manuscript) com foco em incentivos e diferenças de adaptação ex-post entre contratos a preço fixo e *cost-plus* é muito mais próximo da ECT, 2000.

120. Um dos comentários que tenho recebido a respeito deste artigo é que a sua mensagem básica não apenas tem sido ouvida, como também tem tido repercussão. Isso é gratificante, entretanto outros leitores consideram ser este um tema não familiar que necessita ser melhor trabalhado. Eu me posiciono no meio do caminho. Embora muitos dos conceitos da firma como estrutura de governança tenham sido ditos, o ordenamento privado permanece pouco desenvolvido e a Teoria das Organizações é sobreposta pela linha mestra da Análise Econômica do Direito, tal como nos livros-texto de ponta (COOTER, R. e ULEN T. *Law and Economics*. 3rd ed. Addison-Wesley; 2000. POLINSKY, A. Mitchell. An Introduction to *Law and Economics*. 2nd ed. Posner, 1989; Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5th ed. Aspen Law & Business, 1998). Ainda que concorde com o enfoque de políticas públicas, o curso básico de lei contratual ainda permanece imune aos argumentos deste artigo.

## CAPÍTULO 3

# A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma<sup>1</sup>

Pérsio Arida

### Introdução

Em um estudo recente, Marcos Nobre<sup>2</sup> tratou de responder à seguinte questão: como explicar que o Direito, como disciplina acadêmica, não tenha acompanhado o vertiginoso crescimento qualitativo da pesquisa científica em Ciências Humanas no Brasil nos últimos trinta anos? A resposta naturalmente exige que se discuta a relação do Direito com as disciplinas clássicas das Ciências Humanas e que se pergunte pela natureza específica da pesquisa em Direito.

O tema, vastíssimo, transcende os limites deste pequeno texto. Trato aqui das relações entre a pesquisa em Economia sobre as normas e a pesquisa em Direito, não do ponto de vista da especificidade de uma ou de outra, mas, sim, a partir de uma perspectiva interna da pesquisa em Economia. Interessa-me aqui não a pesquisa econômica em geral, mas a pesquisa econômica sobre a norma. Por pesquisa sobre a norma, agrupo as pesquisas sobre o impacto econômico de leis e regras administrativas, ordenamentos jurídicos e instituições jurídicas. A pergunta que aqui me interessa é a seguinte: qual é a vertente da pesquisa em Direito mais profícua do ponto de vista do pensamento econômico sobre a norma?

Para responder a esta pergunta, trato de mapear o estado atual do pensamento econômico sobre a norma para buscar, na insuficiência da própria reflexão econômica, a vertente na qual a pesquisa em Direito mais pode contribuir para o entendimento dos seus efeitos. Outra alternativa, complementar certamente, mas aqui não desenvolvida, seria mapear o estado atual do pensamento em Direito sobre os efeitos econômicos da norma para daí traçar a vertente de pesquisa em Direito que pareça mais promissora para interagir com a pesquisa econômica.

Justamente por me situar de forma deliberadamente unilateral no universo da pesquisa em Economia, não questiono a natureza específica da pesquisa em Direito, tópico do texto de Marcos Nobre. Argumentarei aqui que é no entendimento da historicidade da norma que se encontra a lacuna maior do pensamento econômico sobre a norma. O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico. Daí o argumento de que é a pesquisa em Direito sobre a historicidade da norma que maior impacto pode ter no modo através do qual os economistas pensam a norma e seus efeitos. Tomo aqui como postulado que a pesquisa em torno da historicidade da norma, feita no âmbito dos estudos jurídicos, não viola a natureza específica da pesquisa em Direito, outra preocupação do texto de Marcos Nobre.

Uso aqui o termo historicidade da norma, em vez de história da norma, de forma proposital. Tomo aqui historicidade no sentido mais amplo do termo, designando como historicidade da norma o modo de ser da norma no mundo histórico. Do ponto de vista da pesquisa em Economia sobre a norma, importa entender não apenas como a norma evoluiu historicamente — a história da norma propriamente dita —, mas, em particular, como pode vir a evoluir em circunstâncias diferentes. É esse o entendimento que importa para fundamentar propostas de políticas econômicas. E o entendimento de como a norma pode evoluir em situações diversas, e sua possível interação com desdobramentos futuros da vida econômica, visto na perspectiva e na linguagem da pesquisa em Direito, pertence ao campo da historicidade, não da história.

A pesquisa em Economia à qual farei referência neste texto é a desenvolvida pelo programa neoclássico, no qual agentes autônomos e voltados para o interesse individual se articulam socialmente através do mercado. A razão é que foi a partir dele que a pesquisa sobre as normas tomou impulso em Economia, corporificada hoje em revistas como o *The Journal of Law and Economics* e o *European Journal of Law and Economics* e cristalizada em livros-texto sobre Economia e Direito.<sup>3</sup> O programa neoclássico, como se sabe, julga a norma a partir de seu efeito sobre a alocação de recursos. Normas indutoras de formas de comportamento que levam ao ótimo de Pareto são vistas como benéficas; normas que dificultam sua obtenção são nocivas. Para o programa neoclássico, as escolhas valorativas devem ser realizadas no interior do conjunto de alocações de recursos que atendem ao critério de Pareto.<sup>4</sup>

A perspectiva neoclássica pode ser criticada por esposar tacitamente uma visão simplista da realidade do Direito. Normas são compatíveis com o ótimo de Pareto ou a ela prejudiciais; caberia ao economista iluminar o legislador quando da sua edição ou o juiz quanto às consequências de suas decisões. De forma deliberadamente caricata, é como se o pensamento neoclássico se inspirasse, sem saber, em Weber e Kelsen. Em Weber,<sup>5</sup> ao supor que a interferência da moral no Direito acabaria por retirar sua racionalidade, uma vez que consistiria justamente na aderência aos procedimentos estabelecidos; em Kelsen,<sup>6</sup> ao entender tanto a rejeição do Direito natural quanto a aplicação da lei como um ato criativo, não mecânico, de criação de uma norma inferior com base em uma norma superior, a oportunidade para que juízes possam usar os resultados da pesquisa econômica em suas decisões.<sup>7</sup> Talvez se possa dizer com Habermas,<sup>8</sup> no entanto, que a realidade do Direito é outra, que o próprio ato de seguir procedimentos jurídicos é um ato moral, que a separação do Direito e da Moral não faz sentido, como bem o atestaria a axiologia das Constituições Federais em vários países e que é possível pensar em um Direito racional, com previsibilidade nas decisões, mesmo diante da incorporação da moral ao Direito.

Passo aqui ao largo dessa controvérsia. Para o programa neoclássico de pesquisa, a questão se resume, ou tem se resumido até hoje, em saber que normas e que sistemas estabelecidos de interpretação de normas levam ao equilíbrio Pareto-ótimo. É possível que a pesquisa em Direito, ao iluminar de forma radicalmente diversa a imbricação entre normas e valores, venha a sugerir caminhos para a pesquisa em Economia radicalmente diversos dos até agora trilhados. Do ponto de vista da questão apresentada neste texto, entretanto, parece-me evidente que a pesquisa sobre a historicidade da norma tem hoje um potencial de interação com a pesquisa em Economia maior do que as pesquisas sobre as relações entre moral e Direito o teriam, embora, como restará evidente ao longo da argumentação, os dois temas se entrelacem em vários aspectos.

O texto contém mais seis seções. As próximas duas seções apresentam uma taxonomia da pesquisa em Economia sobre a norma em quatro categorias distintas. Trata-se de uma taxonomia exageradamente simplificada, já que há casos de pesquisas que se enquadram em mais de uma categoria, e as distinções são menos cristalinas do que se desejaria; serve bem, no entanto, para ilustrar a lacuna do pensamento econômico sobre a norma. A penúltima seção mostra em que aspecto preciso se manifesta a insuficiência do pensamento econômico. A última seção encerra o texto com uma sugestão deliberadamente provocativa sobre o potencial a ser extraído da cooperação entre pesquisas de Direito e Economia.

## A norma como distorção

A primeira vertente da pesquisa em Economia busca mostrar como normas editadas com o objetivo de impor valores terminam muitas vezes por distorcer o equilíbrio de mercado. O pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência da norma, tenha as propriedades do ótimo de Pareto. O impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo.

Considere o caso de um drástico aumento no valor das locações residenciais causado, digamos, por um grande aumento de demanda. O mecanismo endógeno de equilibração dos mercados exige tempo. O alto valor da locação induz, através de novas construções, um aumento na oferta de imóveis para locação até que se reencontre o equilíbrio de longo prazo. Se o legislador, no entanto, optar por proteger os inquilinos congelando o valor das locações residenciais, terminará por criar inúmeras distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto.<sup>9</sup>

O exemplo ressalta o papel crucial do tempo na interação entre a norma e o fato econômico. Se os ajustes do sistema de preços fossem instantâneos (no nosso caso, se a resposta da oferta ao aumento de alugueres fosse imediata), não haveria a tensão social que motiva a intervenção do legislador. Retomaremos este aspecto mais adiante, durante a discussão sobre a historicidade da norma.

## A norma corretiva

A primeira vertente de pesquisa aborda a norma como interferência em um equilíbrio de mercado eficiente que atende às propriedades do ótimo de Pareto. A segunda vertente de pesquisas em Economia examina situações nas quais há uma falha ou anomalia de mercado e, portanto, o equilíbrio econômico não é Pareto-ótimo. A pesquisa concentra-se, então, na determinação da norma capaz de corrigir a distorção observada.

O exemplo mais imediato é dado por externalidades. O interesse pelo tópico tomou novo vigor a partir da formulação pioneira de Coase enfatizando a importância da caracterização eficiente dos direitos de propriedade. Shavell<sup>10</sup> provê uma excelente introdução ao tema e às dificuldades da determinação da norma legal (no caso, a atribuição dos direitos de propriedade) que levaria a Economia ao ótimo de Pareto na ausência de custos de transação. O tópico naturalmente suscitou o interesse por falhas de mercado que tornariam viesado o próprio processo de contratação, como informação assimétrica ou o problema dos *free riders*.<sup>11</sup>

Formações não concorrenciais são um outro potencial exemplo de falha de mercado. A pesquisa trata de precisar por que o equilíbrio oligopólico não é o ideal do ponto de vista da alocação de recursos e desenhar a forma de regulação adequada para corrigir seus efeitos. As questões que aqui surgem são complexas. Muitas vezes o que aparece como oligopólio ou monopólio na oferta de determinado produto sofre formas de competição via outros produtos. A taxa de retorno sustentável ao longo do tempo por um oligopólio é menor do que aparenta ser por causa do custo de preservação das barreiras de entrada (gastos na construção/manutenção da marca ou investimentos em pesquisa que criem produtos novos). Normas reguladoras eficazes em determinados momentos podem se tornar obstáculos ao bom funcionamento do mercado em outros momentos.<sup>12</sup>

O setor financeiro também é regulado sob a hipótese implícita de uma falha de mercado. No caso, a falha de mercado seria devida ao fato de que os regimes de *free banking*, nos quais não há regulação específica para o setor financeiro, aumentariam os riscos da crise bancária. Os intermediários financeiros deveriam, portanto, atuar sob regime de concessão e supervisão do Banco Central. O desafio consiste em reduzir ao mínimo a probabilidade de uma crise sem inibir o processo concorrencial. Garantir irrestritamente e sem custo os depósitos bancários, por exemplo, é uma norma equivocada — reduz a zero o risco da crise bancária à custa de socializar prejuízos. O marco regulatório vigente tentou resolver o desafio por dois caminhos.<sup>13</sup>

O primeiro foi editar normas incentivando fundos de investimento. Através dos fundos, o risco de crédito é incorrido diretamente pelo poupador, reduzindo, portanto, o risco bancário propriamente dito. O intermediário passa a ser um prestador de serviços. O segundo caminho foi impor lastros mínimos de capital em função da natureza da operação de crédito. Os critérios de capital mínimo, padronizados pelos Acordos de Basileia, evitam que o intermediário incorra riscos desproporcionais ao seu capital próprio. A experiência mostrou que os dois caminhos suscitaram uma nova gama de questões.<sup>14</sup>

Outro exemplo de norma corretiva é a proibição de quitar obrigações no País em moeda estrangeira. Tal norma, por impor uma restrição à livre-escolha dos agentes, provoca em tese um afastamento do ótimo de Pareto.<sup>15</sup> A pesquisa em Economia, contudo, tende a endossá-la, porque evita que o ganho de senhoriação seja apropriado pelo Tesouro de outro país. A norma não teria razão de ser em um mundo no qual houvesse estorno dos ganhos de senhoriação entre países.

## A norma fundante

A terceira vertente de pesquisas se volta para a norma como o regramento a partir do qual contratos e mercados são estruturados. Essa vertente de pesquisas, por sua vez, tem se desenvolvido em dois campos. O primeiro foi inaugurado por Buchanam e Tullock.<sup>16</sup> Colocando-se decididamente na tradição contratualista, a pergunta se desloca para saber qual é a constituição ideal. Dissolve-se a figura do legislador abstrato de quem emanam normas corretivas ou distorcivas, e surge em seu lugar uma pluralidade de legisladores sem propósito comum e que não agem necessariamente visando a maximizar o bem-estar da sociedade. O interesse próprio, no entanto, tende a perder importância quando a escolha é feita em condições que impedem que o agente possa prever como sua escolha pode vir a afetar seu bem-estar no futuro; tal é o caso da escolha constitucional, que afeta primordialmente as gerações futuras.

O segundo tem caráter comparativo. Iniciou-se na comparação dos regimes de *common law* e *civil law*. O argumento é que países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nesses países, os poupadores têm mais confiança em emprestar, e os tomadores têm mais confiança em investir. Mais recentemente, a atenção tem se voltado não para a discussão dos efeitos do sistema legal tal qual firmado na origem, mas sim sobre sua adaptabilidade às vicissitudes da vida econômica. Sistemas legais que se adaptam rapidamente às necessidades de contratação entre agentes privados apresentam desempenhos econômicos superiores a sistemas legais rígidos.<sup>17</sup>

## A historicidade da norma: a evolução endogenamente determinada

A ênfase na adaptabilidade nos conduz naturalmente a uma quarta vertente de pesquisas em Economia. Nos escritos institucionalistas, por exemplo, busca-se compreender a evolução da norma como uma consequência de inovações oriundas da dinâmica do próprio mercado ou como uma maneira de se apropriar de externalidades. O surgimento das sociedades por ações, por exemplo, incorreria em necessidade de dar forma institucional a blocos de capital maiores do que aqueles tipicamente agrupados no interior de famílias. Tais blocos de capital, por sua vez, seriam necessários para explorar atividades com



lucratividade maior do que a média em setores com escala de operação mínima elevados. Para dar um outro exemplo, North e Weingast<sup>18</sup> interpretam o predomínio da *common law* e do sistema representativo trazido pela Revolução Gloriosa como resposta ao problema de como limitar o poder discricionário da Coroa; o novo sistema, justamente por limitar a arbitrariedade na extração de recursos pela Coroa, fundou o mercado de capitais e se traduziu, de forma apenas aparentemente paradoxal, por uma maior capacidade de financiamento da Coroa. No exemplo das sociedades anônimas, a criação de uma nova norma decorre da oportunidade de se apropriar dos ganhos de economias de escala; no caso da Revolução Gloriosa, perde qualquer necessidade intrínseca (pois a Coroa, representada pelos Stuarts, por pouco não venceu) mas encontra sua racionalidade na obtenção de uma forma institucional Pareto-ótima em relação à anterior. No jargão dos economistas, essa vertente de pesquisas trata de “endogeneizar” a norma.

Tal vertente de pesquisa dá conta certamente de um dos impulsos importantes para a modificação das normas. Seria, contudo, reducionista pensar a historicidade da norma exclusivamente como uma resposta defasada aos requisitos de um único subsistema da vida social. Os efeitos daquilo que Dworkin (1996)<sup>19</sup> denominou uma leitura moral da Constituição, para dar um exemplo, sobrepõem qualquer tentativa de interpretação baseada nas exigências dos mercados. As normas evoluem muitas vezes por razões não relacionadas aos avatares do sistema econômico. E mesmo quando evoluem em adaptação à evolução econômica, têm de fazê-lo em coerência com o arcabouço jurídico como um todo.

## **A historicidade da norma: retrocessos**

De particular interesse para a pesquisa econômica é o entendimento de retrocessos. Como pensar normas editadas na contramão do que se desejaria? A resposta que emerge da pesquisa econômica enfatiza três fatores: (i) a pressão dos grupos de interesse — no jargão dos economistas, a “captura” do Estado por interesses privados; (ii) distorções no processo de representação que fazem com que os parlamentares votem em desacordo com as preferências de seus eleitores; e (iii) a ignorância do legislador quanto aos efeitos econômicos das normas que promulga. Os três fatores têm se demonstrado campos de pesquisa extremamente férteis.<sup>20</sup>

Nem sempre, entretanto, está o pensamento econômico bem equipado para pensar o retrocesso no quadro normativo. Tomemos um exemplo de nossa



história recente. Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa-fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.<sup>21</sup>

O efeito desses desdobramentos foi diminuir a “calculabilidade” dos contratos, criando um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos. Como bem observou Max Weber, a predominância de formas de produção estruturadas através do mercado requer um sistema legal com efeitos *calculáveis* racionalmente pelas partes;<sup>22</sup> a sobredeterminação dos contratos por considerações que não podem ser racionalmente calculadas pelas partes afeta negativamente a produção e o emprego. Contudo, embora o pensamento econômico consiga apreender as consequências desses desdobramentos no plano normativo, não é capaz, isoladamente, de compreender as razões de seu surgimento ou a dinâmica de sua evolução.

A evolução da norma aparece assim muitas vezes para o pensamento econômico como um “choque adverso” — algo que o pensamento econômico não é capaz de antever. Somente a pesquisa em Direito sobre a historicidade da norma pode ajudar a compreender esses desdobramentos. Um exemplo, extraído da macroeconomia, ilustra o argumento.

Considere um Banco Central empenhado na tarefa de manter a inflação estável sob o pressuposto de que, ao assim proceder, estará mantendo o produto e o emprego em seus níveis potenciais. O Banco Central, no entanto, observa sinais do que lhe parece ser um surto especulativo na bolsa de ações ou no mercado cambial. A resposta convencional é não intervir, impondo uma política monetária mais dura apenas se o aumento no preço dos ativos vier a ameaçar o cumprimento da meta inflacionária. A razão é que não se sabe de antemão se tal aumento é um surto especulativo que irá dissipar-se mais tarde ou um movimento condizente com os “fundamentos” da economia.<sup>23</sup>

A resposta convencional não é necessariamente correta, tanto por razões econômicas quanto por razões pertinentes à historicidade da norma.

Iniciemos pelas razões econômicas. Surtos especulativos ensejam alocações insustentáveis de recursos; seu colapso traz consequências adversas como falências e desemprego. Em alguns casos, a manutenção do produto em seu nível

potencial exige que o Banco Central atue no sentido de evitar que um surto especulativo adquira decisões exageradas. Tal atuação pode ocorrer através das formas estabelecidas de comunicação (como as atas do nosso Copom), da intervenção direta (variações na taxa de juros) ou de mudanças no quadro regulatório (como restrições à alavancagem ou margens em mercados futuros).

Consideremos agora razões normativas. A reversão de surtos especulativos, por seus efeitos sociais traumáticos, muitas vezes enseja resposta no plano normativo. Mudam as leis, o espírito que preside sua interpretação ou ambos. Normas visando a coibir excessos especulativos e medidas compensatórias tornam-se socialmente legítimas. O resultado é que o processo econômico natural que levaria ao equilíbrio marshalliano de longo prazo é interrompido. O equilíbrio de longo prazo marshalliano, atingido quando o efeito de todos os choques temporários já se fez inteiramente presente e constantes to-dos os demais aspectos, é uma abstração útil para caracterizar o modo pelo qual os mercados se autorregulam; é igualmente útil para se saber a tendência endógena do sistema de preços; mas nem sempre é um guia seguro para a política econômica, justamente porque ignora as mudanças no embasamento legal. E como muitas vezes as normas editadas para corrigir os efeitos de uma reversão de uma situação especulativa não têm cláusula limitada de vigência, as mudanças no embasamento legal suscitadas por uma situação econômica específica sobrevivem à circunstância que as criou.

Essa espécie sofisticada de endogeneidade adversa não escapou à atenção dos economistas. Constitui hoje uma espécie de sabedoria na política monetária, por exemplo, evitar flutuações muito abruptas no valor da riqueza e da renda justamente para evitar tensões sociais e econômicas excessivas. No entanto, a pesquisa econômica não está equipada para pensar esse tipo adverso de “endogeneidade” porque sua emergência é intrinsecamente valorativa, suscitada de forma aberta ou tácita por imperativos que relevam, em última análise, o fundamento moral da sociedade. Tem, por isso mesmo, muito a aprender com a pesquisa em Direito na medida em que possa iluminar os determinantes de normas que, na ótica estrita da racionalidade econômica, tendem a ser interpretadas como despropositadas ou descabidas.

## **A historicidade da norma: o aprendizado social**

Encerro este pequeno texto com uma sugestão provocativa. O exemplo da seção anterior mostra que um melhor entendimento da historicidade da norma poderia levar a modificações no desenho da política econômica. Quais políticas

econômicas minimizam a edição de normas ou a cristalização de entendimento e jurisprudência que dificultem a obtenção do ótimo de Pareto? A resposta, evidentemente, supõe que se entendam melhor as relações do tempo do Direito com o tempo da economia,<sup>24</sup> mas sugere, ao mesmo tempo, que a interação entre a pesquisa econômica e a pesquisa em Direito, em uma espécie de aprendizado conjunto, pode se mostrar extremamente fértil.

Tomemos como nossa sugestão provocativa o teto para a taxa de juros estabelecido pela Constituição de 1988. Antes mesmo da sua promulgação a comunidade de economistas, de forma praticamente unânime, já alertava para seus efeitos desestabilizadores — desintermediação financeira e fuga para ativos reais, com consequente desvalorização da moeda, redução da poupança e do investimento. O entendimento do dispositivo como não autoaplicável evitou uma crise econômica que provavelmente teria sido de grande magnitude. Foi a opção correta? É de se perguntar se, diante dos efeitos catastróficos da aplicação do teto dos 12%, não teriam os parlamentares corrigido rapidamente o erro. Ao tornar o dispositivo constitucional inoperante, evitamos a desmoralização pública dos defensores da medida. Demos assim uma sobrevida ao pensamento populista, presente hoje não na defesa dos 12%, mas na pressão política por juros mais baixos independentemente da conjuntura econômica enfrentada pelo país.

Menciono nossa abortada tentativa de limitar juros não para motivar exercícios contrafactuais, necessariamente imprecisos e nem sempre úteis, mas apenas para chamar a atenção para a importância de um melhor entendimento das formas pelas quais a legislação pertinente à vida econômica evolui ao longo do tempo. Em certas condições, a experimentação no plano social de fórmulas que desafiam a racionalidade econômica pode ser benéfica no longo prazo. A pesquisa em Direito, ao iluminar a historicidade das normas, pode também aqui interagir de forma profícua com a pesquisa econômica na busca das maneiras pelas quais a sociedade pode amadurecer.

## **Notas E Referências Bibliográficas**

1. Versão revisada de palestra proferida no Simpósio “O que é Pesquisa em Direito?” organizado pela Escola de Direito de São Paulo da FGV e pelo Núcleo de Direito e Democracia do CEBRAP nos dias 9 e 10 de dezembro de 2002. O texto foi também apresentado em seminário da série Diálogos da Universidade de São Paulo em 25 de março de 2004. Agradeço comentários de meus debatedores nas duas

ocasiões, Calixto Salomão Filho e Tércio Sampaio Ferraz, respectivamente, e de vários participantes dos seminários, em particular Profs. Carlos Ari Sundfeld, Marcos Nobre, Celso Campilongo, Ronaldo Porto Macedo Jr., José Roberto Rodriguez, Rabih Ali Nasser e Jean Paul Cabral Veiga Rocha. O texto será publicado no primeiro número da Revista Direito GV.

2. MARCOS N. “Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil”. *Revista Novos Estudos* 2003.

3. Exemplos são COOTER R. ULEN T. *Law and Economics*, Addison – Wesley Series in Economics, 2001 e MICELI T. *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, 2004.

4. Para um argumento recente em favor da exclusão de considerações de “fairness” ou “equidade” de tratamento vindo de outra tradição de pensamento. L. SHAVELL “Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice”. *NBER Working Paper* 9622, 2003.

5. WEBER M. *Economy and Society*. In: Guenther Roth, Claus Wittich, eds. University of California Press 1968.

6. POSNER R. “Kelsen versus Hayek: Pragmatism, Economics and Democracy”. In: *In Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press 2001.

7. POSNER R. *Economic Analysis of Law* 6ª Aspen Law & Business 2003.

8. HABERMAS J. *Direito e Moral* Instituto Piaget 1999.

9. Há distorções de quatro espécies diferentes: (i) dualidade no mercado de alugueres, contratos de locação antigos congelados convivendo com novos contratos com valores inflados para contrabalançar o risco de novo congelamento; (ii) aumento no percentual de imóveis vacantes; (iii) proliferação de práticas informais fundadas na confiança pessoal ou em contratos de gaveta; e (iv) redução da construção de novos imóveis para alugar e, por conseguinte, do capital fixo e do emprego.

10. SHAVELL S. *Foundations of Economic Analysis of Law* Harvard University Press 2003.

11. DJANKOV S.; LA PORTA R.; LOPES-DE-SILANES F. SHLEIFER A. “Courts: the Lex Mundi Project”. *NBER Working Paper* 8890, 2002.

12. A imposição de um teto para a participação de mercado, por exemplo, pode em alguns momentos beneficiar a competição, evitando

a concentração excessiva, mas, em outros, prover uma proteção legal para ineficiência na medida em que o produtor de menor custo simplesmente ajusta para cima sua margem de lucros para assegurar a existência do produtor de maior custo.

13. Digo o marco vigente porque a proposta de Maurice Allais (ALLAIS M. *Les Conditions monétaires d'une économie de marché*. Montschrestien, 1989) — a saber, separar rigidamente bancos de depósito (100% de reservas compulsórias) de bancos de investimento (zero por cento de reservas compulsórias) — está hoje em dia praticamente esquecida.

14. A operação dos fundos pode reintroduzir, via alavancagem e derivativos, o risco de crise bancária generalizada, como recentemente exemplificado no caso da crise do LTCM em 1998, descrita em detalhe em Lowenstein (LOWENSTEIN R. *When Genius Failed: The rise and fall of Long Term Capital Management*. Random House, 2001). A imposição de requisitos mínimos de capital, por sua vez, pode ser em alguns casos irrelevante (quando a alocação desejada de capital pelo gestor da instituição financeira supera o mínimo legal) e em outros casos excessiva (quando peculiaridades do crédito ignoradas pela norma tornam o mínimo legal maior do que aquele ditado pela racionalidade econômica).

15. A restrição à livre-escolha não é necessariamente prejudicial. Exemplos de questões difíceis: (i) uma norma vedando a emissão de ações sem Direito a voto beneficiaria o mercado de capitais?(ii) uma norma evitando diferenciação entre credores no caso de falências ou concordatas reduziria o custo de capital para a empresa?(iii) uma norma vedando indexação de contratos tornaria a economia mais estável?

16. BUCHANAN J, TULLOCK G. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* University of Michigan Press 1998.

17. BECK T. LEVINE R. “Legal Institutions and Financial Development”, a ser publicado em *The Handbook of New Institutional Economics*, 2003 e BECK, Thorsten; DEMIRGUÇ-KUNT A. LEVINE R. “Law and Finance: Why does legal origin matter?”. *NBER Working Paper 9379*, 2002.

18. NORTH D, WEINGAST B. “Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England”. *The Journal of Economic History*. 1989;XLIX.

19. DWORKIN R. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* Harvard University Press 1996.
20. Olson (OLSON M. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Harvard University Press, 1971) é referência básica no campo de pesquisas da captura; Arrow (ARROW K. *Social Choice and Individual Values*. Yale University Press, 1970) nos estudos de representação e da busca de formas superiores de representação; e a ignorância como fator foi foco de proposta de Hanson (HANSON R. "Shall we vote on values, but bet on beliefs?". George Mason University, texto não publicado 2002) no sentido de usar mercados futuros e derivativos para sinalizar ao legislador o efeito econômico de normas ainda em discussão.
21. Note-se aqui que se houvesse uma jurisprudência coerente e consolidada não haveria necessariamente o efeito negativo observado na nossa experiência. Conceitos como a função social da propriedade estão também presentes em outras constituições.
22. Ver WEBER M. "Summary of the Most General Relations between Law and Society", vol. I, item 4, p. 337.
23. Fisher Black costumava dizer que mercado eficiente é aquele no qual o preço oscila entre metade e o dobro do valor indicado pelos "fundamentos" – uma frase de efeito para ilustrar a dificuldade de prejudicar processos especulativos.
24. O tópico é vasto e certamente transcende o objetivo deste pequeno texto. Note-se, à guisa de observação apenas, que o entendimento do tempo do Direito como sendo retrospectivo e do tempo da economia como sendo prospectivo está longe de ser adequado. A formação de jurisprudência sobre determinado aspecto, assim como a intenção do legislador, é sempre prospectiva, voltada para o futuro. E qualquer agente econômico sabe que suas decisões no passado podem ser questionadas em juízo no futuro em determinados prazos de tempo; a caracterização do passado como dado, comum em modelos econômicos, é razoável apenas em um nível de abstração elevado. Outra dimensão de contraste é a presença de marcos cronológicos, como prazos de prescrição, no tempo do Direito; note-se, no entanto, que a pesquisa em economia frequentemente busca encontrar frequências temporais não aparentes, como procedimentos de dessazonalização, uso de médias móveis e mesmo escolha da unidade de tempo para fins de medida.

## CAPÍTULO 4

# Law and Economics

Rachel Sztajn

A relação entre Direito e Economia é tão antiga quanto a última, embora seja vista como alguma coisa marginal, de pouca importância, e é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia (Ciências Sociais aplicadas) pode oferecer ao propor soluções para questões atuais, ao contrário do que afirmam os detratores dessa corrente de estudos.

Cabe observar, ainda, que esse diálogo é antigo. No século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais. Embora haja estudos anteriores, é a partir dos anos 1960 do século passado que se inicia o desenvolvimento da denominada área de *Law and Economics*, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica.

O movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, passa por Richard Posner, com *Economic Analysis of Law*, ambos professores da Universidade de Chicago, por *The Cost of Accidents* de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundam o diálogo.

É importante lembrar, ainda, que, no primeiro quartel do século XX, Aaron Director, estudioso da concorrência, ressaltou a estreita ligação entre Direito e Economia, chamando a atenção dos juristas que atuam nessa área sobre a importância de observarem comportamentos e análises econômicas a fim de entenderem melhor as questões referentes à competição em mercados. É que, quanto a mercados e concorrência, qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super-regular as condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade.

Contudo, o sucesso dos diálogos não convence a um grupo de juristas. Eles se baseiam nas diferenças metodológicas entre os dois ramos do conhecimento, que lhes parecem insuperáveis. Essas diferenças são mais nítidas nos países de Direito filiado à família romano-germânico-canônica, em que predominam a dogmática, a discussão e classificação das fontes do Direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos.

Os argumentos são derrubados por Daniel D. Friedman que explica, de forma singela, por que a Economia pode contribuir para o aperfeiçoamento na formulação de normas jurídicas.<sup>1</sup> Tomando a Economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições. Ora, se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema.

Comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes.<sup>2</sup>

Por conta de diferentes metodologias utilizadas pelos dois ramos do conhecimento — o modelo dogmático e abstrato ensinado nas escolas de Direito e a construção de modelos a partir de dados empíricos recolhidos na sociedade associados a teorias — nas escolas de economia —, os operadores do Direito veem com desconfiança e com restrições as tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Esquecem-se, entretanto, de que, por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito.

É inegável que há uma questão metodológica relevante que tem a ver com a maneira pela qual preferências e escolhas individuais podem ser transformadas em preferências e escolhas sociais ou majoritárias.

No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas.



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 refine 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: dar mais a quem tem maior utilidade marginal.

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.

Os campos em que o diálogo entre Direito e Economia se demonstra fecundo abrangem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente aquelas operações que envolvem instituições sociais e institutos jurídicos. Em outras áreas do Direito, a visão econômica é mais difícil de aceitar, dizem muitos, notadamente em áreas nas quais os efeitos patrimoniais são considerados secundários, como é o caso das relações de família.

Há diferentes correntes doutrinárias que buscam explicar o fenômeno econômico e propor medidas para corrigir distorções geradas por normas de Direito positivo, com fundamento em análises econômicas. Entre elas, encontram-se a Escola de Chicago, a de Yale, a da Nova Economia Institucional, a da Escolha Pública, entre outras.

A distinção mais conhecida entre a visão positivista da Escola de Chicago, descritiva dos fenômenos em relação à Escola de Yale, conhecida como normativista ou prescritiva, está em seu escopo, consistente em propor mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais.

A distinção, talvez, explique a relevância do trabalho de Richard Posner que, de modo sistemático, organizou a ligação entre Direito e Economia. O trabalho de Posner, considerado marco de “fundação” da denominada Escola de Chicago, ou escola positivista, tem como contraponto os estudos de Guido Calabresi, da Escola de Yale, também denominada normativista. Às duas correntes incorpora-

se a Escola da *Public Choice* (ou da Escolha Pública, cujo foco está voltado para a Ciência Política), a que se segue a Escola denominada Economia Institucional e, mais recentemente, a da Nova Economia Institucional, na qual se destacam Douglas North e Steven Medema.

Entre as questões levantadas, no que diz respeito à formulação de normas de Direito positivo, partem os críticos do argumento de que, no plano metodológico, enquanto o Direito se ocupa de valores (Ética e Moral), a Economia tem seus parâmetros na maximização de resultados, na eficiência, o que inviabiliza, para não dizer faz descabida, qualquer tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas.

Bastaria ler *The Problem of Social Cost*, ou ainda o conceito que a literatura tornou conhecido como Teorema de Coase, para compreender o erro de ótica de quem assim se manifesta: afasta-se das questões propostas por Rudolf von Jehrning nos trabalhos da segunda metade de sua obra em que se dedica a analisar as instituições e as relações intersubjetivas nas sociedades.

Na verdade, esses críticos se esquecem de que o Direito romano privilegiava a eficiência das normas, notadamente no que diz respeito à integração dos povos por conta da expansão territorial do império romano. É que a releitura do *Corpus Juris Civilis* e das grandes codificações do século XIX, sob a luz do historicismo de Friedrich von Savigny, do Direito natural e da moral cristã, influenciou as grandes codificações europeias no século XIX. A fixação pelas fontes (Direito romano acrescido do influxo de regras do Direito germânico e, particularmente, de visão voltada para o Direito canônico), da perspectiva historicista que, ainda hoje, tem defensores, deixa em segundo plano as transformações sociais ocorridas ao longo dos dois últimos séculos.

Na Europa central, notadamente na Alemanha, a metodologia do Direito se inclina na direção da função do sistema jurídico e suas instituições; sob o influxo da filosófica analítica. Entretanto, estudiosos austríacos e de países de *common law* se voltam para a jurisprudência de interesses, incorporam a sociologia do Direito à análise das normas. O resultado é que a doutrina alemã se inclina na direção da normatividade, enquanto o ramo anglo-norte-americano para o da interpretação.

A Pandectística se impõe secundada pela taxonomia, classificando e enquadrando institutos, quase deixando de lado sua funcionalidade. Na segunda metade do século XX, Norberto Bobbio<sup>3</sup> chama a atenção para o fato, com o clássico *Dalla struttura alla funzione*, realçando, nessa obra, o aspecto de que a função dos institutos jurídicos deve prevalecer sobre sua estrutura, na mesma linha em que a escola de Gropius e Mies Van der Rohe, no plano da arquitetura e das artes, afirmava que a forma segue a função.

Fato é que o positivismo jurídico se impõe de forma majoritária sobre outras correntes, entre elas a filosofia analítica. A discussão atual sobre os fundamentos metodológicos da ciência do Direito se divide entre os adeptos do positivismo (o Direito decorre do poder do Estado) e os naturalistas (os quais fundam o Direito na noção divina de que todos têm Direitos, que garantir Direitos atende à moralidade social). Nos dois casos, o esquema teórico é abstrato, abandonando-se o empirismo próprio dos economistas.

As críticas ao avanço da análise econômica do Direito ou da combinação de Direito e Economia não desapareceram e vêm perdendo terreno pela demonstração de que a contribuição é positiva. Torna-se mais equivocado e enganoso a cada dia afirmar que a economia busca eficiências enquanto o Direito se prende à promoção da questão ser/dever ser, com o objetivo de dizer que as posições são irreconciliáveis.

A corrente que parte da noção de racionalidade dos agentes, própria da visão economicista, argumenta que a busca de maximização de utilidades ignora a existência de normas jurídicas, como se as sociedades pudessem ser organizadas sem normas! Esquece que a noção de racionalidade, empregada pelos economistas, não apenas não é estranha, mas permeia o sistema jurídico. Tome-se como exemplo a tutela dos incapazes (aos quais se supõe que falte racionalidade para se autodeterminar), a qualificação de certos atos em culposos ou dolosos para fins de determinação das punições aplicáveis leva em conta a intenção do agente, portanto sua racionalidade. Por outro lado, o reconhecimento da assimetria informacional para fins de reequilibrar relações intersubjetivas: a legislação consumerista é exemplo expressivo.

Tomando como padrão o *homo oeconomicus* (conceito normativo), pode-se associá-lo à noção de bom pai de família e à de homem ativo e probo, próprias do Direito, sem qualquer prejuízo para o sistema. É possível associar Direito e Economia, seja no plano normativo-normativo, seja no normativo-positivo. Da primeira relação, resulta a análise das consequências de alternativas na formulação de normas de Direito positivo. Amplia-se o quadro de análise das regras jurídicas; aplicadas ao Direito de propriedade, indaga-se sobre ser mais eficiente a tutela do *jus in rem* ou a da responsabilidade civil ou *jus in personam*.

Fato é que as objeções engendradas pelos críticos da aproximação (ou reaproximação) entre Direito e Economia partem, em geral, das formulações da Escola de Chicago. Esta, em várias situações, tenta quantificar os efeitos das normas positivadas aplicando não apenas conceitos econômicos como, muitas vezes, a econometria, a áreas nas quais os efeitos patrimoniais das relações pessoais tendem a ser encarados como secundários, tal como ocorre nas relações de família. Seria impossível aceitar a ideia da precificação do afeto entre

familiares? Poder-se-ia considerar que existe um preço que causa ou impulsiona as ações de membros da família a ponto de ser determinante na tomada de decisões? Isso seria inadmissível, dizem os críticos, e, por isso, não aceitam qualquer discussão ou relação que aproxime Direito de Economia. Posner, porém, considera possível a existência de mercado em que seriam negociados Direitos parentais. Por exemplo, será que a disciplina relativa à adoção não se assemelha a isso? <sup>4</sup>

As regras relativas a essa área do Direito em que crianças órfãs ou cujos pais perderam sua guarda, na visão do jurista tradicional, nada mais são do que esquemas de solidariedade. Todavia, elas podem resultar de busca por gratidão, por afeto, ou até por poder sobre outrem que são preços *pagos*. É certo que ao operador do Direito assustam tais argumentos os quais, no entanto, explicam muitas adoções. Basta compreender que, nem sempre, a palavra *preço* traduz a expressão monetária de um bem, que pode, igualmente, representar a relação entre as posições de quem dá e o que recebe em troca, é um *do ut des, fatio ut fatias*, que não envolve movimentação pecuniária.

Repetindo Natalino Irti que afirma serem os mercados o resultado de ações racionais que geram o equilíbrio entre oferta e demanda, compreende-se por que o preço do bem é fator determinante nas decisões de produzir/adquirir.

As críticas estão, parece, mais centradas em diferenças metodológicas do que na incompatibilidade material dos diálogos. Gary Becker explica que, em qualquer área do conhecimento, o método tem primazia sobre o objeto; portanto, o que se deve investigar é a viabilidade de aplicar o método econômico ao Direito. Segundo Becker, o método econômico é o da escolha racional que tem como pressuposto a estabilidade das preferências, das escolhas individuais, ao longo de certo lapso temporal.

A noção de escolha racional está ínsita na ideia de capacidade e de imputação. Até os padrões do homem médio, do bom pai de família, do homem ativo e probo tomam a racionalidade como suporte, porque essas pessoas se baseiam, ao determinar suas ações, nos padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados, estimulados. Desvios levam a punições, sejam elas impostas pelo sistema jurídico seja por normas socialmente aceitas. Sob tal perspectiva, fica claro que nada obsta que Economia e Direito mantenham profícuo diálogo. <sup>5</sup>

Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de

recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos.

Seria impossível transpor a ideia de mercado, estrutura que define preços ou da qual resultam preços como preferem alguns, para o campo do Direito? A resposta é negativa. Exemplo é a denominada guerra fiscal. Visando a atrair agentes produtivos (indústria, comércio, serviços), alguns governantes oferecem benefícios tributários (econômicos) sob a forma de renúncia fiscal. Tal renúncia representa redução do custo de produção, portanto não se deve estranhar a migração de atividades produtivas de um para outro local. Algum agente econômico perderá a oportunidade de obter a vantagem se tiver possibilidade de optar por ela?

A inibição de mudanças poderá decorrer, talvez, de razões de logística que imponham aumento de custos de transporte para distribuir os produtos nos centros de consumo; ou talvez da impossibilidade de, dado o prazo de recuperação do investimento, tornar-se desinteressante a mudança da fábrica para outro local; ou, ainda, algum outro fator econômico, que possa influir na decisão, tais como idiosincrasias específicas *etc.* No entanto, se as condições forem favoráveis (o pólo industrial de Manaus é típico), é fácil concluir que as escolhas serão resultantes de imputar *preços* a certas situações que estimulam ou inibem as opções.

O Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Por isso, cultores da teoria evolucionista das sociedades admitem que o conjunto de regras socialmente predispostas serve à organização das relações intersubjetivas e, em dado momento, se consagra como Direito posto. Se isso já foi verdade, fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação de normas.

Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição de riqueza deixa de lado uma questão prévia, a qual tem de ver com o estímulo à criação de riqueza. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral.

Reagir contra o diálogo entre Direito e Economia, para condená-lo, é posição que carece de racionalidade. Isso porque, ainda que os fatos sejam considerados sob a ótica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa. Lembre-se de que, no direito romano, o desempenho e o esforço dos pretores estavam voltados para a busca de eficiência na distribuição de justiça e no respeito às normas sociais. Isso em nada é muito diferente do que se faz em *Law and Economics*. Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais), uma

forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Qual seria o objeto dessa nova área para o estudo do Direito? A relação entre Direito e Economia perpassa todo o espectro de Direitos patrimoniais, notadamente propriedade, contratos e responsabilidade civil, havendo quem a projete até mesmo para o campo delitual penal e relações de família e sucessão.

Para Ronald Coase, *Law and Economics* demonstra a importância da Economia no estudo do Direito, notadamente considerando as formulações da Nova Economia Institucional, centrada nas instituições sociais entre as quais, empresas, mercados e normas, que facilitam compreender o sistema econômico. Para Coase, quando os operadores do Direito dominarem conceitos econômicos, suplantarão os economistas na avaliação econômica dos efeitos das normas jurídicas, refinando o método de estudo do Direito.

Se nenhum outro argumento existisse, bastaria este, do economista, para estimular a pesquisa e o diálogo conjunto entre economistas e juristas. A importância do desbravamento da interdisciplinaridade e os benefícios que dela podem resultar para o aperfeiçoamento do estudo do Direito são inegáveis.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. Law' Order: What economy has to do with law and why it matters, Princeton N. J., Princeton University Press, 2000 (tradução para o italiano: L'ordine del diritto, Perché l'analisi economica può servire al diritto, Il Mulino, Saggi, 2004).
2. Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função. Não se confunde com eficácia que é a aptidão para produzir efeitos.
3. BOBBIO N. *Dalla struttura alla funzione* Milão 1977; Edizione di Comunita 1977.
4. Cabe ainda considerar que a quantificação e a análise positiva da justiça com base em modelos quantificáveis e hipóteses passíveis de testes estatísticos extrapola a precificação. Estudos de propensão das cortes, análise dos resultados julgados, estudo dos custos do Judiciário são exemplos de aplicação dos métodos estatísticos ao estudo dos

impactos dos institutos legais.

5. O tema da racionalidade ganhou espaço na área do estudo econômico do Direito com a contribuição de Vernon Smith no programa de *Law and Economics* da George Mason University. Ao ganhar o Prêmio Nobel em Economia, demonstrou o quanto se pode ampliar a análise da racionalidade. O surgimento da área aplicada de Neuroeconomics e a recente contribuição de Douglass North apontam para novos caminhos.

## CAPÍTULO 5

# Economia dos Direitos de Propriedade

Rachel Sztajn, Decio Zylbersztajn e Bernardo Mueller

## Introdução

O presente capítulo está estruturado em duas partes. Na primeira, Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn introduzem o tema dos Direitos de Propriedade em suas múltiplas dimensões analíticas. Na segunda parte, Bernardo Mueller explora as ligações da Economia e a literatura de Direitos de Propriedade.

## Parte I

### A economia e o direito de propriedade

Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn

## Economia E O Direito De Propriedade

A Análise Econômica do Direito de Propriedade representa a linha de sustentação fundamental para as diferentes vertentes que estudam a Economia do Direito, entre as quais Mercurio e Medema<sup>1</sup> citam: a escola de Chicago, a Teoria da Escolha Pública, a escola Institucionalista e a Nova Economia Institucional, esta última sendo uma área do conhecimento que adiciona a importância das instituições como promotoras do desenvolvimento econômico e as considera passíveis de análise.

No Direito, diz-se que o Direito de Propriedade é como um feixe que engloba os direitos de uso, usufruto e abuso, e que confere o exercício da exclusão sobre a coisa, que permite afastar terceiros que dela pretendam se apropriar, usar ou



gozar. Em Economia, os trabalhos seminais de Ronald Coase, de modo especial *The Nature of the Firm*<sup>2</sup> e *The Problem of Social Cost*<sup>3</sup>, abordaram de forma inovadora o tema da propriedade levando o que Stigler, posteriormente, denominou Teorema de Coase.

Partindo do conceito de que o que se negocia não são os bens-objeto de Direito, mas, sim, direitos de propriedade sobre dimensões de bens, Coase propõe que, na ausência de “custos de transação”, a alocação ou distribuição inicial dos direitos de propriedade sobre as dimensões dos bens não terá importância, pois os agentes negociarão a transferência dos direitos a custo zero podendo realocá-los eficientemente. Assim, construiu-se boa parte da Análise Econômica do Direito sob a ótica da Nova Economia Institucional, que está voltada primordialmente para a lógica econômica dos arranjos contratuais relacionados à criação dos direitos.

A proposta de Coase, talvez melhor explicitada no seu discurso ao receber o Prêmio Nobel, pode ser desdobrada da seguinte forma:<sup>4</sup>

*“O mundo real apresenta fricções que denominamos ‘custos de transação’, fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero.”*

Os “custos de transação” são afetados pelo sistema legal e por normas não positivadas, que recaem sobre a alocação dos direitos de propriedade.

Outros autores, partindo dos estudos de Coase, ampliaram o trabalho tendo como foco a importância das instituições para o desenvolvimento socioeconômico do seu impacto no controle dos “custos de transação” e, portanto, na alocação do Direito de Propriedade. Essa foi a dimensão explorada por Douglas North<sup>5</sup> na área macroinstitucional, com especial ênfase no processo de mudança institucional.

Outra vertente importante é a que considera os impactos da alocação do Direito de Propriedade sobre a eficiência e o desempenho das organizações. Essa vertente, que pode ser chamada de microinstitucional, parte da importância do Direito de Propriedade para o estudo das organizações e vem sendo desenvolvida por Oliver Williamson<sup>6</sup>. Tal vertente toma o ambiente institucional como dado e estuda o comportamento dos agentes no desenho dos contratos e, em última análise, da firma.

Neste capítulo, consideram-se apenas algumas dimensões introdutórias do estudo da Economia do Direito de Propriedade, limitando-se a levantar conceitos básicos mais do que a aprofundá-los. Assim, trata do conceito de *Direito de*

*Propriedade*, a Economia dos Direitos Exclusivos, o efeito das formas de propriedade sobre os resultados econômicos e o surgimento e a importância do Direito de Propriedade. O texto baseia-se fortemente nos trabalhos de T. Eggertsson<sup>7</sup> e de Yoram Barzel.<sup>8</sup>

## ***Conceito de Direito de Propriedade em Economia***

Há na literatura econômica várias categorias de direitos de propriedade. Ricketts (1987)<sup>9</sup> define as categorias de direitos privados, direitos comunais e direitos coletivos e Eggertsson (*op. cit.*) inclui o direito do Estado.

## ***Para o Direito, os bens se classificam em:***

Bens móveis ou imóveis, divisíveis ou indivisíveis, singulares ou coletivos, públicos e particulares, corpóreos e incorpóreos, fungíveis ou infungíveis, disponíveis e indisponíveis e coisas fora do comércio (arts. 43 e segs. do Código Civil). Além disso, bens podem ser consumíveis ou não.

Considere-se os direitos de uso e de transferência dos recursos, sendo que o primeiro pode, ou não, abranger o direito à destruição do recurso. A possibilidade de transferir os direitos de propriedade afeta, diretamente, seu valor econômico. Entretanto, tal valor será afetado também pela existência de sistemas de garantia e coerção<sup>10</sup> e ao exercício dos direitos.

A garantia de exercício dos direitos pode ser oferecida pelo Estado ou, em certos casos, de forma privada, quando normas sociais não positivadas atuam, muitas vezes, como mecanismo redutor de “custos de transação” advindo daí a lógica da sua emergência e evolução. Quando a coerção privada, que decorre das normas informais, coincide com os incentivos providos pelo sistema legal, o custo de coerção é baixo; quando não, elevados custos de coerção podem emergir na sociedade. Inexistindo essa definição dos direitos, seja por normas sociais seja pelo Estado, as pessoas tenderão a defini-los em benefício próprio ou de seu grupo.

Um exemplo pode ser apresentado. Nas escolas públicas primárias das grandes cidades dos países em desenvolvimento, a ausência não justificada do professor ou professora é um fato recorrente que preocupa as autoridades de ensino. O Estado pode aumentar os esforços no sentido de monitorar e punir o professor ausente, entretanto tal atitude se mostra pouco eficiente. Em pequenas cidades ou mesmo em áreas rurais, de modo diferente, o professor ou professora tem identidade na comunidade local, que exerce pressão social natural que incentiva a presença do professor ou professora na sala de aula. Pode-se dizer que a coerção informal exerce forte poder sobre a decisão do cumprimento do

contrato por parte do(a) educador(a).

Dado que os direitos de propriedade são, muitas vezes, compartilhados, a possibilidade da sua realocação e transferência dependerá da existência de “custos de transação”. O já citado paradigma básico de Coase é o pressuposto da irrelevância da alocação inicial dos direitos de propriedade na ausência de “custos transacionais”.

A realocação dos direitos de propriedade é regulada por contratos que definem os termos da troca tanto nas condições do uso do recurso quanto na divisão dos resultados. Sua eficiência depende da existência de mecanismos institucionais legais, que garantam o cumprimento das promessas sempre que a contratação e a execução da operação forem defasadas no tempo, como no caso dos contratos de execução diferida, por exemplo.

Tanto os contratos baseados em disciplina positiva, como os acordos informais, suportados por outros mecanismos, surgem a partir da necessidade de dar eficácia a uma relação de troca de direitos de propriedade em ambiente onde os agentes podem tomar decisões oportunísticas, em que as informações podem ser assimétricas e em que a racionalidade limitada impede a redação de contratos completos no sentido que à palavra cabe na literatura de Economia do Direito.

Para a nova economia institucional, as “firmas” (organizações) são consideradas um “nexo” de contratos, sendo que, na firma clássica, de um empresário controlador, ele representa o agente que estrutura e coordena o conjunto de contratos, bilaterais, entre indivíduos e entre “firmas”. Exerce direito de decisão sobre seus subordinados, bem como o direito sobre a alocação do fluxo de renda gerado pela empresa, salvaguardados os direitos dos colaboradores e do Estado.

## ***Surgimento dos direitos de propriedade***

O conceito básico de que as instituições emergem de modo a proteger direitos de propriedade, afetando os “custos de transação”, leva a indagar o porquê da persistência de instituições subótimas. Segundo Eggertsson (*op. cit.*), ainda que a definição e as garantias de direitos de propriedade estejam associadas ao desenvolvimento econômico, em um mundo de “custos de transação” positivos, toda a sorte de interferências políticas na alocação dos direitos de propriedade acaba por afetar a sua definição.

Alguns modelos explicativos do surgimento dos direitos de propriedade coexistem na literatura. O primeiro é o modelo desenvolvido por Demsetz<sup>11</sup> que se desenvolve a partir de bases quase antropológicas e se abstém de modelar as instituições políticas. No seu artigo seminal denominado “Towards a Theory of

Property Rights”, Demsetz apresentou um modelo em que analisou a organização dos índios em duas regiões no Canadá, indicando um problema típico do que a literatura denomina “tragédia dos comuns”.<sup>12</sup> Em um caso, a caça é realizada em região que induz a um problema da exaustão dos recursos, com o desaparecimento das espécies com valor comercial, enquanto na segunda isso não ocorre. O autor relaciona os dois fatos com a natureza física das duas regiões, uma de floresta fechada e outra de planície. Emergem duas diferentes estruturas que disciplinam o Direito de Propriedade sobre a terra nas áreas. Onde, por razões naturais, não existe problema de desaparecimento das espécies (exaustão), predomina a propriedade comum, e onde o problema ocorre, emerge o Direito de Propriedade privado como forma de controlar o uso dos recursos.

Ou seja, existe incentivo econômico para as diferentes sociedades investirem recursos para definir e preservar os direitos de propriedade. Eggertsson (*op. cit.*) chama o modelo de “ingênuo” no sentido de que ignora o processo político, mas que tem utilidade para o estudo histórico do desenvolvimento das instituições.

Uma variante do modelo considera os custos de exclusão e os custos de governança interna do sistema de oferta de direitos de propriedade, tendo sido utilizado por Alston, Libecap e Mueller<sup>13</sup> em estudo sobre a formação de direitos de propriedade da terra na região da Amazônia.<sup>14</sup>

Modelos alternativos estudam situações nas quais os direitos de propriedade não emergem, seja devido aos custos políticos ou por razões de intervenção pública com base em critérios de equidade, ou ainda devido a custos de exclusão proibitivos. Aponta-se o caso do sistema comunista que não reconhece direitos. Esta pertence à coletividade (Estado), sendo insuscetíveis de apropriação pelos particulares, embora na prática a captura privada dos direitos coletivos tenha sido prática comum nos regimes comunistas.

O terceiro modelo importante baseia-se na ação dos grupos de interesse da sociedade que procuram interferir no processo normativo. Variáveis importantes são os “custos de transação”, a possibilidade do efeito carona (*free-riding*) e a existência de informação assimétrica.

O modelo considera que, dada a estrutura institucional, os agentes formarão grupos de interesse que otimizarão os seus interesses particulares e comuns. Esse modelo se aproxima do modelo de *rent seeking* apresentado por Krueger<sup>15</sup> e Buchanan.<sup>16</sup>

Importante série de estudos com base no modelo de oferta e demanda de direitos de propriedade no Brasil foi desenvolvido por Bernardo Mueller, Gary Libecap e Lee Alston, podendo servir de exemplo para o enfoque que utiliza elementos quantitativos para testar o modelo que utiliza o exemplo da titulação de terras no norte do Brasil.

## ***Propriedade e governança das “firmas”***

Esta vertente estuda os efeitos das formas de propriedade das “firmas” sobre os resultados econômicos. Importantes na origem dos estudos de governança corporativa, os modelos partem do pressuposto de que os resultados das empresas dependerão não só da estrutura externa de direitos de propriedade (empresas estatais, empresas cooperativas, empresas abertas, sociedades limitadas), como também da estrutura de direitos de propriedade interna à organização caracterizada pelas regras internas e pela estrutura organizacional. Ou seja, regras que definem a alocação dos direitos sobre o resíduo gerado pela firma e as regras que definem direitos de tomada de decisão dentro das firmas.

Toda literatura que focaliza o estudo das relações contratuais de propriedade das “firmas” na forma de responsabilidade limitada, conflitos de agência e regulação do mercado acionário cabe nessa vertente que redonda na análise da governança corporativa.

Ampla literatura, derivada da tese de Berle e Means,<sup>17</sup> com base nos elevados custos de monitoramento dos agentes no caso de propriedade dispersa das ações, leva à formulação da hipótese do surgimento de mecanismos alternativos para o controle da agência, no caso o risco de *take over*, ou seja, a competição no mercado de capitais restringe o oportunismo dos agentes e controla problemas de agência, como preferem Jensen e Mekling.<sup>18</sup>

Os estudos das formas de propriedade como as corporações abertas, sociedades limitadas, fundos mútuos, cooperativas e organizações sem fins lucrativos consideram o papel dos incentivos associados aos direitos de propriedade sobre os resíduos e pela responsabilidade existente sobre as iniciativas estratégicas dos que tomam decisões. O problema aqui apresentado se refere ao fato de que, nem sempre, a totalidade dos efeitos das decisões é sentida pelos agentes que decidem, gerando potencial distorção na alocação dos recursos. Fama e Jensen<sup>19</sup> consideram que, na ausência de mercados por direitos residuais, existe uma tendência de subinvestimento.

Finalmente, um conjunto de contribuições contrasta as diferentes formas de direitos de propriedade das firmas tais como empresas estatais, empresas cooperativas (propriedade coletiva) em contraposição às de propriedade privada, em especial no recente período caracterizado pelo processo de retirada do Estado da produção, seja com a pura privatização, seja com a criação de mecanismos mistos de contratos de concessão de serviços públicos.

Esse é o pano de fundo em que se pretende iniciar a discussão sobre as mudanças legais e institucionais relacionadas à propriedade dos bens de produção, à apropriação dos resultados e à sua projeção sobre o desenvolvimento

econômico e reflexos no aperfeiçoamento do bem-estar geral, ou seja, de que forma é possível, partindo do direito positivo, da Análise da Economia do Direito e das Organizações, melhorar a distribuição de renda e aumentar o grau de satisfação da sociedade.

## Parte II

### Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia

Bernardo Mueller

Na Economia Neoclássica, os direitos de propriedade são perfeitamente definidos e completamente seguros. Nenhum custo é incorrido na obtenção e defesa dos direitos de propriedade, e eles são sempre respeitados. Dada essa hipótese, não é necessário considerá-los explicitamente na análise, pois os bens acabam automaticamente alocados da maneira que maximiza o bem-estar social. Para muitos bens, os direitos de propriedade são suficientemente seguros para que essa hipótese seja razoável. Para outros, porém, direitos de propriedade são custosos e não são totalmente seguros. Nesses casos, a não inclusão explícita dos direitos de propriedade na análise pode comprometer seriamente as conclusões. Esse problema tem motivado o surgimento de diversos ramos da literatura econômica que tentam tornar a análise mais próxima das condições efetivamente observadas no mundo real e que, muitas vezes, têm com objeto central estudar como os padrões de direitos de propriedade afetam o comportamento dos agentes econômicos. Nessa nota darei ênfase particular a duas destas literaturas: a Nova Economia das Instituições (NEI) e a literatura da Análise Econômica do Direito.

A definição dominante de direitos de propriedade, tanto em Economia como em Direito, é de propriedade como sendo um conjunto de direitos (*bundle of rights*) sobre um recurso, que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra interferência por outros agentes.<sup>20</sup> Nessa definição, propriedade consiste em uma série de relações entre pessoas e só incidentalmente envolve uma “coisa” ou um bem.<sup>21</sup> Assim, o dono de um pedaço de terra não tem necessariamente o direito absoluto sobre todos os aspectos daquele lote, mas sim

um conjunto ou uma lista de direitos. Esse conjunto pode, por exemplo, incluir o direito de vender a terra, deixá-la de herança, subdividi-la, cercá-la, impedir que outros a atravessem e o direito de construir uma casa. Ao mesmo tempo, o conjunto de direitos pode não incluir o direito de impedir que outros atirem por cima da terra, de se apropriar de minerais sob a terra, de plantar maconha, de deixar a terra improdutiva e de construir edificações acima de três andares.

Note que os direitos que constam do conjunto não são absolutos e dependem dos esforços que o proprietário coloca em defender cada direito das tentativas de captura por outros indivíduos e da proteção provida pelo governo. Como nota Barzel,<sup>22</sup> é razoável supor que os custos de proteger cada direito são crescentes no nível de segurança desejado, de modo que nunca compensará tentar obter um direito perfeitamente seguro. Sendo assim, alguns atributos do bem permanecerão no domínio público, o que gera incentivos para que outros agentes despendam recursos para tentar capturá-los. Essa perspectiva afeta a forma como o proprietário usará e investirá na proteção do Direito de Propriedade sobre o recurso. Direitos de propriedade que não são perfeitamente seguros desestimulam os investimentos, o que traz, portanto, importantes consequências sobre a *performance* econômica, que é a questão central de interesse dos economistas. Alston, Libecap e Mueller,<sup>23</sup> por exemplo, apresentam evidências de que na Amazônia proprietários de terras com títulos mais seguros adotavam mais investimentos específicos à terra do que aqueles com títulos menos seguros e mostram como direitos de propriedade contribuem para afetar o comportamento econômico dos agentes e o desenvolvimento de mercados. Uma teoria que se abstraia dos direitos de propriedade quando eles não forem bem definidos oferecerá previsões de comportamento dos agentes bem diversas do que efetivamente se observará.

O objetivo da literatura sobre direitos de propriedade, tanto na NEI como na Análise Econômica do Direito, é, portanto, analisar como a definição dos direitos em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes econômicos. A ideia central é que direitos de propriedade seguros e bem definidos, incluindo o direito de vender ou transferir a propriedade, farão com que o recurso venha a ser alocado ao uso que gere mais bem-estar. No entanto, embora o objetivo geral seja igual na NEI e na Análise Econômica do Direito, o objeto de estudo e o enfoque são diferentes. Na segunda, o objeto de estudo são leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente. Note que essa literatura usa o critério de eficiência de Pareto junto com todas as outras premissas da Economia Neoclássica; a diferença está no objeto do estudo, as leis, que não são consideradas naquela literatura. Dessa forma, a



literatura de Análise Econômica do Direito geralmente tem um enfoque normativo, isto é, visa a recomendar como a Economia e a sociedade *deveriam* ser organizadas.

Já a NEI, embora também tenha interesse no efeito das leis sobre o comportamento dos agentes econômicos, leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas. Outra diferença é que a NEI, em geral, embora não seja regra geral, tem um enfoque positivo. Ou seja, ela visa a *explicar* o que causa o comportamento efetivamente observado na Economia. Grande parte dessa literatura busca explicar a realização e a persistência de resultados ineficientes como consequência da existência de instituições que não induzem os agentes a mover para pontos mais eficientes, como acontece no caso de direitos de propriedade mal definidos. O instrumental usado para isso varia de acordo com o praticante, dado que a literatura da NEI não é monolítica, sendo composta por diversos ramos e tendências diferentes. Pode, então, se embasar mais ou menos no instrumental neoclássico, dependendo de quais premissas (maximização de utilidade, racionalidade, equilíbrio) forem relaxadas.

Como forma de organizar a apresentação de diversos aspectos sobre o conceito de direitos de propriedade e como são tratados pelas duas literaturas em foco, a [Figura 5.1](#) mostra um modelo simples que ilustra o processo de surgimento de direitos de propriedade.<sup>24</sup> O modelo será explicado para o caso de direitos sobre terra e depois será generalizado.

O eixo horizontal mede o quão longe um pedaço de terra está do mercado mais próximo, onde o ponto  $O$  é o mercado. O eixo vertical mede o valor presente do fluxo de renda que uma pessoa pode derivar por possuir aquela terra. A linha  $AF$  é o gradiente de renda que mostra o valor presente a cada distância do centro. Note que terra no ponto  $F$  está tão longe que não se pode derivar renda alguma por possuí-la. Espera-se, portanto, que nessa área a terra não seja ocupada ou usada. Suponha que o custo de oportunidade dos indivíduos com menos opções de emprego na sociedade seja igual ao valor  $DE$ . Nesse caso, mesmo nas terras nas áreas entre  $E$  e  $F$  não esperamos ver ocupação ou uso, já que o retorno é muito baixo. Contudo, a partir do ponto  $E$  e movendo na direção do mercado, o valor presente da terra começa a cobrir o custo de oportunidade de alguns indivíduos, de modo que, nessa terra, começaríamos a ver ocupação e uso. Pode-se, portanto, definir o ponto  $E$  como a fronteira agrícola. Nessa terra, em geral, direitos de propriedade não serão bem definidos. Como existe uma abundância de terra com relação à demanda, dado que o valor presente é baixo, a ausência de direitos de propriedade seguros não deverá gerar conflitos, gastos em defesa e outras dissipações de renda. No entanto, à medida que a terra se



aproxima do mercado o valor presente vai aumentando e, eventualmente, chegará a um ponto,  $G$ , no qual a ausência de direitos de propriedade começará a afetar o retorno que pode ser obtido da posse da terra devido à competição pela terra e seus atributos. A linha  $BC$  mostra o retorno obtido caso não se tenham direitos de propriedade adequadamente seguros e seja preciso despende esforços e recursos para policiar sua posse e os investimentos na terra sejam de curto prazo. Já a linha  $AC$  mostra o retorno obtido caso os direitos de propriedade sejam seguros e tais custos não precisem ser incorridos. Note que a distância entre as linhas  $AC$  e  $BC$  pode ser interpretada como “renda” pelo Direito de Propriedade seguro. Essa “renda” representa o quanto o indivíduo estaria disposto a pagar para ter o Direito de Propriedade seguro. A existência dessa “renda” significa que o dono da terra terá um incentivo para dissipar esse valor, incorrendo em gastos defensivos e *lobby* pelo Direito de Propriedade. A distância entre as duas linhas pode ser interpretada também como a demanda por direitos de propriedade. Já a oferta dos direitos de propriedade é determinada pelo processo político e não está representada no modelo. Seria de se esperar que, em algum ponto entre  $G$  e  $O$ , o processo político estabeleça direitos de propriedade sobre a terra.

O propósito central desse modelo é responder à pergunta: como surgem os direitos de propriedade? Embora tenha sido usada como exemplo a propriedade sobre a terra, o modelo pode ser generalizado para outros recursos. O ponto é que quando um recurso não é escasso, não haverá uma demanda por direitos de propriedade. Entretanto, à medida que a economia muda ou cresce, os recursos vão se tornando escassos e, eventualmente, a ausência de direitos de propriedade seguros leva à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriar dos diversos retornos ao recurso. Essa situação gera incentivos para que surja uma demanda por direitos de propriedade seguros que eliminem essa dissipação. Essa dinâmica pode acontecer com qualquer recurso que esteja passando por um processo de se tornar mais escasso, por exemplo, recursos naturais como cardumes de peixes, direitos de propriedade intelectuais sobre marcas e obras artísticas, nomes de domínio na Internet, espectro magnético, entre outros. Para adaptar o modelo, basta mudar a unidade do eixo horizontal de distância da terra para alguma outra medida da escassez do recurso.

Na literatura de direitos de propriedade na Nova Economia Institucional – NEI, existem dois pontos de interesse. O primeiro é o processo de mudança institucional, no qual as instituições são endógenas e deve-se explicar por que tomam a forma observada. A dinâmica de como surgem direitos de propriedade é um exemplo de mudança institucional. O outro ponto de interesse é tomar as



atingir a eficiência econômica, é útil usar o arcabouço do Teorema de Coase.<sup>25</sup> O artigo “The Problem of Social Cost”, no qual Coase colocou a discussão que será descrita a seguir, é atualmente o texto mais citado em Direito e possivelmente o mais citado em Economia,<sup>26</sup> o que se deve aos *insights* gerados e à controvérsia suscitada.

O Teorema de Coase pode ser melhor explicado com um exemplo hipotético. Suponha uma fábrica que jogue dejetos em um rio do qual um fazendeiro retira água para irrigar sua plantação. A poluição no rio reduz a renda do fazendeiro em \$500. O fazendeiro pode evitar esse custo construindo uma planta de purificação de água que custa \$300. Já a fábrica pode eliminar a poluição colocando um filtro que custa \$100. Se a fábrica ou o fazendeiro fecharem ou se mudarem, o custo individual será superior a \$1000. A questão é determinar como a lei deve lidar com esse caso. A quem ela deve dar o Direito de Propriedade sobre o uso da água de modo a levar à alocação eficiente de recursos?

O argumento de Coase é que se não houver custos de transação, então basta que os direitos de propriedade sejam bem definidos, que ambos os agentes irão voluntariamente negociar de modo a levar os recursos ao seu uso mais eficiente. Em outras palavras, contanto que os direitos de propriedade sejam bem definidos e não haja custos de transação, o uso eficiente dos recursos será automaticamente atingido de modo independente de quem tenha direito à água do rio. Note que o uso eficiente de recursos no exemplo é que a fábrica instale o filtro, o que custa \$100. Qualquer outro resultado levaria a um custo maior do que \$100, quer seja a cessação de produção pela fábrica ou pela fazenda (\$1000), a instalação da planta de purificação (\$300) ou o fazendeiro continuar usando água poluída (\$500). Dessa forma, qualquer desses resultados representaria uma alocação ineficiente dos recursos. Quando o fazendeiro tem direito a água limpa, ele estaria disposto a abrir mão daquele direito e deixar a fábrica poluir se esta lhe compensasse em \$300 ou mais, pois então poderia construir a planta de purificação. Todavia, a fábrica prefere colocar um filtro, que lhe custa \$100, e continuar produzindo. Nesse caso, não há barganha, mas o resultado final é o eficiente. Já se a fábrica tem o Direito de Propriedade de poluir o rio, o melhor que o fazendeiro pode fazer é lhe oferecer \$100 ou mais para instalar o filtro. Em ambos os casos, independentemente de quem detinha o Direito de Propriedade, o resultado foi eficiente, ou seja, a instalação do filtro. A distribuição de renda entre os agentes após a barganha é afetada pelo Direito de Propriedade. Aquele que detém o direito sempre sai ganhando. No entanto, a distribuição de renda não é o que está sendo discutido no Teorema de Coase e sim a eficiência econômica.

Não entrarei nas diversas controvérsias e interpretações suscitadas pelo artigo do Coase.<sup>27</sup> O objetivo aqui é analisar como as literaturas da NEI e de Análise Econômica do Direito interpretam o Teorema de Coase. Para a NEI, esse resultado pode ser interpretado notando que, na vida real, direitos de propriedade frequentemente não são bem definidos e custos de transação raramente são baixos. A princípio, isso significaria que os agentes econômicos teriam dificuldades em barganhar para mover a alocação eficiente dos recursos, de modo que os ganhos de troca potenciais não seriam realizados, o que representa uma perda de bem-estar. O que a NEI propõe é que, em vez de simplesmente abrir mão desses ganhos de troca, que podem ser expressivos, os agentes econômicos têm incentivos para organizar suas relações criando instituições que mitiguem os problemas que impedem a negociação, permitindo, assim, que os ganhos de bem-estar sejam realizados. Um exemplo disso é a própria firma, que é uma instituição que suspende o mercado em suas fronteiras e permite que a produção de um bem possa ocorrer a despeito de todos os custos de transação e problemas de direitos de propriedade envolvidos em tal processo.<sup>28</sup> Outro exemplo é a imposição de procedimentos burocráticos e demorados em uma agência regulatória pelo governo que delegou a função de regular. Esses procedimentos impedem que a agência aja de maneira oportunista e fira os interesses do governo antes que ele perceba, reduzindo assim o perigo que o governo incorre ao delegar essas tarefas na presença de assimetrias de informação.<sup>29</sup> Dessa forma, os ganhos de delegação podem ser realizados, pois instituições foram criadas (ou seja, os procedimentos específicos que a agência tem de seguir para tomar qualquer medida) que salvaguardam o interesse do governo e supostamente da sociedade. Este último exemplo ilustra o fato de as instituições não necessariamente levarem à eficiência social, mesmo quando ajudam a realização de ganhos de troca privados.

Para a literatura de Análise Econômica do Direito, a interpretação do Teorema de Coase depende do nível de custos de transação que permeiam o caso específico. Quando os custos de transação são baixos, a recomendação dessa literatura é que a lei deve ser estruturada de forma a remover os obstáculos à negociação privada. A lei pode facilitar a negociação voluntária entre as partes, reduzindo custos informacionais, de monitoração e de comportamento estratégico. Nesse caso, não é importante à qual das partes a lei dá o Direito de Propriedade, contanto que esteja claro. A estratégia da análise na literatura de direitos de propriedade em Análise Econômica do Direito é, portanto, perguntar “como e de que maneira a regra ou instituição de propriedade lubrifica a transferência de recursos ao facilitar as barganhas individuais” (vide nota 20).

Já quando os custos de transação forem altos, os ganhos de trocas decorrentes

da negociação direta entre as partes podem não ocorrer. Nesse caso, o resultado da invariância da alocação final à dotação dos direitos de propriedade tenderá a não se realizar. Esse é o mundo que Coase analisa na segunda metade de *The Problem of Social Cost*. Para essas situações, a literatura de Análise Econômica do Direito recomenda que a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso custos de transação fossem baixos. Nas palavras de Coase, “os tribunais devem compreender as consequências econômicas de suas decisões e devem, até o ponto que isto for possível e sem criar muitas incertezas a respeito da posição legal propriamente dita, levar em consideração estas consequências ao tomar suas decisões” (vide nota 25). Ou, como colocam Cooter e Ulen (*op. cit.*) ao concluir o capítulo sobre a Teoria Econômica de direitos de propriedade em seu livro-texto de Análise Econômica do Direito: “A lei de propriedade (*property law*) portanto estabelece no sistema legal uma estrutura de mercado para a alocação de recursos. Criar, proteger e melhorar esta estrutura transacional é uma de suas funções centrais.”

Segundo Merrill e Smith (vide nota 21), apesar das muitas críticas feitas por Coase em *The Problem of Social Cost* aos critérios usados pelos juízes nos Estados Unidos, na segunda metade do artigo ele mostra mais otimismo com relação à capacidade dos tribunais de fazer uma alocação sensata dos direitos. A esse respeito, existe na Análise Econômica do Direito toda uma literatura que argumenta que o sistema legal consuetudinário (*common law*) tem forças dentro de si que fazem com que as decisões tendam à eficiência econômica.<sup>30</sup> Talvez um ponto de partida para a adaptação da teoria da Análise Econômica do Direito para o caso da lei brasileira seria analisar como casos específicos de disputas por direitos de propriedade são de fato resolvidos e comparar então com a resolução recomendada pela Teoria Econômica normativa. Caso essas soluções diverjam, a tarefa seria sugerir como a lei poderia ser mudada para levar à solução economicamente eficiente.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. MERCURO N, MEDEMA SG. *Economics and the Law* Princeton University Press 1997.
2. COASE R. The Nature of the Firm. *Economica*. 1937;4(3):386–405.
3. COASE R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. 1960;3(1):1–44.
4. COASE R.H. “The Institutional Structure of Production” *Nobel*

Lecture. The Nobel Foundation, 1991.

5. NORTH DC. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* Cambridge University Press 1990.

6. WILLIAMSON OE. *The Economic Institutions of Capitalism* The Free Press 1985.

7. EGGERTSSON T. *Economic behavior and institutions*” Cambridge surveys of economic literature 1990.

8. BARZEL Yoram. *Economic Analysis of Property Rights* Cambridge University Press 1989.

9. RICKETTS M. *The Economics of Business Enterprise: New Approaches to the Firm* The Harvester Press 1987.

10. Traduziremos o termo *enforcement* por coerção.

11. DEMSETZ H. Towards a theory of property rights. *American Economic Review*. 1967;2(57):347–359.

12. Ver obra de Elinor Ostrom para maior aprofundamento no tema do uso de recursos de propriedade compartilhada.

13. ALSTON LJ, LIBECAP GD, MUELLER B. *Titles, Conflict and Land Use* Michigan University Press 1999.

14. Para detalhe, ver a descrição do modelo feita por Bernardo Mueller no presente volume.

15. KRUEGER AO. The Political Economy of the Rent Seeking Society. *American Economic Review*. 1974;64:291–303 (3-junho).

16. BUCHANAN J, TOLLINSON R, TULLOK G. *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society* A&M University Press 1980.

17. BERLE A, MEANS G. *The Modern Corporation and Private Property* MacMillan 1932.

18. JENSEN MC, MECKLING WH. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. 1976;3:305–360 – outubro.

19. FAMA EF, JENSEN MC. Separation of Ownership and Control. *Journal of Law and Economics*. 1983;26:301–325 – junho.

20. COOTER R, ULEN T. *Law and Economics* Glenview, Scott: Foresman and Company; 1988.

21. Vide MERRILL T.W. SMITH H.E. “What Happened to Property in Law and Economics *The Yale Law Review*, Vol. III:357–398, 1988, para uma crítica à dominância desta definição e a defesa do conceito *in rem* de direitos de propriedade, pelo qual propriedade é uma relação particular entre uma pessoa e uma “coisa”.

22. BARZEL Y. *Economic Analysis of Property Rights* Cambridge

University Press 1989.

23. ALSTON LJ, LIBECAP GD, MUELLER B. *Titles, Conflict and Land Use* Michigan University Press 1999.

24. Este modelo está baseado em ALSTON L.J., LIBECAP G.D. e MUELLER B., (*Op. cit.*).

25. COASE R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. 1960;3(1):1–44.

26. MERRILL e SMITH, *op. cit.*

27. USHER D. The Coase Theorem is Tautological, Incoherent or Wrong. *Economic Letters*. 61:1998;3–11 Ver por exemplo o seguinte artigo de título sugestivo.

28. COASE R. The Nature of the Firm. *Economica*. 1937;4(3):386–405.

29. MCCUBBINS RN, WEINGAST BR. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. *Journal of Law Economics and Organization*. 1987;3:234–277.

30. Ver trabalhos citados em COOTER e ULEN (*op. cit.*, p. 492–499).

## CAPÍTULO 6

# Economia dos contratos

Rachel Sztajn Decio Zylbersztajn e Paulo Furquim de Azevedo

## Introdução

O presente capítulo é composto por duas partes, ambas com o propósito de explorar e desenvolver o estudo da Economia dos Contratos. Na primeira parte, Zylbersztajn e Sztajn apresentam algumas teorias contratuais da firma. Na segunda parte, Azevedo apresenta aprofundada análise da Economia dos Contratos.

## Parte I

## Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas

Decio Zylbersztajn Rachel Sztajn

*As pessoas continuamente fazem promessas: vendedores prometem felicidade, amantes prometem casamento, generais prometem vitória e crianças prometem se comportar melhor. A lei se envolve quando alguém busca fazer valer a promessa.*<sup>1</sup>

## Introdução

Se a lei surge como uma das maneiras de se fazer valer um contrato, a Economia pode ser vista como importante no desenho e na escolha do contrato. O presente



ensaio tem por objetivo introduzir o conceito de contratos na área do conhecimento que se convencionou denominar Análise Econômica do Direito, apreciando algumas das diferentes óticas associadas ao seu uso. A análise econômica tradicional ressalta o papel dos preços na alocação dos recursos, considerando a firma uma caixa-preta na qual as decisões de produção são tomadas. Os autores, que trabalham com o conjunto de teorias que se convencionou chamar de “teorias contratuais da firma”, consideram-nas um feixe de contratos, sendo fundamental reconhecer qual o conceito de contrato que baliza tais teorias. Menos do que contrastar os conceitos jurídico e econômico de contrato, este capítulo discorre sobre o conceito econômico de contratos na segunda parte, apresenta as teorias contratuais da firma na terceira parte e, na quarta parte, discorre sobre o potencial para aplicações empíricas e conclusões.

## Conceito Econômico De Contrato

Conforme afirmam Werin e Wijkander,<sup>2</sup> a Teoria Econômica ignorou os contratos por muitos anos. Influenciados pelo trabalho de Ronald Coase, os economistas e cientistas das organizações passaram a ver as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos. A partir do trabalho de Coase, abriu-se o caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que denominamos firma vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. Formas alternativas de coordenação (governança) e ambientes institucionais distintos trarão resultados diferentes para as organizações, daí a importância do tema para o estudo das estratégias.

A essência econômica do contrato é a promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas. Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes. Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação).

Masten<sup>3</sup> define o contrato *stricto sensu* como uma promessa salvaguardada

pelo ambiente institucional, no qual é possível a aplicação de uma sanção no caso de descumprimento. Ou seja, o autor considera como contrato apenas as relações suportadas pelo aparato jurídico e sujeito à coerção pública. Outros autores, como Klein,<sup>4</sup> consideram um contrato quaisquer promessas, mesmo as não passíveis de salvaguarda jurídica, explorando outros mecanismos que contribuem para a sua *performance*, surgindo o conceito de intervalo de autorregulação.<sup>5</sup> Sob a ótica relacional, são contratos as promessas baseadas em salvaguardas ditadas pelos diferentes incentivos à continuidade, pelos mecanismos reputacionais e pelas sanções sociais informais, entre outros. Barzel<sup>6</sup> esclarece que existem direitos de propriedade econômicos e direitos de propriedade jurídicos. Os últimos são salvaguardados por contratos, podendo contar com o aparato da justiça para sua garantia. Os primeiros são caracterizados por acordos informais, garantidos por mecanismos sociais.

Sob a ótica da Economia das Organizações, um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção. A teoria da escolha contratual prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem objetivos predefinidos. Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas.

Assim, são três as razões apontadas por Masten (*op. cit.*) para a existência dos contratos, a saber: prover a alocação eficiente do risco (teoria de agência), prover incentivos eficientes (teoria dos incentivos) e economizar em custos de transação *ex post* (Economia dos Custos de Transação).

As teorias contratuais da firma consideram a existência de custos associados ao desenho dos contratos, custos de monitorar o seu cumprimento, bem como de resolver os problemas que emergem a partir do seu descumprimento. Existem diferentes ênfases entre as teorias de agência, da Análise Econômica do Direito,<sup>7</sup> da Economia dos Custos de Transação e da teoria dos incentivos. Podem ser destacadas diferentes teorias de contratos subjacentes à teoria das organizações, entre as quais se destacam: a teoria do agente-principal, a literatura de Economia e Direito e a teoria de contratos relacionais.

As principais distinções entre as teorias estão presentes nas funções do processo de contratação, nos custos de contratação, na relevância dos problemas pós-contratuais, no papel dos tribunais que se reflete na relevância distinta de explicações com base no ordenamento privado e ordenamento público e na sua

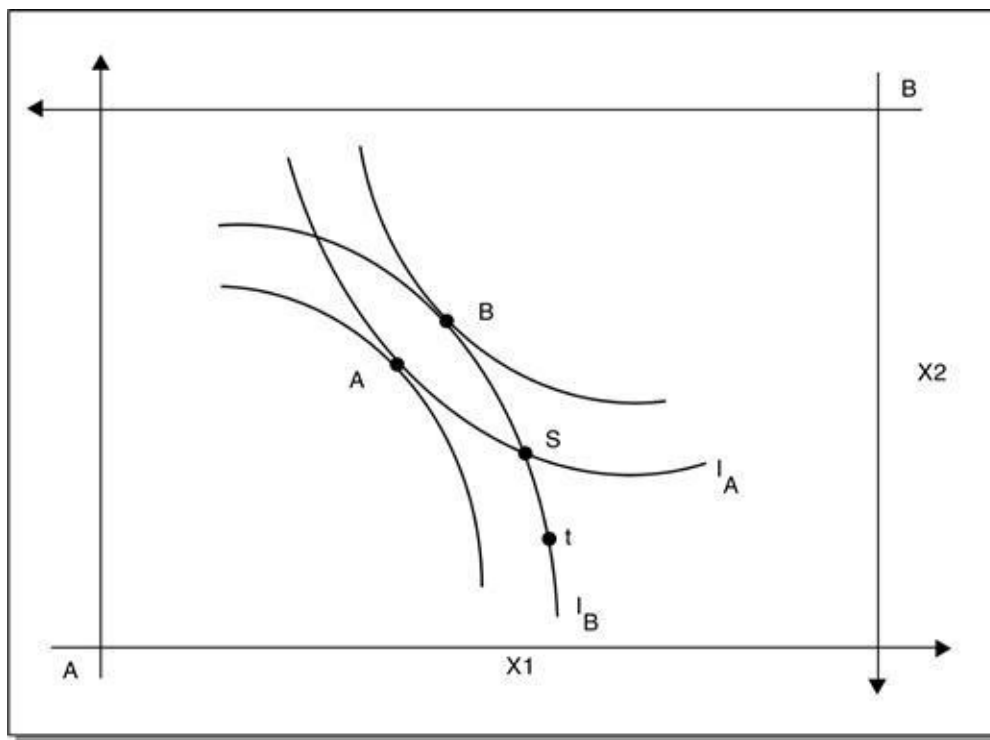
capacidade de explicar os arranjos existentes.

## Teorias Contratuais

Sem uma preocupação com a exata delimitação entre as diferentes teorias, podem ser consideradas a teoria neoclássica, a teoria da agência, a Nova Economia Institucional e a teoria da Análise Econômica do Direito. O ponto de partida para a análise das teorias dos contratos é o paradigma de Arrow-Debreu, segundo o qual os contratos emergem entre as partes com base na existência de um “leiloeiro” que atua como um agente facilitador da tomada de decisão dos agentes. Em tal caso, os contratos são destituídos de qualquer atributo de realidade ou associação com o mundo real, representando arranjos ótimos de produção ou consumo na existência de informação perfeita e atitudes benignas dos agentes. Sob tal ótica, um leiloeiro (*auctioneer*) trará as informações relevantes para os tomadores de decisão sem conflitos contratuais, permitindo a formação de contratos ótimos (*first best solution*). Incentivos de preços e ganhos de troca serão suficientes para que os agentes realizem trocas e sempre caminhem no sentido da curva de contrato, sobre a qual ganhos paretianos serão realizados. Maior realismo aparece na Economia das Organizações que focaliza as firmas como um feixe de contratos, à moda de Coase.

A segunda corrente é a teoria com base na Nova Economia Institucional (ou teoria com base nos direitos de propriedade), ou ainda classificadas como teorias de contratos relacionais. A terceira é a teoria que se baseia na existência de informações assimétricas, dando base à literatura de agência, e a quarta teoria focaliza a interface do Direito e Economia.

A Teoria Econômica do equilíbrio geral pressupõe que os agentes poderão desenhar contratos eficientes e negociar a custo zero, podendo sempre definir posições de equilíbrio sobre o que se convencionou chamar de linha de contrato. Existirão negociação e avanço do tipo paretiano, se os agentes puderem negociar direitos de propriedade que levem a uma melhoria das partes que negociam, ou se uma parte puder melhorar compensando a posição da outra parte. Sob esse enfoque, as firmas como organizações que tomam decisões estratégicas não são relevantes, emergindo os arranjos produtivos apenas das relações de eficiência ditadas pelo papel dos preços como alocador de recursos. Os conceitos de curva de contrato surgem na análise de equilíbrio como sendo um conjunto de pontos associados a escolhas dos agentes que representam pontos de equilíbrio de Pareto.



**FIGURA 6.1** Curva de contrato.

Segundo a lógica da produção, pode ser definido o espaço tecnologicamente factível representado pela caixa de Hedgeworth, segundo a qual duas firmas *A* e *B* alocam dois insumos finitos,  $X_1$  e  $X_2$ , plenamente utilizados em cada período de produção. O produto  $Y$  é produzido utilizando proporções diferentes de  $X_1$  e  $X_2$ . As curvas representam isoquantas, que são pontos de alocação dos insumos que levam ao mesmo nível de produção, tornando explícito o conceito de substituição e da tecnologia subjacente à produção. As duas firmas *A* e *B* buscam atingir a maior isoquanta, ou seja, o maior nível de produção, dado o relativo dos preços dos insumos. Um ponto como *t*, sobre a curva  $Y_b$ , será ineficiente, pois mais produção será possível se as duas firmas *A* e *B* recontratarem de *t* para *s*, sendo o último ponto situado sobre as duas curvas de isoquanta  $I_a$  e  $I_b$ . No caso, a firma *B* manteve o total produzido e aceitou recontratar o uso dos fatores para que a firma *B* aumentasse a sua produção. A curva de contrato  $AB$  é definida como o ponto de tangência entre as isoquantas, sendo ditado pelas características da tecnologia de produção do crédito  $Y$ .

Saindo do irrealismo da Economia Neoclássica, a introdução de informação assimétrica e risco moral permite que se parta do pressuposto fundamental do comportamento maximizador benigno e se insira a possibilidade de existirem fenômenos não observáveis que afetam a decisão dos agentes e a *performance* dos contratos. A teoria do agente-principal assume que, em um contrato típico, o

estado da natureza e o esforço da parte contratada podem não ser observáveis e que os agentes aplicarão esforços para produzir, com base em incentivos totalmente determinados *ex ante*. Os agentes são avessos ao risco enquanto o principal é neutro com relação ao risco, portanto a alocação ótima do risco permite que se definam parâmetros de incentivo eficientes determinados no desenho do contrato.

A teoria de agência considera a impossibilidade de desenhar contratos ótimos, devido à existência de assimetria informacional (informação oclusa ou ação não observável), o que se choca com o paradigma de Arrow-Debreu. A teoria de agência não considera aspectos pós-contratuais, sendo, portanto, o papel das cortes irrelevante.

A teoria da agência tem como elementos fundamentais a existência de objetivos conflitantes entre o principal e o agente, custos positivos de observabilidade e mensuração e graus diferentes de aversão ao risco entre o agente e o principal. A teoria busca definir um desenho contratual ótimo que levará o agente a alocar o esforço desejado na produção, alocando risco e dividindo os resultados de forma eficiente. São variáveis fundamentais o esforço do agente (associado a uma desutilidade) e o grau de observabilidade do produto e do esforço do agente. A teoria assume que a produção é função do esforço do agente e de um termo aleatório que implica a dificuldade de concluir se um problema de subperformance produtiva deveu-se à falta de esforço ou ao efeito do ambiente.

A Nova Economia Institucional, diferente da agência, releva e dá destaque aos custos pós-contratuais decorrentes de problemas de oportunismo e de mensuração. Conforme afirma Cheung,<sup>8</sup> os custos de transação são típicos do universo não walrasiano. Logo, o delineamento de direitos de propriedade e a existência de mecanismos de solução de disputas serão requisitos para a redução nos custos de transação e para o funcionamento dos mercados.

O desenho ou a escolha dos termos dos contratos será função das regras legais, da capacidade de coerção das cortes de justiça e do surgimento de mecanismos privados de salvaguardas para os agentes envolvidos com os contratos. Sendo as firmas vistas como arranjos contratuais, a escolha entre arranjos alternativos dependerá de razões de eficiência, sendo superiores aqueles que oferecerem incentivos e mecanismos de solução de disputas mais eficientes. Diferente da Economia Neoclássica, a escolha do arranjo contratual é essencialmente uma escolha estratégica dos agentes.

Na Análise Econômica do Direito, preconiza-se que a lei ou a sua aplicação leva à melhoria da eficiência e bem-estar dos agentes. Quem faz a escolha são os tribunais, que conseguem definir o contrato ideal ou a sua aplicação a custo zero.

O objetivo central passa a ser o de motivar os agentes a cooperar transformando situações sem solução não cooperativa em soluções factíveis. Tal é o objetivo dos tribunais e dos mecanismos estudados na teoria. Diferentemente da Nova Economia Institucional que privilegia os mecanismos privados para o desenho contratual, na Teoria Econômica do Direito o foco da atenção se dá sobre a operação dos tribunais de justiça. Permite que se considerem os contratos incompletos, mas, em vez de admitir que os agentes privados farão esforços *ex ante* para desenhar mecanismos para completar os contratos, focaliza o papel da justiça como provedora de soluções a custo zero. Assim, segundo Cooter e Ulen (*op. cit.*, p. 222), “garantindo o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para a cooperação eficiente”.

**Teoria dos Contratos Incompletos:** com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas *a posteriori*. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos, e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais.

A teoria de agência considera a ação oportunística dos agentes e pressupõe a possibilidade de desenhar contratos eficientes considerando a alocação eficiente do risco e dos incentivos no desenho do contrato. Estudos de franquia têm sido tipicamente conduzidos utilizando essa ótica teórica tal como trata Lafontaine.<sup>9</sup>

Outra vertente da literatura avalia a alocação dos direitos de decisão pós-contratuais para preencher as lacunas oriundas da não previsibilidade. A literatura baseada no trabalho de Grossman e Hart<sup>10</sup> avalia os critérios para a alocação dos direitos de decisão. Em tais modelos, a negociação *ex post* entre as partes é considerada possível, diferente da teoria de agência, segundo a qual os direitos de decisão para o preenchimento das lacunas contratuais são definidos *ex ante*, segundo uma ótica de eficiência. De modo simplificado, a alocação eficiente dos direitos de decisão (para o preenchimento de lacunas) é direcionada para o agente que maximiza o valor da relação econômica, o que coloca essa teoria no quadro daquelas que preconizam a definição privada da solução para os problemas contratuais.

A teoria dos contratos relacionais<sup>11</sup> enfatiza o processo de ajuste dos acordos em substituição ao detalhamento dos mesmos. Segundo os autores, os contratos apenas colocam em marcha um processo de negociação de longo prazo que é custoso, entretanto mais eficiente do que o ônus de desenhar contratos pretensamente completos. Na verdade, essa teoria considera que as formas de governança surgem de modo a priorizar os mecanismos de ajuste e relevam desde o papel das cortes até outros aspectos como os elementos reputacionais,

que dão suporte aos acordos contratuais. Em tal vertente, o conceito de contrato utilizado extrapola aquele afirmado por Masten, no qual apenas os acordos apoiados pelo ambiente legal são relevantes e vistos como contratos.

Na área da Análise Econômica do Direito, a teoria concebe o contrato como uma forma de comunicar os objetivos destinados a obter a *performance* acordada. Reconhece a impossibilidade de definir contratos completos, entretanto assume que as cortes são capazes de resolver os conflitos pós-contratuais a custo zero e de modo não tendencioso. Portanto, os tribunais são os agentes capazes de implementar as modificações que levam a otimizar o valor da relação, em substituição aos agentes privados. É mais importante a definição de regras para garantir a *performance* dos contratos e menos importante a lógica da transação que originou o contrato.

As críticas ao enfoque da Análise Econômica do Direito estão no fato de que se as cortes são eficientes, qual seria a razão para agentes se esmerarem no desenho e escolha de termos contratuais? Na presença de custos positivos das cortes e de potenciais vieses, a lógica privada, ou seja, o desenho de contratos em que os agentes definem mecanismos privados que evitem ou resolvam as disputas passa a ser importante.

A preocupação de Williamson (ver Capítulo 2) com a extensão da Análise Econômica do Direito para o que ele mesmo denominou de *Law, Economics and Organization* explicita o tema da vigorosa hibridação entre a Teoria Econômica (que na sua base neoclássica pouca ênfase coloca nos contratos) com o Direito (que não enfatiza a importância da escolha contratual em relação ao efeito que causa sobre as organizações) e com a Administração, que, em sua tradição brasileira, tem negligenciado a Teoria Econômica explicativa da estrutura das organizações e das suas estratégias.

Tudo indica que a área da Análise Econômica do Direito e das Organizações, incorporando o conceito da Economia dos Custos de Transação, possa trazer fértil campo de investigação com interesses nas áreas da Economia Aplicada, Direito, Administração, Ciências Contábeis e Ciências Políticas.

## Aplicações Empíricas E Conclusões

Uma considerável quantidade de estudos empíricos vem sendo conduzida aplicada ao tema dos contratos. Metodologias de estudo de caso são úteis, como indica a literatura produzida por Ronald Coase e Benjamin Klein a partir do debate desenvolvido há décadas sobre o caso Fisher Body e GM,<sup>12</sup> abordando o tema da quebra contratual oportunística.<sup>13</sup> Debate tão intenso é travado na literatura para responder se houve quebra contratual oportunística por parte da



GM com a Fisher Body, cuja solução é tão provável quanto o debate da traição de Capitu na obra *Dom Casmurro*. Outros métodos com base quantitativa são utilizados no estudo de contratos de franquia, como atestam os diversos estudos de Lafontaine e no Brasil de Azevedo e Silva.<sup>14</sup>

Diversos estudos na área da Economia dos Custos de Transação procuram associar medições dos parâmetros explicativos das características das transações, tais como a especificidade dos ativos, com a estabilidade ou a duração dos contratos. Nessa linha, são conhecidos os estudos de Joskow<sup>15</sup> sobre os contratos de energia nos Estados Unidos e no Brasil de Zylbersztajn e Lazzarini<sup>16</sup> e Zylbersztajn e Miele<sup>17</sup> sobre a duração de contratos de licenciamento no mercado de sementes e de contratos entre agricultores e agroindústrias.

O estudo econômico dos contratos esbarra em obstáculos associados à falta de informação disponível. Se por um lado os economistas tradicionais encontram nos preços e nas quantidades abundantemente informadas a matéria-prima essencial para a condução de estudos empíricos, na área da Economia dos Contratos as bases de dados são muito incipientes.

São os próprios pesquisadores que buscam as fontes de dados primários. Cabe dar destaque à iniciativa pioneira de Kenneth Lehn na Universidade de Pittsburgh com a montagem do primeiro centro destinado a coletar e disponibilizar informações sobre contratos. O centro foi citado no discurso de Ronald Coase ao receber o Prêmio Nobel. O centro migrou para a Universidade de Missouri, onde reside o Contracting and Organizations Research Institute — CORI, que persegue o mesmo objetivo.<sup>18</sup>

Seja dado destaque ao fato de que os programas de pesquisa na área de Direito, Economia e Organizações são muito mais frequentes nos Estados Unidos e na Europa do que no Brasil. Isso implica que temos um enorme campo à disposição para o avanço dos estudos da interface entre Direito, Economia e Organizações, com base em um instrumento de grande utilidade empírica, o contrato.

Cabe a nós desvendarmos as informações adormecidas nos tribunais e nas empresas privadas, que poderão ser úteis para a prática do Direito, para os Tribunais de Justiça e para as estratégias das organizações.

## Parte II

### Contratos — uma perspectiva econômica



## Introdução

Imaginem a seguinte situação: um aluno dedicado de Economia, formado no final dos anos 1960, segue a sua carreira profissional distante dos ares da academia. Na virada do milênio, ansioso pela volta aos bancos escolares, busca informação sobre os cursos disponíveis e sobre as publicações correntes na área. Entra em estado de choque. Em um primeiro momento, acredita ter obtido as informações sobre o curso errado. Em um segundo momento, fica deprimido pela depreciação de seu conhecimento. Entre as diversas mudanças que nota, uma é especialmente intrigante: o termo “contrato”, antes de uso restrito a seus colegas de Direito, passou a ser uma figura central no pensamento econômico. Sua aplicação é variada, abrangendo praticamente todas as áreas da Economia, sendo o reconhecimento de sua importância uma quase unanimidade no pensamento econômico.

Um contrato é um acordo, entre duas ou mais partes, que transmite direitos entre elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres.<sup>19</sup> Esse tipo de relação manifesta-se concretamente de diversos modos, variando em complexidade, forma, tempo, salvaguardas e capacidade de se fazer cumprir os termos acordados (*enforcement*). Em uma simples compra de uma maçã, celebra-se um contrato em que uma parte se obriga a transferir o Direito de Propriedade sobre a fruta, recebendo, em contrapartida, o Direito de Propriedade sobre o dinheiro utilizado para a sua compra. Nesse caso, a negociação dos termos do contrato pode ter sido tácita, estando, ademais, qualquer dever extinto após o pagamento e entrega do bem. Em relações complexas, como o franqueamento, há a transferência, por parte do franqueador, de direitos de uso e usufruto de um ativo intangível — uma marca ou um conceito de negócio — a um franqueado que, em troca, paga taxas diversas ou contribui com ativos complementares. Nesse tipo de contrato, há diversos deveres a que as partes se sujeitam pelo período de vigência do contrato, cujo fim não é necessariamente especificado. O franqueado, por sua vez, deve respeitar estritamente o padrão de qualidade associado à marca — atendimento, limpeza, preparo do produto ou execução do serviço —, assim como, em geral, restringir suas atividades à operação desse negócio específico. O franqueador, por sua vez, tem o dever de investir em bens coletivos, do interesse da rede de franqueados, como a propaganda e desenvolvimento de novos produtos ou processos. Essa complexidade manifesta-se, nesse caso, no contrato formal, que é carregado de

salvaguardas e provisões para eventos futuros que possam afetar o comprometimento das partes com os termos inicialmente acordados.

Sendo um elemento fundamental, que oferece amparo à troca e às relações econômicas de um modo geral, é de se estranhar o porquê de o contrato ter sido incorporado ao pensamento econômico tão tardiamente. A explicação está nos pressupostos em que se assentava a parte mais influente da Teoria Econômica. Em seus modelos abstratos, a Economia supunha que as interações econômicas eram feitas por pessoas com capacidade cognitiva ilimitada e que tinham à sua disposição, sem custos, toda a informação relevante de que necessitavam. Adicionalmente, assumia-se que o sistema Judiciário poderia ser utilizado sem custos, de tal forma que os termos estabelecidos nas trocas ou nas interações entre essas pessoas seriam forçosamente cumpridos. Nesse mundo analítico, não havia custos de se comprar ou vender, de se fazer um contrato entre empresas ou mesmo de se contratar os empregados de uma firma. Em outras palavras, embora o conhecimento vigente pudesse explicar alguns importantes fenômenos econômicos, supunha-se implicitamente que custos de transação eram negligenciáveis. Não havendo custos em se transacionar, é pouco relevante discutir o modo pelo qual uma transação é feita, ou seja, qual é o desenho dos contratos para cada transação.

A partir do final dos anos 1960, entretanto, elementos que impõem custos à transação foram pouco a pouco sendo incorporados à Economia. A simples consideração de que uma parte pode deter informações que sua contraparte não possui (informação assimétrica) foi suficiente para que o desenho do contrato passasse a ser um determinante do desempenho econômico. Em síntese, a informação assimétrica pode resultar na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). Em outras palavras, contratar é uma atividade custosa e, portanto, o modo de se proceder à contratação é relevante para atenuar esses custos, com efeitos diretos sobre o desempenho econômico. Paralelamente, as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário não é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas. Os contratos conquistaram, então, um espaço de destaque na Economia.

Este texto dedica-se à ambiciosa tarefa de sumariar, para não economistas, os principais pilares que sustentam a teoria de contratos em uma perspectiva econômica. Ambiciosa porque seu objetivo — um texto compreensivo — contém em si o conflito de seu duplo sentido de clareza e abrangência. Essa

difficuldade em conciliar um discurso compreensível com um retrato fiel da Teoria Econômica dos contratos é excessiva, o que faz este autor abandonar qualquer pretensão de uma revisão abrangente da literatura. Espera-se, contudo, que este texto ainda consiga apresentar seus principais pontos e o papel que contratos assumem em uma análise econômica.

O artigo divide-se em seis seções, incluindo esta introdução. A segunda seção mostra algumas motivações econômicas para que pessoas realizem contratos e se imponham, por interesse mútuo, deveres e obrigações. A terceira seção procura mostrar as dificuldades de fazer cumprir contratos e como essa dificuldade afeta a escolha por um determinado desenho contratual. A quarta seção investiga o surgimento dos contratos e os constrangimentos à opção por uma forma contratual impostos pelo contexto histórico em que as partes se inserem. A quinta seção faz um pequeno mapa da literatura e sugere leituras adicionais. Finalmente, a sexta seção traz algumas considerações finais sobre a agenda de pesquisa sobre o tema e o espaço de interação entre pesquisadores das áreas de Economia e Direito.

## Motivações Econômicas Para A Contratação

A primeira questão que se abre para um economista é por que um acordo, algo de interesse mútuo das partes, precisa se transformar em uma transferência de direitos e no estabelecimento de deveres. Um contrato, ao criar deveres, limita as possibilidades de ação das partes. Além disso, mais do que uma restrição ao comportamento (coibir um conjunto de atitudes), um contrato sugere comportamentos desejáveis às partes. A pergunta central é, portanto, qual é o interesse das partes em restringir suas possibilidades de ação?

Uma resposta a essa questão pode ser encontrada em um resultado clássico da teoria da interação estratégica (Teoria dos Jogos), particularmente em um problema denominado “dilema dos prisioneiros”. Em resumo, há casos — bastante comuns, diga-se de passagem — em que a ação na busca do interesse individual resulta em uma situação indesejável pelo coletivo.<sup>20</sup> Em outras palavras, ao escolher o que é melhor para si, cada parte pode impor perdas às contrapartes, o que pode acarretar um resultado pior para todos. Há ganhos, portanto, ao limitar o comportamento das partes (em especial aquele que é mais desejado do ponto de vista individual), com o objetivo de alcançar uma situação coletivamente superior.<sup>21</sup>

Relações comerciais diversas — como, por exemplo, um franqueamento — apresentam esse mesmo problema de descolamento entre a decisão individual e o desejável entre duas ou mais partes. Do mesmo modo que no “dilema dos

prisioneiros”, franqueado e franqueador podem realizar ganhos coletivos que não ocorreriam na ausência de algumas restrições ao comportamento. Ao transferir o direito de uso e usufruto de uma marca e formato de um negócio aos seus franqueados, o franqueador tem interesse de que o produto ou serviço seja oferecido segundo padrões preestabelecidos de qualidade. Esse interesse decorre dos motivos que determinam o valor da marca objeto do franqueamento.

A função econômica de uma marca é transmitir alguma informação relevante ao processo de compra, sendo o seu valor dado por esse serviço prestado ao vendedor e ao comprador. Uma marca pode se depreciar, portanto, se perder a capacidade de transmitir a informação, o que é possível de ocorrer se houver alguma frustração das expectativas do consumidor após o consumo. Dito de outro modo, se um consumidor escolhe um produto tendo a marca como um elemento de apoio à decisão, sua experiência de consumo deve confirmar as informações sobre os atributos do produto transmitidos pela marca; caso contrário, ela perde a capacidade de transmitir informações e, como consequência, perde valor. Por esse motivo, é de grande interesse do franqueador — detentor da marca e eventual prejudicado por sua perda de valor — a manutenção dos padrões de qualidade nos produtos ou serviços providos pelos franqueados.

Aos olhos do franqueado, contudo, a manutenção de um padrão de qualidade é um custo arcado, em sua maior parte, individualmente. Manter instalações limpas, utilizar-se de insumos de qualidade superior (e, portanto, mais caros), entre outros, são alguns dos requisitos para a manutenção do padrão de qualidade, cujo custo recai integralmente sobre o franqueado. Um franqueado que atende ao padrão de qualidade é diretamente beneficiado, uma vez que seus consumidores estarão propensos a retornar ao ponto de venda. O maior beneficiário, entretanto, é o franqueador, que assegura a manutenção do valor de sua marca. Na ótica do franqueado, que arca com o custo integral de prover o padrão de qualidade e divide com o franqueador os benefícios dessa ação, níveis altos de qualidade podem implicar prejuízo. Em uma situação como essa, o padrão de qualidade por ele desejado é inferior ao acordado com o franqueador.

Ao mesmo tempo, é de interesse do franqueado que o franqueador invista em propaganda, no desenvolvimento de novos produtos e em demais serviços de apoio à sua atividade, investimentos que têm o efeito de aumentar a clientela em cada ponto de venda. No limite, essas ações poderiam ser feitas pelo próprio franqueado, o que reduziria sua dependência com relação ao franqueador. Entretanto, tanto a propaganda quanto o desenvolvimento de produtos são atividades sujeitas a fortes economias de escala, isto é, quanto maior o volume de produção, menores são os custos unitários. Há, como consequência, ganhos

ao centralizar essas atividades nas mãos do franqueador, que seria então responsável por promover a marca e desenvolver novos produtos para toda a rede. Mais uma vez, há um descolamento entre o interesse individual e o coletivo. Se o custo de desenvolvimento de novos produtos, por exemplo, recair inteiramente sobre o franqueador e o benefício dessa atividade for distribuído por todos os componentes da rede de franquias, que receberiam mais clientes nos pontos de venda, é de interesse do franqueador investir menos em novos produtos do que a rede como um todo desejaria.<sup>22</sup> Reunindo em um mesmo quadro a posição em que se encontram as duas partes dessa relação econômica, tem-se um resultado possivelmente desastroso. O franqueado venderia produtos de menor qualidade, provocando a perda do valor da marca do franqueador, que, em contrapartida, faria poucos investimentos em novos produtos, o que reduz, com o tempo, a presença de clientes nos pontos de venda. Entretanto, seria melhor para ambas as partes que esse tipo de comportamento fosse eliminado, havendo ganhos para toda a rede com a manutenção dos padrões de qualidade e desenvolvimento de novos produtos.

Um modo bastante simplificado de representar esse dilema pode ser visualizado na [Tabela 6.1](#), que contém duas possíveis ações para franqueado e franqueador e o resultado que cada um obtém com as suas interações. Nas colunas estão as ações do franqueado, que pode atender ao padrão de qualidade especificado pelo franqueador ou prover um produto ou serviço de qualidade inferior. Nas linhas estão as possíveis ações do franqueador, que pode investir tempo e recursos para o desenvolvimento de novos produtos ou, mais genericamente, serviços de apoio ao franqueado. Cada um dos quatro quadrantes contém o resultado da justaposição das ações de ambas as partes, sendo o primeiro número entre parênteses o ganho obtido pelo franqueador, e o segundo, o ganho do franqueado.<sup>23</sup>

## **Tabela 6.1**

### **Interesse comum e conflito em relações de franqueamento**

<b>Franqueado</b> <b>Franqueador</b>	<b>Atende ao padrão de qualidade</b>	<b>Não atende ao padrão de qualidade</b>
Investe em serviços de apoio ao franqueado	(10, 10)	(0, 12)
Não investe	(12, 0)	(1, 1)

A situação ideal para as duas partes está expressa no primeiro quadrante, quando franqueado e franqueador tomam as ações que redundam em benefícios

para as suas contrapartes. Nesse caso, cada parte individualmente obtém um ganho correspondente a 10, resultando em benefício conjunto de 20. Se nenhuma das partes realiza as ações de interesse coletivo, o resultado conjunto é o menor possível, representado no quarto quadrante, em que cada parte obtém o ganho de apenas uma unidade. Contudo, o melhor dos mundos para o franqueado é receber os serviços de apoio do franqueador sem incorrer nos custos de manter o padrão de qualidade, situação representada no segundo quadrante em que o franqueado obtém o retorno de 12 unidades. Essa situação, por outro lado, é o pior dos mundos para o franqueador, que, além de incorrer com os custos do serviço de apoio, defronta-se com a perda de valor de sua marca, em decorrência da frustração dos consumidores ao adquirirem produtos ou serviços com qualidade inferior àquela que a marca havia lhes transmitido. Finalmente, a situação inversa, expressa no terceiro quadrante, ocorre quando o franqueado atende estritamente aos padrões de qualidade, mas não recebe do franqueador os serviços de apoio de que necessita.

Sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não cooperação. Aos olhos do franqueado, sua decisão deve se pautar pelo resultado obtido para cada ação possível por parte do franqueador. Desse modo, se o franqueador não investir em serviços de apoio (segunda linha da [Tabela 6.1](#)), o franqueado teria um ganho individual maior se não oferecesse o produto ou serviço na qualidade especificada (afinal 1 é melhor do que 0). Sua decisão não seria diferente se o franqueador lhe oferecesse, de fato, os serviços de apoio de que necessita (primeira linha). Ainda nesse caso, seria mais vantajoso ao franqueado sabotar o nível de qualidade, mesmo desfrutando de uma ação do franqueador que é seu interesse, o que lhe proporcionaria o ganho de 12 unidades em vez de 10. Em síntese, é economicamente interessante para o franqueado realizar uma ação contrária aos interesses do franqueador.

Situação muito semelhante ocorre com o franqueador, cujos ganhos também são maiores se não houver gastos nos serviços de apoio ao franqueado. Mesmo no caso de se esforçar ao máximo em prover o padrão de qualidade solicitado pelo franqueador, ainda assim não é economicamente interessante, do ponto de vista individual, retribuir ao franqueado com ações que redundem em aumento de clientes no ponto de venda. A solução esperada é, portanto, a pior do ponto de vista coletivo, expressa no quarto quadrante, em que o ganho conjunto limita-se a duas unidades. Para que o ganho coletivo possa ser realizado, é necessário que haja alguma restrição ou orientação ao comportamento das partes, de tal modo que as ações não cooperativas sejam eliminadas. Está aqui um importante ganho do uso de contratos, particularmente do comprometimento com deveres em uma

relação plurilateral.

É sobre as bases desse conflito que se assenta um contrato de franquia, em cujo desenho há restrições e prescrições sobre o comportamento das partes, às quais ambas aderem por interesse mútuo.

Há também casos em que o conflito de interesses é menos evidente, mas ainda assim é necessária alguma coordenação dos comportamentos das pessoas para que se atinja um resultado superior para o coletivo. Por exemplo, duas empresas têm interesse em desenvolver alguma tecnologia comum, com potencial de reduzir os custos de produção de ambas. No entanto, há mais de um caminho possível para esse desenvolvimento tecnológico, sendo que cada caminho implica ganhos distintos para as duas empresas em pauta. Se não houver uma adequada coordenação das ações, a parceria tecnológica pode não atingir os resultados desejados, com um custo implícito de perda de oportunidade de negócio para ambas as empresas.

## **Dificuldade Em Se Fazer Cumprir Os Contratos**

Em que pese haver motivos de sobra para que as pessoas realizem contratos e possam dividir os ganhos resultantes da coordenação de suas ações, não é fácil transformar esse acordo em uma ação comum. Em outras palavras, mesmo estando cientes dos ganhos coletivos e desejosas ao submeter-se a uma restrição de comportamento, as partes podem não conseguir, de fato, impor para si os termos contratuais. O problema de fazer cumprir os contratos — o que a literatura econômica denomina *enforcement* — é um dos principais elementos que define o desenho dos contratos. Como as partes desejam que seu acordo resulte em efetivo direcionamento de comportamentos, elas também acordam sobre aspectos do contrato que têm o papel de forçar o cumprimento de seus deveres fundamentais.

As principais dificuldades de fazer cumprir contratos, levantadas pela Teoria Econômica, decorrem da dificuldade de obter informações relevantes e da impossibilidade de redação de um contrato que dê conta de todas as contingências futuras. Além disso, como há os custos relativos ao uso do sistema Judiciário, seu papel em garantir o cumprimento dos contratos é imperfeito, levando as partes a desenharem mecanismos privados para a solução de conflitos (*private ordering*). As próximas duas seções procuram explorar esses pontos com mais detalhe.

## **Assimetria de informação**

Dispor de informações relativas aos produtos, direitos de propriedade e sobre as

ações das partes é uma condição fundamental para não haver dificuldades ao fazer cumprir os contratos. Via de regra, essas informações não podem ser obtidas sem custos, o que consiste em uma dificuldade para o estabelecimento do acordo (negociação que antecede o contrato) e para a constatação de se os termos do contrato estão de fato sendo cumpridos.<sup>24</sup>

Uma simples transação de compra e venda de um produto requer que vendedor e comprador tenham informações mínimas sobre o que está sendo transacionado. Em Nelson,<sup>25</sup> já havia uma distinção entre três tipos de produtos, que diferiam na capacidade de os consumidores obterem as informações relevantes ao processo de troca. Em um primeiro grupo de produtos, denominados bens de procura, toda a informação relevante pode ser obtida, por mera inspeção, antes do estabelecimento do contrato, ou seja, não apresentam custos relevantes à contratação. Poucos produtos podem ser caracterizados, mesmo por aproximação, como bens de procura, sendo o exemplo mais relevante as *commodities*, como soja e petróleo.<sup>26</sup>

Mais frequentemente, algumas informações a respeito dos produtos somente podem ser obtidas após a efetivação da troca ou, mais grave, após o consumo dos produtos, sendo, por isso, denominados bens de experiência. A aquisição de uma fruta de mesa, por exemplo, é complexa, respondendo a diversos critérios — como coloração, preço, textura, conveniência, saúde e sabor.<sup>27</sup> Esses dois últimos, particularmente, não podem ser obtidos antes do consumo da fruta, o que implica que a decisão de compra não seja diretamente balizada pelas informações relativas a esses critérios. Em substituição, o consumidor utilizará elementos que possam revelar com alguma confiança tais informações, como a consistência e o cheiro. Muitas vezes, no entanto, esses sinais intrínsecos ao produto não são suficientes para revelar ao consumidor as informações necessárias a um processo de compra.

Por fim, há casos em que o problema de mensuração das informações é ainda maior, caracterizando um terceiro grupo de produtos. Eventualmente, algumas informações relevantes à transação não são obtidas nem após o consumo do produto, o que equivale a dizer que o problema não é apenas custoso, mas insolúvel por inspeção direta nos produtos. Por esses motivos, tais produtos são denominados “bens de crença”. Dois exemplos especiais saltam aos olhos: frangos destinados ao mercado muçulmano e produtos “politicamente corretos”. No primeiro caso, o mercado de consumo exige que as aves sejam abatidas segundo os preceitos do Alcorão, o que implica uma mudança da linha de abate segundo sua posição em relação à Meca. Nem o mais experiente dos religiosos muçulmanos pode averiguar essa informação de importância transcendental por mera inspeção de um frango já abatido. Em suma, o produto não lhe diz nada. É



necessário observar o processo.<sup>28</sup> Do mesmo modo, produtos “politicamente corretos” são assim denominados por uma característica não observável nos produtos, como, por exemplo, o fato de uma empresa ter atitudes éticas, não utilizar trabalho infantil ou ser “amiga da criança” podem definir um processo de compra, mas absolutamente não estão transparentes no produto.

Se a informação é difícil de ser obtida, exigindo experimentação ou alguma forma de monitoramento do processo produtivo, é de se esperar que as partes contratantes não disponham do mesmo conjunto de informações. Se uma parte conhece algo que a outra desconhece — ou seja, há alguma informação assimétrica —, dois tipos de problemas podem emergir na elaboração de contratos: a seleção adversa e o risco moral.

No primeiro caso, o problema manifesta-se na adesão ou não a uma determinada transação. Um mercado que possua diferentes qualidades de bens — e essa seja uma informação privada de uma das partes — tende a ser ineficiente na medida em que transações, que seriam desejadas em um mundo de informação perfeita, não se realizam. Em resumo, o mecanismo da seleção adversa elimina do mercado os produtos de boa qualidade porque o vendedor não consegue convencer o comprador sobre a qualidade do produto. Da parte do vendedor, a transação só é interessante se o valor a ser recebido for maior ou igual ao valor do bem; valor esse dado em função da qualidade do bem, informação privada do vendedor. O comprador, por sua vez, não podendo avaliar a qualidade do bem, não pode simplesmente comparar valor e qualidade. Como alternativa, o comprador compara o valor a ser pago com a qualidade esperada do bem. Se um bem for de alta qualidade, o vendedor, ciente disso, exigirá um alto valor para a transação. O consumidor, no entanto, ignorante quanto à qualidade do bem, aceita pagar um valor correspondente à qualidade esperada, que, por definição, é inferior ao valor de um bem de alta qualidade. Como consequência, somente os produtos de qualidade inferior seriam comercializados, sendo excluídos do mercado aqueles bens de atributos mais valorizados. É exatamente por esse motivo que esse problema é denominado seleção adversa. Embora essa situação seja bastante comum em relações econômicas, o seu exemplo clássico é o mercado de carros usados, utilizado por Akerlof<sup>29</sup> no artigo seminal sobre esse problema.

É de interesse do comprador e vendedor que a informação sobre os atributos de um bem de qualidade superior flua livremente entre as partes. Por que então a comunicação entre eles, estabelecida na negociação, não é suficiente para superar esse problema? A razão é simples: a parte que detém a informação tem incentivos para revelar uma mesma resposta, qual seja, que o produto é superior. Nesse caso, não há por que acreditar na informação que está sendo transmitida

durante a negociação.

A esse respeito é curioso notar que há tempos o Direito reconhece que é de se esperar, dentro de alguns limites, que o vendedor crie condições propícias para a venda, incluindo alguma imperfeição nas informações transmitidas a respeito do bem. Nas palavras de Moncada,<sup>30</sup> “Há em todo o comércio um *mínimo de fraude*, de insinceridade egoísta, que é considerado *lícito*. Toda a propaganda e reclame comerciais assentam-se nessa base: a *inocente mentira* dos comerciantes! [...] Não esquecer que a palavra comerciante foi historicamente precedida pelas palavras *tratante* e *traficante* sem sentido pejorativo. Contudo, hoje já não se pode chamar isto a nenhum comerciante. Seria ofensivo. É este o chamado *dolus bonus*, caracterizado pelo emprego de razões e argumentos tendenciosos, mas sem a intenção *maléfica* de prejudicar.”

O segundo tipo de problema decorrente da assimetria de informação, conhecido como risco moral,<sup>31</sup> aplica-se ao comportamento pós-contratual da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo à(s) sua(s) contraparte(s). Dois tipos de risco moral podem ser distinguidos: a) informação oculta — em que uma informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes; e b) ação oculta — em que a ação especificada contratualmente não é observada diretamente pela contraparte.

Problemas de risco moral são especialmente relevantes para o desenho de contratos. Para que os deveres acordados no contrato, assim como a transferência de direitos de propriedade, resultem efetivamente em mudança de comportamento, é necessário que haja informações confiáveis sobre esse comportamento. Os mecanismos de incentivo a uma ação ou controle (restrição a outro conjunto de ações) necessitam, para o seu funcionamento, da capacidade de discriminar ações desejáveis das indesejáveis. Entretanto, se o comportamento não é direta ou indiretamente observado, não há como discriminar ações e, portanto, o contrato perde a capacidade de orientar um padrão mutuamente desejado de comportamento.

Se a parte que não detém *a priori* a informação puder, mediante algum custo, obtê-la, os termos do contrato podem ser contingentes ao que foi observado. Por exemplo, se o franqueado puder observar o esforço e os investimentos que o franqueador realiza na prestação de serviços de apoio, pode haver cláusulas que condicionem os pagamentos feitos ao franqueador a seu desempenho no oferecimento desses bens coletivos.

Mais frequentemente, contudo, não será possível às partes observar a ação que desejam disciplinar, o que as levará a buscar algum outro elemento que contenha alguma informação sobre a ação que não pode ser observada. Um gerente de vendas desejaria que seus vendedores se esforçassem ao máximo, dentro do

turno de trabalho, para ampliar as vendas da empresa, o que está implícito em um acordo de emprego. No entanto, esse esforço não é diretamente observado pelo gerente, impossibilitado de estar presente em todos os momentos de negociação de seus vendedores com potenciais clientes. Há, nesse caso, uma variável observada, o volume de vendas, que tem elevada correlação com a ação prescrita no acordo, ou seja, o esforço de venda. Observar o volume vendido por cada vendedor informa ao gerente, de modo indireto e imperfeito, a ação que seria desejável pelas partes. Assim sendo, o contrato, com a intenção de estabelecer deveres que possam ser verificados, normalmente premia os comportamentos desejáveis (ou pune os indesejáveis) por meio de elementos (sinais) observáveis, que, de algum modo, tragam alguma informação sobre esse comportamento. Como esses sinais são, via de regra, imperfeitos, é sempre possível que haja uma punição ao comportamento acordado entre as partes ou, ao contrário, um prêmio a um comportamento indesejável, mas que foi afortunado com um sinal favorável.

Retomando o exemplo do franqueamento, apresentado na seção anterior, é desejável ao franqueador que o franqueado se esforce em promover as vendas em sua unidade e, ao mesmo tempo, ofereça um produto que atenda aos padrões de qualidade associados à marca, evitando a depreciação do seu valor. Nenhuma dessas ações é diretamente observável, o que limita a efetividade do contrato em garantir que o comportamento acordado será, de fato, realizado. A fim de induzir indiretamente esse padrão de comportamento, o contrato de franquias apresenta duas características que atendem respectivamente aos problemas de esforço de vendas e de manutenção do padrão de qualidade.<sup>32</sup>

Para garantir o esforço de vendas, o contrato assegura que os ganhos do franqueado sejam diretamente proporcionais ao volume de vendas, o que é feito por meio do pagamento ao franqueador de uma taxa fixa (taxa de franquia). Portanto, o ganho do franqueado corresponde à sua receita líquida do pagamento dessa taxa fixa, tornando de seu interesse aumentar os esforços de venda (o que, aliás, era o interesse do franqueador). Essa característica do contrato resolve apenas parte do problema. É necessário também que o franqueado tenha interesse em manter o padrão de qualidade do produto ou serviço. Para tanto, o franqueador deve atuar em duas frentes: a) aumentar o monitoramento sobre problemas de qualidade e b) transmitir ao franqueado parte dos ganhos relativos à valorização da marca, tornando-o cúmplice nessa atividade. Quanto maior o fluxo de ganhos futuros que o franqueado obtém na relação de franqueamento, maior será o custo de eventualmente ter o seu contrato rompido por conta de alguma evidência de insatisfação dos consumidores. Com esse desenho contratual, promove-se o alinhamento de interesses entre as partes, o que induz o

comportamento previsto contratualmente.

Por fim, o Judiciário e o modo como ele utiliza as informações disponíveis no julgamento dos processos são também elementos relevantes no desenho dos contratos. Há informações observáveis pelas partes, mas não podem ser utilizadas em uma disputa judicial,<sup>33</sup> o que reduz seu efeito sobre o comportamento desejado. Nesse caso, resta aos contratantes estabelecer prêmios relacionados ao bom desempenho ou punir o comportamento indesejado com a interrupção do contrato. Entretanto, a ameaça de interrupção da relação econômica somente será crível — e, portanto, terá efeitos sobre o comportamento — se essa for uma solução que lhe garanta um retorno maior do que aquele que seria obtido por meio da continuidade do contrato, o que nem sempre ocorre. Como consequência, a ordem jurídica — entendida de modo amplo, incluindo leis, práticas e recursos que o sistema judiciário possui — é um importante determinante do desenho dos contratos e, mais ainda, da eficiência econômica decorrente da transformação de um desejo coletivo de padrão de comportamento em ação efetiva.

É consensual entre aqueles que estudam contratos em Economia que uma fração muito relevante das informações não é observada e, entre as observadas, apenas uma pequena parcela pode ser utilizada nas instâncias judiciais. Por isso, os contratos procuram conter em si os elementos que conduzem ao comportamento desejado, o que é denominado na literatura *self-enforcement*. Dado que, mesmo na ausência da ordem jurídica, é possível conceber contratos que resultam em ganhos para as partes, os economistas incluem no conjunto de contratos os acordos informais que compreendam atividades ilícitas.<sup>34</sup> Os mesmos elementos fundamentais que caracterizam os contratos em geral estão também presentes aqui: há um acordo entre as partes, que transfere direitos de propriedade e estabelece, extingue ou modifica deveres. A diferença fundamental está na ausência do amparo legal para fazer cumprir os termos desse acordo. Contudo, esses contratos existem, e, mais importante, seu desenho é condicionado pela ausência do amparo legal. Para fazer cumprir os termos acordados, as partes acoplam ao contrato normas de conduta e, principalmente, punições associadas ao que consideram “desvios de comportamento”.<sup>35</sup> Do ponto de vista econômico, há uma transação em que as partes realizaram um acordo que instituiu um padrão de comportamento desejado pelo coletivo dos contratantes.

## ***Dependência econômica e contratos incompletos***

Em relações econômicas, o custo decorrente de uma contratação cresce

fortemente na presença de dependência econômica entre as partes. Para conferir maior objetividade ao conceito de dependência econômica, Williamson<sup>36</sup> e Klein *et al.*<sup>37</sup> introduziram a variável “especificidade de ativos” ao mundo da análise dos contratos. Um ativo é considerado específico se uma fração relevante de seu retorno depende, para a sua realização, da continuidade de uma transação específica. Nos casos em que os ativos são específicos, as partes dependem de suas contrapartes para obter os ganhos que imaginavam por ocasião da realização do investimento. Configura-se, portanto, uma relação de dependência econômica, sendo a especificidade dos ativos a magnitude dessa dependência.

Os ativos podem ser específicos a uma transação por diversas razões. Algumas vezes, o produto ou os equipamentos utilizados na produção contêm algum atributo físico relevante apenas para uma contraparte (especificidade física). É o caso de componentes de um automóvel, feitos por uma empresa de autopeças, que foram desenvolvidos especificamente para uma família de modelos de uma mesma montadora, não tendo o mesmo valor se comercializados com outras empresas. Também são relevantes os casos em que o tempo necessário para encontrar e negociar com um segundo contratante constitui um custo relevante, podendo haver perdas decorrentes da perecibilidade ou da ociosidade de ativos (especificidade temporal). Ativos podem ser também específicos se seu retorno, em decorrência de custos de frete, for maior se a transação for efetuada com uma contraparte localizada próximo (especificidade locacional). Finalmente, a especificidade de um ativo pode derivar de algum componente do capital humano, ou seja, capacitações e aprendizado incorporados às pessoas (especificidade humana), ou de um investimento realizado com a única finalidade de atender à demanda de uma contraparte (ativos dedicados).

A presença de ativos específicos tem uma importante implicação para a análise dos contratos. O retorno da atividade econômica é, necessariamente, fruto de uma ação cooperativa entre as partes que detêm os ativos específicos. Como consequência, não é possível identificar *a priori* a porção do retorno da atividade econômica que cabe a cada parte. Há, de fato, um lucro conjunto que é resultado da ação cooperativa, sendo posteriormente partilhado entre os membros da rede por alguma regra (ou rotina) de divisão do resultado.

Essa característica torna a dependência econômica uma fonte potencial de custos às transações porque renegociações tendem a ser mais complexas e há possibilidade de perdas impostas pela contraparte. Negociações complexas, por sua vez, podem implicar a perda de oportunidades de negócio, no que Williamson<sup>38</sup> denominou má-adaptação. Por isso, na ausência de salvaguardas contratuais ao comportamento oportunista, as partes preferem comprometer-se

com ativos de uso geral (não específicos). Para que seja possível realizar os ganhos decorrentes do uso de ativos específicos, frequentemente maiores que aqueles gerados por ativos de uso geral, é necessária alguma provisão no contrato que assegure a apropriação do retorno desses ativos e reduza os possíveis custos derivados da dependência econômica das partes.

A dependência econômica é em especial problemática, porque as partes não são capazes de prever todas as possíveis contingências e incorporar as respectivas salvaguardas na ocasião da redação dos contratos.<sup>39</sup> Em outras palavras, contratos são intrinsecamente incompletos, apresentando lacunas que abrem a possibilidade de ocorrência de custos derivados da dependência econômica. Uma vez que não é possível desenhar um contrato completo, as partes devem criar mecanismos para lidar com as contingências inesperadas, sendo essa, na perspectiva de alguns autores, uma das mais importantes características de um contrato.

Essa visão econômica dos contratos tem um paralelo no campo do Direito, em particular na Teoria de Contratos Relacionais, a qual tem em Ian Macneil um dos seus mais importantes representantes.<sup>40</sup> Em resumo, a visão relacional dos contratos, segundo Speidel,<sup>41</sup> destaca três pontos com importantes implicações à contratação: “(1) a transação se prolonga no tempo, (2) elementos da troca não podem ser mensurados ou especificados precisamente [por ocasião da celebração do contrato], e (3) a interdependência das partes com relação à troca transcende, em alguns momentos, uma única transação, passando a um conjunto de inter-relações sociais”. Como consequência, em situações de dependência econômica, o contrato ultrapassa a mera transferência de direitos de propriedade e passa a representar um complexo de transações, em que os deveres não são todos explicitamente considerados, mas estão implícitos na relação econômica de interesse mútuo das partes.

## O Contexto Histórico E Estratégico Na Escolha Do Contrato

O desenho dos contratos certamente responde a motivações econômicas, assim como às dificuldades de transformar o acordo sobre o padrão de comportamento em ações de interesse comum. No entanto, as possibilidades de configuração de um contrato dependem também da história do relacionamento entre as partes e do conjunto de atividades e transações que cada empresa mantém por ocasião da celebração do contrato.

Por exemplo, um contrato relacional — conforme discussão apresentada na seção anterior — não surge instantaneamente, mas é resultado do crescente



comprometimento entre as partes. Esse tipo de relação é também denominado “transformação fundamental”,<sup>42</sup> referindo-se à crescente aproximação e dependência entre as partes, decorrente de investimentos específicos e desenvolvimento de confiança. A realização paulatina de investimentos específicos entre as partes cria, com o tempo, um compromisso confiável em torno da continuidade da relação, uma vez que, ao assim procederem, os membros da rede “jogam suas fichas” em um objetivo comum. Logo, a unidade de análise passa a ser a “relação inteira, do modo que se desenvolveu ao longo do tempo”.<sup>43</sup>

Dessa forma, Macneil sugere que, embora cada situação econômica em separado sugira mecanismos contratuais distintos, o contrato real a que as partes aderem é definido não somente por seus interesses circunstanciais, mas também pela história do relacionamento. Há, portanto, restrições às mudanças contratuais, que tornam esses menos voláteis do que as variáveis econômicas que balizariam o seu desenho.

A história de uma empresa, as suas competências e o conjunto de relações econômicas que ela desenvolveu desempenham um papel relevante na opção por um determinado tipo de contrato. A influência do passado nas decisões presentes decorre de um fenômeno denominado “dependência de trajetória” (*path dependence*).<sup>44,45</sup> Em síntese, uma opção contratual no passado pode influenciar as vantagens relativas de uma opção no presente, se houver algum ganho ao se manter em uma mesma atividade. Por exemplo, uma montadora de automóveis que opta por uma relação contratual de fornecimento contínuo obtém ganhos derivados do aprendizado do uso dessa forma contratual, seus problemas, formas de solução *etc.* Em um momento seguinte, ao se defrontar com a escolha de um tipo de contrato, a empresa estará propensa a optar pela continuidade da forma contratual para a qual já tem competências desenvolvidas. Esse problema é também denominado “inseparabilidade de governança”, em uma referência ao fato de que a escolha de um contrato não depende apenas das características da transação a qual ele se destina, mas é também influenciada pelo conjunto de transações, estratégias e competências já desenvolvidas pela empresa.<sup>46</sup>

## Um Pequeno Mapa Da Literatura

Apesar de neste artigo não se colocar a ambiciosa tarefa de apresentar uma revisão abrangente da literatura, é interessante atenuar essa deficiência por meio de algumas sugestões para aprofundamento sobre o tema. A literatura de contratos é extensa e já contém algumas referências que oferecem um painel da literatura, ao menos de algumas das vertentes desse estudo. É o caso de Salanié<sup>47</sup>

e Laffont & Tirole<sup>48</sup> que expõem a teoria de contratos em sua vertente mais ortodoxa, fundada sobretudo em problemas decorrentes da assimetria de informação. Fazendo uso intenso de teoria dos jogos, esses autores apresentam uma revisão abrangente e rigorosa do tema, embora restrita ao caso de informação incompleta. Uma revisão mais sintética e menos formal é apresentada por Sappington<sup>49</sup> e em Milgrom & Roberts.<sup>50</sup>

Na vertente que privilegia os custos de transação relativos à incompletude dos contratos e dificuldades de adaptação, a principal referência é Williamson (vide notas 36 e 40). Nesses textos, há uma preocupação maior em relacionar a Teoria Econômica de contratos ao Direito, seja pelas restrições derivadas do ambiente jurídico em que um contrato se insere, seja pela ligação entre os argumentos econômicos e a teoria de contratos relacionais, que tem em Ian Macneil seu principal autor. Uma revisão crítica bastante abrangente sobre o tema, procurando incluir todas as vertentes econômicas do estudo de contratos, pode ser encontrada em Brousseau.<sup>51</sup>

Há um conjunto de textos que, embora não ofereçam um painel atualizado da literatura, contém as ideias seminais, que foram posteriormente desenvolvidas em trabalhos subsequentes. Por esse motivo, são referências obrigatórias em trabalhos sobre a área. Destacam-se os trabalhos de Akerlof,<sup>52</sup> em que o conceito de seleção adversa é apresentado, Arrow (vide nota 29), que discute o problema de risco moral, Spence,<sup>53</sup> que apresenta algumas soluções para a assimetria de informação, Jensen & Meckling,<sup>54</sup> que discutem contratos de incentivos para lidar com o problema de separação entre propriedade e gerência nas organizações e, *last but not least*, o artigo seminal de Coase,<sup>55</sup> que introduziu na Teoria Econômica o conceito de custos de transação.

Finalmente, a parte mais relevante dos trabalhos na área de contratos, desde o início da década de 1990, concentra-se nos estudos empíricos que, em sua maioria, procuram verificar se as proposições teóricas têm, de fato, aderência à realidade. Nesse tipo de trabalho, novas proposições são formuladas, contribuindo para o desenvolvimento do conhecimento sobre o tema.

Um dos trabalhos empíricos mais referenciados, Joskow,<sup>56</sup> investiga a duração de contratos, tendo como base os dados sobre a exploração em minas de carvão, nos Estados Unidos. Seus resultados alinham-se com Williamson (vide nota 40), mostrando como a elevada especificidade de ativos afeta fortemente o tipo de contrato adotado. Zylbersztajn & Lazzarini<sup>57</sup> também investigam a duração de contratos na indústria de sementes brasileira, também com resultados compatíveis com Williamson (vide nota 40).

No caso de contratos de incentivo, Jensen & Murphy<sup>58</sup> sintetizam os resultados obtidos a partir dos mecanismos de pagamento de executivos nos



Estados Unidos, concluindo que a remuneração de acordo com sinais é uma prática disseminada, mas sua intensidade é bastante inferior ao que seria teoricamente esperado. Nesse tipo de estudo, também é frequente a análise de contratos de franquias, tendo em Dnes<sup>59</sup> e Lafontaine<sup>60</sup> duas importantes referências.

Mais recentemente, os trabalhos empíricos tentam também explicar a trajetória dos contratos com o passar do tempo. Argyres & Libeskind<sup>61</sup> mostram que as contratações feitas pela indústria de biotecnologia americana estão condicionadas pelas atividades e competências anteriores dessas empresas, o que restringe bastante o leque de alternativas de contratos que podem ser efetivamente utilizadas. Lafontaine & Shaw<sup>62</sup> e Azevedo & Silva<sup>63</sup> mostram que o crescimento de uma rede de franquias está associado a uma substituição inicial de lojas próprias por contratos de franquias, convergindo para uma proporção estável entre ambos. Essa combinação estável indica que lojas próprias desempenham funções úteis ao franqueamento, de tal modo que ambos constituem mecanismos complementares para governar as relações entre franqueador e pontos de venda.

Para uma revisão mais extensa dos trabalhos empíricos sobre contratos, o leitor pode recorrer a Rindfleisch & Heide<sup>64</sup> e Klein & Shelanski,<sup>65</sup> que discutem um conjunto representativo dos trabalhos empíricos em contratos, particularmente aqueles que fazem uso da Economia dos Custos de Transação.

## Conclusão

O sistema econômico é um conjunto de relações entre pessoas físicas e jurídicas e seu desempenho depende, em sua essência, do modo como essas relações ocorrem. Reside aqui a importância dos contratos para a análise econômica. Contratos estabelecem o padrão de comportamento, expresso na forma de um conjunto de deveres, que as partes definem por interesse mútuo. É, portanto, por meio de contratos que as pessoas buscam coordenar as suas ações, realizando ganhos coletivos. Como as transações apresentam custos diversos, um contrato que atenuar esses custos resulta em melhora de desempenho econômico das firmas e mercados, com implicações diretas ao desenvolvimento econômico e social.

A aproximação entre Economia e Direito é uma necessidade imposta por conta das novas e relevantes questões que emergem na literatura econômica. Essa aproximação, contudo, ainda está em seu início, e há muitos ganhos decorrentes de uma pesquisa que articule conhecimentos do Direito e Economia. Em especial, no Brasil, há um descolamento entre a pesquisa em Economia,

baseada em grande medida nas contribuições de autores anglo-saxões, e o ambiente jurídico local, cujas práticas e modo de funcionamento têm referências mais fortes no direito romano. Economistas ainda ignoram quais são as implicações do ambiente jurídico brasileiro, de suas particularidades institucionais, sobre o estudo de contratos. É possível que essa deficiência da perspectiva econômica dos contratos tenha algumas implicações sobre os resultados até agora alcançados. A agenda está aberta, e seus resultados parecem promissores.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. Cooter R, Ulen T. In: Longman, ed. *Law and Economics*. 3ª Wesley: Addison; 2000;545.
2. Werin L, Wijkander H. *Contract Economics* Blackwell Publishers 1992; p. 359.
3. Masten SE. Contractual Choice. In: Boukaert B, de Geest G, eds. *In Encyclopedia of Law & Economics*. Edward Elgar Publishing 1998.
4. Klein B, Leffer KB. The role of markets in assuring contractual performance. *Journal of Political Economy*. 1981;89:615–641.
5. No jargão criado pelo autor, o *self enforcing range*.
6. Barzel Y. *Economic Analysis of Property Rights* Cambridge University Press 1977; p.161.
7. Economia do Direito é a denominação que escolhemos dar para a consagrada área denominada *Law and Economics*.
8. Cheung S. On the New Institutional Economics. In: Werin, Wijkander, eds. *In Contract Economics*. Blackwell Ed 1992.
9. Lafontaine F. Agency theory and franchising: some empirical results. *Rand Journal of Economics*. 1992;23.
10. Grossman S, Hart O. The Costs and Benefits of Ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*. 1986;94:691–719.
11. Macneil IR. Contracts: Adjustment of long term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*. 1978;72:854.
12. Coase RH. The acquisition of Fisher Body by General Motors. *Journal of Law and Economics*. 2000;XLIII.
13. Klein B. Fisher-GM and the nature of the firm. *Journal of Law and Economics*. 2000;XLIII.

14. Azevedo PF, Silva VLS. *Contractual mix in Brazilian Franchising. Fifth Conference of the International Society for the New Institutional Economics* Setembro 2001.
15. Joskow PL. Contract duration and relationship-specific investments: empirical evidence from coal market. *American Economic Review*. 1987;77:168–185.
16. Zylbersztajn D, Lazzarini SG. On the survival of contracts: Assessing the stability of technology licensing agreements in the Brazilian seed industry. *Journal of Economic Behavior & Organization*. 2005;56:103–120.
17. Zylbersztajn, D., Miele, M. “Stability of contracts in the Brazilian wine industry”. *Congress of the International Society for the New Institutional Economics*, 2001.
18. Sykuta, M. E. Empirical Research on the Economics of Organization and the Role of the Contracting and Organizations Research Institute. Paper presented at the American Association Meetings in Atlanta, GA, 3–6 de janeiro, 2001.
19. Telles IG. *Manual dos Contratos em Geral* 3ª Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa 1965; p. 429.
20. Em sua versão original, o dilema dos prisioneiros relata o caso de duas pessoas que cometeram um crime, estão presas, mas estão cientes de que não há provas suficientes para incriminá-los. A condenação pelo crime somente ocorrerá se algum dos dois confessar o crime, hipótese em que cada um seria condenado a cinco anos de prisão. No caso de nenhum deles confessar o crime, ambos ficariam detidos por um crime menor, com uma pena de apenas um ano. Entretanto, se um confessar e o outro não, há um ganho – a liberdade – para aquele que colaborou com a Justiça e uma punição adicional para seu parceiro, que seria condenado a 10 anos. Embora seja melhor para ambos não colaborar com a Justiça, individualmente, a decisão racional de cada um é confessar. Isso ocorre porque, qualquer que seja a decisão de seu parceiro, cada preso está em uma situação individualmente melhor ao confessar. Essa solução para o problema recebe o nome de “estratégia dominante” na literatura de Teoria dos Jogos. Um contrato entre os dois presos, que restringisse a possibilidade de confissão, levaria os dois signatários do contrato a uma posição melhor para ambos.
21. Schelling T. *The Strategy of Conflict* Harvard University Press 1960.
22. Mais evidente ainda é o conflito de interesses entre franqueado e

franqueador na abertura de novas unidades franqueadas, que tem o duplo efeito de aumentar o volume geral de vendas da rede (interesse do franqueador) e diminuir o faturamento das unidades mais próximas àquela recentemente aberta (interesse do franqueado).

23. Os números estão em uma unidade qualquer de algo desejado por ambas as partes, como, por exemplo, lucro.

24. Barzel Y. Measurement Cost and the Organization of Markets. *Journal of Law and Economics*. 1982;25:27–48 abril.

25. Nelson P. Informational and consumer behavior. *Journal of Political Economy*. 1970;78:311–329.

26. Frequentemente as roupas são classificadas como bens de procura porque informações essenciais, como cor, textura e o caimento, são obtidas antes da compra. Os consumidores, no entanto, descobrem, a contragosto, uma outra informação relevante após a primeira lavagem.

27. Brousseau E, Codron JM. *The Hybridization of Governance Structures: Supplying Supermarkets with Off-Season Fruit* Prepared for SFER Congress Modern Food Retailing, 22–23 de maio, Montpellier – França 1997.

28. Na maior parte dos bens de crença, a informação relevante – indisponível no produto – pode ser obtida no processo de produção. Há casos extremos, no entanto, em que isso é insuficiente.

29. Akerlof G. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. 1970;84(3):488–500.

30. Moncada LC. *Lições de Direito Civil — Parte Geral* 3ª Atlântida Livraria-Editora Ltd. Coimbra 1959; edição revista e ampliada.

31. Arrow KJ. Moral Hazard. In: Arrow KJ, ed. *The Economics of Information*. Harvard University Press 1984; 1968.

32. Lafontaine F, Raynaud E. *The role of residual claims and Self-enforcement in franchise contracting* NBER Working Paper Series 2002; Working Paper 8868.

33. A literatura denomina a informação que pode ser utilizada nos tribunais por informação verificável, em contraposição à informação apenas observável pelas partes.

34. Essa classificação distingue-se da empregada pelo Direito, na qual contratos são “negócios jurídicos plurilaterais”, fazendo parte dos atos lícitos (Telles, 1965, p. 23).

35. GREIF, por exemplo, mostra o papel de normas de conduta como um instrumento para fazer cumprir contratos em situações em que não

- há amparo da ordem jurídica, 1993. GREIF, A., “Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders’ Coalition”. *American Economic Review*, 83, junho, p. 525–548, 1993.
36. Williamson O. Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*. 1979;22:233–261 Outubro.
37. Klein B, Crawford R, Alchian A. Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. *Journal of Law and Economics*. 1978;21:297–326 Outubro.
38. Williamson O. *Mechanisms of Governance* Oxford University Press 1996; p. 429.
39. Esse resultado decorre do pressuposto de racionalidade limitada, ou seja, assume-se que os indivíduos possuem limites cognitivos, que dificultam o processamento de informações e a solução de problemas complexos.
40. Uma revisão crítica da Teoria de Contratos Relacionais pode ser encontrada em Macedo Júnior (1997).
41. Speidel R. Article 2 and Relational Sales Contracts. *Loyola of Los Angeles Law Review*. 1993;26:789–810 abril.
42. Williamson O. *The Economic Institutions of Capitalism* Free Press 1985; p. 450.
43. Macneil IR. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review* 1978;(72):854–906.
44. David P. Clio and the Economics of QWERTY. *American Economic Review*. 1985;75:332–337.
45. Arthur WB. *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy* Ann Arbor: The University of Michigan Press; 1984.
46. Argyres NS, Liebeskind JP. Contractual Commitments, Bargaining, and Governance Inseparability. *Academy of Management Review*. 1999;24:49–63.
47. Salanié B. *The Economics of Contracts : A Primer* MIT Press 1997.
48. Laffont JJ, Tirole J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation* MIT Press 1993.
49. Sappington DEM. Incentives in Principal-Agent Relationships. *Journal os Economic Perspectives* 1991;45–66 Spring.
50. Milgrom P, Roberts J. *Economics, Organization and Management*

Prentice-Hall 1992; p. 62.

51. Brousseau E. Les théories des contrats: une revue. *Revue d'économie politique*. 1993;103(1):1–82 jan.-fev.

52. Akerlof GA. The Market for 'Lemons': quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. 1970;84:488–500.

53. Spence AM. Job Market Signalling. *Quarterly Journal of Economics* 1973;354–374.

54. Jensen MC, Meckling WH. Theory of the Firm: Managerial Behavioral, Agency Costs, and Capital Structure. *Journal of Financial Economics*. 1976;3:305–360.

55. Coase R. The Nature of the Firm. In: Coase R, ed. *The Firm, the Market, and the Law*. University of Chicago Press 1998.

56. Joskow P. Contract Duration and Relationship Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets. *American Economic Review*. 1987;17:168–185 março.

57. Zylbersztajn, D., Lazzarini, S. G. *On contract continuity*. 1<sup>st</sup> Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE), setembro, 1997.

58. Jensen MC, Murphy KJ. Performance Pay and Top-Management Incentives. *Journal of Political Economy*. 1990;98(2):225–264.

59. Dnes AW. The economic analysis of franchise contracts. *Journal of institutional and theoretical economics*. 1996;152 junho.

60. Lafontaine F. Agency theory and franchising: some empirical results. *Rand Journal of Economics*. 1992;23 summer.

61. Argryes, N. S., Liebeskind, J. P., *Governance inseparability and the evolution of the u.s. Biotechnology industry*. Fifth Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE), setembro, 2001.

62. Lafontaine F, Shaw KL. *Targeting managerial control: evidence from franchising* NBER Working Paper Series 2001.

63. Azevedo, P. F., Silva, V. L. S. *Contractual Mix in Brazilian Franchising*. Fifth Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE), setembro, 2001.

64. Rindfleisch A, Heide JB. Transaction cost analysis: past, present, and future applications. *Journal of Marketing*. 1997;61:30–54.

65. Klein, P., Shelanski, H., *Empirical Research in Transaction Cost Economics*, mimeo, 1995.

## CAPÍTULO 7

# Tradições do Direito

Rachel Sztajn e Érica Gorga

O presente capítulo tem contribuições de Rachel Sztajn e de Érica Gorga. O seu objetivo é apresentar conceitos esclarecedores a respeito de algumas das famílias do Direito, com destaque para o direito codificado e o direito consuetudinário (*common law*). Na primeira parte, Sztajn coloca os fundamentos, e na segunda Gorga aprofunda a análise.

## Parte I

### Sistemas ou famílias de direito: direito consuetudinário e direito codificado

Rachel Sztajn

A importância de analisar as famílias a que se filiam os sistemas jurídicos nacionais tem nas fontes do Direito e em seu papel na organização social uma das suas pilastras. Fontes do Direito são o costume, as decisões dos tribunais, a doutrina e a equidade, além, por óbvio, das normas de Direito positivas ou positivadas, isto é, as que foram editadas pelo Legislativo (e, às vezes, pelo Executivo no exercício da competência normativa). Além das normas elaboradas e votadas pelo Poder Legislativo, há sistemas jurídicos fundados em valores religiosos que, de seu lado, promovem a elaboração e edição de normas jurídicas como é o caso, por exemplo, dos direitos otomano, muçulmano, canônico, judaico, budista, observados por determinadas comunidades.

Assim é que a comparação de regras ou normas jurídicas deve levar em conta

o sistema ou a família à qual pertencem ou se filiam, não se limitando à análise das palavras, mas buscando as diferenças, ou semelhanças, entre institutos ou denominações, a fim de evitar que algumas similaridades presas meramente à redação não induzam o intérprete ao erro. Esse é um grave perigo na interpretação de normas oriundas de outros sistemas e do qual podem resultar sérias e indesejáveis consequências lógicas que induzem as pessoas a supor que o tratamento legal é idêntico, porque o termo é o mesmo.

Os diferentes ordenamentos, mesmo que partam de conceitos e categoriais jurídicas iguais, formulam as normas de modo diferente porque as estruturas sociais e, portanto, os valores sobre os quais se fundam, são distintas, levando a uma falta de sintonia entre noções e categorias jurídicas nos vários sistemas jurídicos existentes e aplicados. Essa é uma das dificuldades para quem pretende transpor ou aplicar normas ou práticas de um para outro ordenamento nacional. Apontam-se desde logo conclusões que foram apresentadas por La Porta *et al.*<sup>1</sup> em trabalhos relacionados ao desenvolvimento do mercado de capitais em países de tradição do direito consuetudinário e de direito de base romano-germânica,<sup>2</sup> levando-os a afirmar que o desenvolvimento dos mercados nesses países seria precário!

Além disso, das instituições sociais, dos costumes locais, ainda que pertencentes a uma mesma família, a multiplicidade e a diversidade dos sistemas jurídicos decorrem, ainda, do fato de que, por conta da soberania, os Estados nacionais desenhavam seu próprio ordenamento, o qual vigoraria em todo o território nacional. Entretanto, é visível o esmaecimento desse poder soberano na Europa continental em virtude da uniformização normativa dentro da União Europeia. Além disso, há, ainda, que considerar a importância das relações entre Estados e entre cidadãos de diferentes Estados que também favorecem a busca de uniformização de certas práticas que, em algum momento, são admitidas pelo ordenamento com força vinculante. Nesse campo, é perceptível a influência de modelos negociais desenhados em países de direito consuetudinário que ganham espaço naqueles de direito codificado. Já no campo das relações entre Estados, normas de Direito Internacional Público refletem acordos que abrangem as relações comerciais (direitos de preferência), ajuda humanitária, entre outras.

Não obstante essas diferenças, é perceptível que ordenamentos jurídicos têm elementos constantes, comuns, e outros diferentes, e é isso que permite agrupá-los em famílias visando a facilitar a comparação. Costuma-se apontar, na doutrina do Direito, três grandes famílias: a de base romano-germânica, a da *common law* e a dos direitos socialistas, que indicam diferentes modelos de organização social.

A família romano-germânica, à qual se filia o direito brasileiro, tem como



origem o direito romano influenciado posteriormente pelo direito canônico e pelo direito dos povos bárbaros que, originários da Europa central, se espalharam pelo continente. Os princípios informadores desses direitos são concebidos como regras de conduta presas a noções de moral e de justiça; entretanto, a partir do século XIX, a lei, representada pelo direito codificado, assume papel relevante nesse grupo de ordenamentos. A concepção de código, como conjunto sistemático e harmônico de normas jurídicas visando a disciplinar as relações intersubjetivas, descrevendo condutas, efeitos das manifestações de vontade e punições, é típico dos sistemas romanogermânicos. As normas são comandos gerais e abstratos, tipificando ou descrevendo esquemas negociais. Direitos que se integram nessa família são os da Europa continental e países que, em razão de terem sido colônias, recepcionaram o sistema.

Os direitos da família da *common law* têm como base o modelo originado na Inglaterra e que acabou modelando o sistema dos países que dela receberam maior influência como os Estados Unidos da América, salvo a Louisiana que adota legislação semelhante à francesa, Canadá anglófono, Austrália e Nova Zelândia. Essa família de direitos se caracteriza por ser menos abstrata do que as normas dos sistemas de base romano-germânica. A *common law*, ou direito consuetudinário, resulta de restrições ao poder real para intervir nas relações intersubjetivas privadas, exceto na hipótese de haver ameaça à coroa.

Por fim, os direitos da família socialista aparecem tardiamente em relação aos das outras duas, em processo de ruptura de sistema anterior resultante da revolução russa de 1917 e exprime o ideário do partido comunista que tomou o poder. Seguindo a doutrina marxista, o que caracteriza essa família de direitos é a enorme mudança da estrutura econômica com a coletivização dos bens de produção e com a perda de importância do direito privado. De notar que, após a queda do Muro de Berlim e o esfacelamento da ex-União Soviética, muitos dos dogmas marxistas vão sendo afastados com a consequente modificação dos sistemas jurídicos.

Dada sua maior disseminação na sociedade ocidental, a comparação e o contraste ficam nas famílias de direitos de base romano-germânica e o direito consuetudinário.

Direitos da primeira família são caracterizados, atualmente, pela elaboração pública das normas (sistema bicameral) que aparecem em códigos de direito privado — civil e comercial — ou público — código tributário, penal, processo civil e penal. A codificação procura, de forma metódica, desenhar o conjunto de regras que constitui instrumento voltado para a uniformização da aplicação da lei que limita o poder dos juízes no fazer regras. Imaginado sistema completo, nota-

se, a partir da segunda metade do século passado, a pletora de normas especiais que refletem as transformações sociais fruto de avanço tecnológico e da globalização com o aparecimento de microssistemas normativos que têm seu centro de gravitação não mais nos códigos de direito privado de elaboração do final do século XVIII e início do século XIX. Os microssistemas normativos gravitam ao redor de normas programáticas constitucionais.

Os direitos da segunda família, do direito consuetudinário, de que o primeiro é o inglês, têm início, segundo historiadores do Direito, com Guilherme da Normandia em 1066. Tal como os romanos, os normandos, ao conquistarem a Inglaterra, impuseram aos locais suas leis. Assim, o que se denominava lei comum nada mais era do que a legislação normanda em oposição às normas costumeiras existentes à época. Isto é, um conjunto de regras que não seguia os costumes locais. Essas regras eram aplicadas por tribunais locais de acordo com os costumes de cada região ou condado sem pretensão de uniformidade. Paulatinamente, esses tribunais costumeiros são substituídos por cortes organizadas pelos senhores feudais, os barões, que ainda seguem as regras costumeiras. Conviviam com esses tribunais os eclesiásticos, que aplicavam normas de direito canônico, comum aos povos cristãos e, por final, existiam os tribunais excepcionais ou de equidade que acabaram por reunir as cortes do *Exchequer*,<sup>3</sup> a das ações comuns (*Common Pleas*)<sup>4</sup> e final-mente o *Kings Bench*.<sup>5</sup>

Enfim, a *common law* distinta do direito civil de base romana, do direito canônico ou religioso, é o corpo de normas e teoria do direito originário desenvolvido, formulado e administrado na Inglaterra. Compreende o conjunto de princípios e regras relacionados ao governo e à segurança das pessoas e propriedade cuja impositividade deriva de usos e costumes e dos julgados e decretos das cortes reconhecendo, reafirmando e dando efetividade a tais usos e costumes.

Difere da *equity* que, em sentido amplo e geral, significa que o espírito de “justiça” regente das relações entre seres humanos — fazer aos outros o que se deseja que façam a nós —, tal como se encontra em Justiniano — “viver honestamente, não fazer mal aos outros e dar a cada um o seu”. Parece ter sinonímia com a ideia de direito ou justiça natural porque a obrigação, o dever, tem conteúdo ético, as discussões se dão no plano da moral e dos bons costumes. Em sentido estrito, a noção é a de justiça imparcial nos conflitos entre duas pessoas, é fazer justiça não fundada em corpo de normas mas sim em princípios éticos. Em sentido ainda mais estreito, é um sistema de justiça “corretiva”, aplicado por certos tribunais fora do sistema do direito consuetudinário. Portanto, *equity* é um corpo de decisões judiciais que filosoficamente difere da tradição consuetudinária, é a parte da justiça que não compreendida em leis

positivadas, ou costumes.

O que interessa enfatizar é que os sistemas jurídicos citados anteriormente são, em maior ou menor grau, modelos abertos e, por isso, sofrem influências das transformações verificadas na sociedade sobre a qual incidem e que, de sua parte, também modificam. A interação entre sociedade e sistema jurídico é, aparentemente, mais intensa nos direitos da família da tradição consuetudinária, o que se explica pela sua formação, mais aderente a usos e costumes, do que àqueles derivados do direito romano, mais formais.

René David<sup>6</sup> afirma que códigos são produto de governos fortes, com poder para intervir, a fim de disciplinar as relações entre particulares. Essa posição explica a aprovação dos dois códigos de direito privado franceses — 1804 e 1807 —, do período napoleônico, assim como o código civil italiano de 1942, do período Mussolini, que unificou o direito privado e, em certa medida, conquanto aprovado no ano passado, o novo Código Civil brasileiro, cuja elaboração teve início na década de 1970, no período dos governos militares. Note-se que, em todos os casos europeus, o que levou à codificação foi a tentativa de controle, pelo Poder, das relações entre particulares.

Por isso que os códigos citados representam, em boa medida, as aspirações dos grupos dirigentes, que ocupavam o poder, nos seus respectivos países. Tome-se o *codice civile de 1942*, do período fascista, para verificar que o legislador usou o código para intervir na economia, direcionando-a segundo interesses do Estado. Esse tipo de intervenção é mais difícil, usando mecanismos de direito privado, nos países de tradição do direito consuetudinário.

De outro lado, o sistema codificado é mais rígido do que o da *common law* porque a alteração das leis é feita pelo processo legislativo, enquanto o costume só é alterado pelas práticas das pessoas; sua disseminação independe de comandos hierárquicos, e os estímulos e as sanções sociais podem ser mais eficientes e eficazes para induzir comportamentos do que normas positivadas que nem sempre representam interesses de parte significativa da população sobre a qual recaem.

Certamente as diferenças estruturais entre as duas famílias de direito já relacionadas de forma muito sucinta se reproduzem nos ordenamentos jurídicos vigentes em cada Estado. A questão apresentada, no plano teórico de análise da eficácia das normas, não de sua eficácia, prende-se à possibilidade, ou não, de aplicar-se, aos direitos da família romano-germânica, de instrumental desenvolvido e largamente aplicado em países de *common law*. Em especial, a pergunta é: em que medida pode-se pensar uma escola de *Law and Economics*, ou *Law, Economics and Organizations* naqueles países?

Não há ainda grande elaboração doutrinária nesse sentido, mas é sensível, ao

menos na Europa continental, talvez mesmo em decorrência da globalização que aumenta a interação dos e nos mercados, a crescente investigação que procura explicar se, e como, será possível empregar conceitos de *Law and Economics* ao direito civil.

A tradução para o italiano da obra de Cooter e Ullen (*Law and Economics* — *L&E*, em terceira edição), desde a introdução, enfatiza o esforço a ser empreendido uma vez que o jurista formado na tradição civilista ou romanista analisa a norma da perspectiva hermenêutica, interpretativa, portanto, para descobrir o significado das escolhas coletivas e legislativas resultantes dos textos legais. Já da perspectiva de L&E, em vez de enfrentar o passado, isto é, as escolas feitas pelo legislador, olha-se adiante, procura-se determinar as consequências das regras e fazer escolhas, com base nelas. Para fazer com que o jurista abandone o modelo tecnicista normativo a fim de apreender as consequências e os valores subjacentes, é preciso empregar o método desenvolvido por e para L&E.

Filósofos do Direito têm proclamado a necessidade de se redescobrir o processo interpretativo do Direito e, nesse plano, L&E surge como ferramenta importante por demonstrar inconsistências pontuais na forma tradicional de analisar o Direito. Afirma-se que L&E é necessária para confrontar o plano da expressão com o do conteúdo, criticando o processo ideológico como instrumento de administração profissional da lei e o favorecimento da pluralidade de discurso na formulação de princípios e doutrina no Direito Civil.

Publicação deste ano, de Francesco Denozza, denominada *Norme Efficienti — L'analisi economica delle regole giuridiche*,<sup>2</sup> evidencia a preocupação do jurista europeu com a matéria. Explica o professor de Milão que a análise econômica se volta na tentativa de definir normas eficientes partindo da noção econômica de que os recursos são escassos e que, ao migrarem dos usos menos eficientes para os mais eficientes, geram aumento do bem-estar social e o ótimo de Pareto na circulação de bens na economia. A seguir, passa a analisar os “custos de transação”, matéria em que se destaca o denominado Teorema de Coase (*The Problem of Social Cost*), área em que o Direito pode contribuir, de forma apreciável, na redução de externalidades negativas.

Entretanto, o autor faz algumas observações que merecem atenção. É que, se cabe ao Direito atribuir a cada um o que é seu, induzir ações honestas, critérios éticos e de justiça distributiva devem estar presentes na formulação de normas jurídicas. Denozza conclui que, como a análise econômica parte da valorização de preferências individuais para mensurar alterações do bem-estar e como cada escolha é definida por dois critérios, preferência e um juízo de valor, a escolha mais banal resulta de um cruzamento e uma avaliação de preferências em face de

uma série de avaliações e que essas não podem ser englobadas na noção de preferência compreensiva. Portanto, as escolhas, diz, que aumentam os custos de transação relativos à manifestação de alguma preferência incidem negativamente sobre os interesses das pessoas, mas subtraem da valoração de eficiência todas as informações sobre as quais baseiam os juízos englobados naquelas preferências.

Mais recente, a obra de Luigi Alberto Franzoni, professor da Università degli studi di Bologna,<sup>8</sup> se ocupa em demonstrar que a transposição de temas discutidos no sistema da *common law* pode ser realizada sem prejuízo para a sistemática do direito codificado.

O fato é que recorrer a um sistema de avaliação de normas fundado em razões outras que não apenas equidade e justiça, visando a produzir incentivos para induzir certos comportamentos, em certa medida contraria o que se nota de decisões dos tribunais nos países de Direito Civil. Nesses países, a análise do caso submetido à apreciação do magistrado parte da norma, da tipificação da conduta e não, como nos países de *common law*, em que os tribunais visam a definir as normas, apoiados em precedentes, casos similares anteriormente decididos.

Que há interesse na troca de experiências e informações entre juristas e economistas é patente. Tanto o Direito interfere na Economia quanto as preferências econômicas dos agentes se manifestam sobre o Direito e não (se estamos analisando) sobre o ramo do Direito denominado Direito Econômico, mas, sim, o Direito Privado, notadamente o Direito Privado Patrimonial.

Veja-se, no Brasil, o plano Real e como Direito e Economia se entrecruzam em busca de estabilidade monetária, ou como a Lei de Responsabilidade Fiscal visa à organização orçamentária do país, de sorte a permitir, em seguida, aplicações de recursos públicos na área social. O a disciplina dos mercados que se apoia em estudos econômicos sobre as falhas de mercados, mas, sobretudo, é preciso enfrentar o fato de que as leis, as normas jurídicas, determinam o comportamento dos agentes.

Incorreto afirmar-se que não há possibilidade de empregar a metodologia de L&E aos sistemas de direito da família romano-germânica, assim como supor que os ordenamentos da *common law* são mais adequados para a tutela de interesses econômicos. Sem analisar a realidade e as instituições sociais em cada país, qualquer afirmativa será imprecisa.

Não é boa técnica científica afastar de plano os instrumentos desenvolvidos no outro sistema de Direito sem preliminarmente e sem preconceito compreender o que a sociedade espera do aplicador e do doutrinador. Se o que se deseja é um sistema de normas eficiente, mesmo que distributivista, é preciso encontrar o nível adequado de composição entre eficiência e assistencialismo, sem o que

faltarão incentivos para a inserção em mercados.

## Parte II

# Common law é mais eficiente do que a civil law? considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica

Érica Gorga

## Introdução

Recentemente, uma série de estudos apontou o baixo desempenho econômico dos países com tradição de direito romanogermânico (*civil law*) em relação aos de direito consuetudinário (*common law*). La Porta *et al* mostraram que países com menor proteção jurídica aos investidores, definida pelo conteúdo das normas jurídicas e pela qualidade do seu cumprimento, têm mercados de crédito e de capitais menos desenvolvidos.<sup>10</sup> Os autores observaram que as regras jurídicas variam conforme a tradição jurídica do país. Classificando as tradições jurídicas em *common law* e *Civil Law*, esta última por sua vez subdividida em origem francesa, alemã e escandinava, os autores demonstraram que as normas jurídicas dos países de direito consuetudinário eram, em média, as mais protetoras de acionistas e credores, sendo seguidas respectivamente pelas normas de países de direito romanogermânico alemão, escandinavo e, por último, francês.<sup>11</sup> Em outras palavras, o resultado apontou que as normas jurídicas dos países de direito consuetudinário são mais apropriadas para a maximização de riqueza total da economia, isto é, são regras mais eficientes,<sup>12</sup> enquanto as dos países de direito romanogermânico de origem francesa são as mais inapropriadas ou ineficientes, razão pela qual os primeiros têm mercados de crédito e capitais mais desenvolvidos.

Esse resultado foi corroborado por outros estudos. Johnson *et al.* mostraram que ocorre maior expropriação de acionistas minoritários por acionistas controladores em países de direito romanogermânico, porque nesses países os juízes ficam mais presos às letras da lei, o que os impede de condenar práticas de expropriação do investimento dos minoritários imbuídas de um propósito

comercial aparentemente plausível.<sup>13</sup> Para Johnson *et al.*, “a regulação do comportamento nas negociações com conflitos de interesses (*self-dealing*) envolve um equilíbrio entre previsibilidade jurídica e equidade. Países de tradição de direito romanogermânico enfatizam a previsibilidade do direito e se baseiam em normas para regular o comportamento nas negociações com conflito de interesses (*self-dealing*). Isso é feito apesar de as normas legislativas formais consistentes com a certeza jurídica poderem convidar os agentes a estruturar criativamente as transações ilegais de modo a se conformar com a letra da lei. Em contraste, os países de tradição de direito consuetudinário enfatizam a noção de equidade (*fairness*). Exatamente pelo fato de a noção de dever fiduciário (*fiduciary duty*) no direito consuetudinário ser associada a elevado grau de poder discricionário dos juízes para avaliar os termos das transações e definir as regras, ela contrapõe-se à tradição do direito romanogermânico de enfatizar a certeza jurídica.”<sup>14</sup> Assim, o direito consuetudinário seria eficiente porque, nessa tradição, os juízes seriam mais independentes ao balizar o princípio de equidade (*fairness*), o que permitiria uma evolução contínua do Direito no sentido de proteger os investidores, o que não ocorre nos sistemas de direito romanogermânico. Tal tipo de abordagem foi classificada como análise da *microeficiência do direito consuetudinário*, já que tem como base a investigação da eficiência de regras jurídicas específicas.<sup>15</sup>

Outras análises são melhor entendidas como investigações sobre o aspecto *macro* da eficiência dos sistemas jurídicos como um todo, tendo origens mais antigas, que remontam, por exemplo, a Bentham, o qual considerou que o direito romanogermânico, devido à sua racionalização e coerência interna, seria mais adequado ao desenvolvimento do que o direito consuetudinário. Weber também foi defensor das vantagens do direito romanogermânico, na medida em que significava uma formação de processos racionais para o regramento da sociedade.<sup>16</sup> A construção do sistema de codificação, com normas jurídicas bem definidas, baseadas numa sistematização racional do Direito, atendendo aos princípios do Iluminismo francês, seria mais adequada aos ditames de burocratização da era moderna. Hayek, no entanto, considerou que o direito produzido pelas cortes judiciais possuía atributos não existentes nas leis criadas por legisladores. De acordo com essa visão, as regras judiciais são derivadas de uma ordem espontânea, sendo mais apropriadas para uma sociedade livre e para o crescimento econômico.<sup>17</sup>

Estudos empíricos recentes têm confirmado a proposição de Hayek. Djankov *et al* examinaram, em 109 países, o formalismo processual existente para solucionar duas disputas: o despejo de um locatário residencial em dívida e a execução do montante devido, cujo pagamento havia sido feito por cheque



devolvido. Para ambas as demandas, os países de direito consuetudinário exibiram menor número de procedimentos formais, ao contrário dos de direito romanogermânico de tradição francesa, que exibiram maior número de procedimentos. Para os autores, o excesso de regulação dos procedimentos sugere ineficiências, que consistem em altos custos, atrasos, desincentivo das partes para recorrer ao Judiciário e, conseqüentemente, injustiça.<sup>18</sup> Mahoney, retomando os argumentos de Hayek, afirma que as diferenças de desempenho entre as tradições de direito codificado e de direito consuetudinário não se reduzem a diferenças entre normas pontuais.<sup>19</sup> Para o autor, as duas tradições refletem filosofias diferentes de governo: “A relação entre direito consuetudinário e crescimento econômico não é um produto de regras específicas de proteção aos investidores. Ao contrário, ela mais parece decorrer de uma divergência fundamental entre os dois sistemas que diz respeito à segurança dos direitos de propriedade e dos direitos contratuais.”<sup>20</sup> Segundo Mahoney, a análise de uma amostra de 102 países de 1960 a 1992 demonstra que países de direito consuetudinário cresceram 0,71% a mais do que os de direito codificado. O autor argumenta que o resultado econômico superior dos países com tradição de direito consuetudinário é decorrente das diferenças entre os conteúdos ideológicos e constitucionais dos dois sistemas, já que a tradição do direito consuetudinário estaria historicamente ligada a uma maior proteção de direitos de propriedade e direitos contratuais contra a ação estatal. Já o direito romanogermânico teria como base um governo central mais forte e menos disciplinado pelo Judiciário. O autor defende que, no sistema de direito consuetudinário, o Judiciário é mais independente, podendo controlar de modo mais ativo a ação dos poderes Executivo e Legislativo do que nos sistemas de direito romanogermânico.

Os resultados desses estudos fazem renascer uma discussão originada com o surgimento da literatura de *Análise Econômica do Direito* (*Law and Economics*). Posner, em seu livro *Economic Analysis of Law*, defendeu a tese de que a tradição de direito consuetudinário é melhor entendida como um sistema para maximização da riqueza na sociedade, teoria que ficou conhecida como *efficiency theory of the common law*.<sup>21</sup> Posner argumentou que o direito legislado (*statutory law*) não tenderá à eficiência tanto quanto o direito consuetudinário: “Regras feitas pelos juízes tendem a promover a eficiência em contraposição àquelas feitas pelos legisladores, as quais tendem a reduzir a eficiência.”<sup>22</sup> Posner foi o mentor de uma agenda de pesquisa que ofereceu evidências empíricas “numa escala heroica”, examinando minuciosamente o direito consuetudinário e identificando, em cada caso, qual seria o resultado eficiente e como as normas se orientavam no sentido de assegurar a obtenção desse



resultado.<sup>23,24</sup> Com efeito, de tão repisado, o tema da eficiência da tradição de direito consuetudinário foi considerado por alguns “folclore” da literatura de *Law and Economics*.<sup>25</sup>

Todavia, apesar do resultado das pesquisas supramencionadas apontarem a “superioridade” do sistema de direito consuetudinário perante o de direito romanogermânico, vem crescendo uma literatura que tem defendido e demonstrado a ineficiência da primeira tradição,<sup>26</sup> tendo, inclusive, alguns dos próprios propositores da tese da eficiência do direito consuetudinário criticado normas ineficientes construídas nessa tradição.<sup>27</sup>

Considerando essas divergências de opinião, o objetivo geral do presente estudo é examinar os principais argumentos das discussões sobre tradições de Direito e eficiência econômica, ainda em grande parte inexplorados pela literatura brasileira. O conhecimento desses argumentos é de grande importância hoje em dia, quando estudiosos brasileiros começam a analisar os impactos econômicos produzidos por nosso sistema jurídico.<sup>28</sup> Assim, uma análise dessa natureza possibilitará um maior entendimento sobre como as diferenças entre direito consuetudinário e direito romanogermânico podem gerar diferentes consequências econômicas. Além disso, o próprio entendimento do funcionamento do Direito pode ser expandido quando o analisamos com uma visão externa, que utiliza o raciocínio econômico como base de investigação.

Ao analisar tal literatura, procuraremos demonstrar que a hipótese da eficiência da tradição de direito consuetudinário, tal como esposado por seus principais defensores, não procede. Uma análise acurada dos modelos evolucionários propostos para explicar o processo pelo qual essa tradição evoluiria para a eficiência nos revela um emaranhado de contradições e resultados não conclusivos.

Por outro lado, verificamos que, na prática, existe uma crescente convergência entre as tradições de direito consuetudinário e as de direito romanogermânico, a qual possibilita uma adaptação *funcional* dos institutos originários de uma tradição em outra. Essa tendência é guiada por uma necessidade de adaptação do aparato normativo perante a complexidade dos fenômenos sociais e busca proporcionar aumento de eficiência, através do “empréstimo” dos mecanismos promotores de eficiência de outro sistema (com os custos dele decorrentes). Assim, por exemplo, a tradição de direito consuetudinário vem crescentemente passando por um processo de codificação e de criação de leis, ingressando numa *age of statutes*,<sup>29</sup> enquanto os precedentes judiciais têm ganhado força vinculante nos ordenamentos de tradição de direito romanogermânico,<sup>30</sup> tal como ocorreu com a aprovação da reforma do Judiciário brasileiro em 2004. Este trabalho argumenta que essas tendências podem ser explicadas como processos de

adequação que tanto a tradição de direito consuetudinário como a de direito romanogermânico vêm realizando com o objetivo de promover a eficiência de cada sistema jurídico. A codificação e o uso de precedentes vinculantes (*stare decisis*) são institutos diversos que, de certa forma, servem a funções similares. Ambos evoluíram em cada tradição de Direito com o intuito de aumentar a previsibilidade jurídica e diminuir os custos de transação na sociedade, contribuindo para a promoção da eficiência de cada sistema jurídico. Por isso, consideramos que os processos de adequação trazem consigo o compartilhamento de eficiências e ineficiências entre tais tradições de Direito, cuja análise deve ser feita caso a caso.

A análise da eficiência dos sistemas jurídicos deve então atentar para a complexidade e as particularidades de cada sistema. Não podemos afirmar que a tradição de direito consuetudinário implica maior eficiência do que a de direito romanogermânico ou vice-versa. Cada análise deve ser realizada no âmbito micro, isto é, considerando-se a eficiência de determinada norma face a peculiaridades de cada ambiente institucional. Daí a necessidade de estudos empíricos que busquem analisar os fatores que influenciam a eficiência de cada regulação. Nesse sentido, o presente trabalho sugere uma agenda de pesquisa para estudos de Direito e Economia sobre o sistema jurídico brasileiro.

O artigo está estruturado da seguinte forma. No item 2, apresentaremos o debate sobre tradições de Direito e eficiência de modo a levantar os argumentos a favor da tese da evolução eficiente da tradição de direito consuetudinário e as críticas que já foram apontadas. Também abordaremos os argumentos formulados para a defesa e a crítica da eficiência da tradição de direito romanogermânico. No item 3, procuraremos demonstrar que a análise da eficiência do direito deve englobar aspectos que não estão necessariamente ligados à adoção de determinada tradição de direito. Além disso, mostraremos que mecanismos apontados como necessários para a eficiência do direito consuetudinário implicam custos para esse sistema, o que também ocorre com os mecanismos usados pelo sistema de direito romanogermânico. Com isso, argumentamos que a análise da eficiência deve ser feita caso a caso, não podendo ser estendida ao âmbito macro, sem levar em conta outros fatores extrajurídicos que influenciam o desenvolvimento institucional. No item 4, argumentamos que vem ocorrendo uma forte convergência entre as duas tradições de Direito, o que implica compartilhamento das eficiências e ineficiências existentes em cada sistema. No item 5, propomos uma agenda de pesquisa para a melhor análise dos pontos controvertidos suscitados e do ambiente institucional que molda cada tradição jurídica e, no item 6, apresentamos as conclusões do estudo.

## Common Law, Civil Law E Eficiência Econômica

Preliminarmente, cabe explicitarmos que uma análise detalhada sobre as diferenças entre as tradições de Direito ultrapassa o escopo deste trabalho.<sup>31</sup> Assim focalizaremos apenas algumas diferenças apontadas pela literatura, que resultam em efeitos sobre a eficiência econômica. A explicação da literatura para a evolução eficiente do direito consuetudinário pode ser analisada, predominantemente, com base em três tipos de argumentos distintos. Em primeiro lugar, existem autores, tais como Posner, que fundamentaram sua explicação numa suposta preferência dos juízes por decidir intuitivamente de acordo com princípios econômicos; portanto, os juízes, ao maximizarem sua utilidade, seriam os responsáveis pelo processo de evolução para a eficiência.<sup>32</sup>

Numa segunda vertente, uma série de autores<sup>33</sup> apresentaram modelos evolucionários com o intuito de explicar como o direito consuetudinário evoluiria no sentido de promover a eficiência econômica *independentemente das preferências dos juízes*, isto é, busca-se explicar o processo por meio do qual essa tradição atingiria eficiência sem recorrer à função de utilidade dos juízes. Nesses modelos, o litígio judicial é visto como um mercado dirigido pela competição de agentes racionais. Assim, seguindo a ótica da mão invisível de Adam Smith, os querelantes determinariam a eficiência do direito consuetudinário, por meio dos seus incentivos privados para litigar ou não, mesmo sem conscientemente almejar a esse fim. A terceira vertente defende que o direito consuetudinário evoluiu para a eficiência em razão da adoção de normas sociais criadas na própria sociedade que favoreciam a eficiência.

Outros autores<sup>34</sup> modelaram situações em que fatores como a racionalidade limitada dos agentes econômicos (juízes e partes litigantes), a assimetria informacional, dependência com relação ao passado (*path dependence*) e outros acabavam por produzir resultados que gerariam a ineficiência do direito consuetudinário. A seguir, passamos a analisar cada um desses argumentos.

### ***Argumentos e modelos econômicos defendendo a eficiência da common law***

■ **As preferências dos juízes** Posner foi o grande defensor da tese da superioridade da *common law* sobre a *civil law* no que concerne ao critério de eficiência econômica. O autor não considera que *toda* doutrina ou decisão de direito consuetudinário<sup>35</sup> seja eficiente, mas que, em geral, a sua evolução é

melhor explicada a partir de sua tendência a promover a eficiência econômica, o que não aconteceria no âmbito da tradição de direito codificado.

Posner<sup>36</sup> sustenta sua tese com base nas diferenças dos processos judicial e legislativo pelos quais as regras jurídicas são formuladas nas duas tradições. No processo jurisdicional da tradição de direito consuetudinário, pelas regras processuais, os juízes não podem conhecer *ex ante* as partes do litígio *sub judice*, sendo, por isso, difícil a manifestação de grupos de interesse no processo judicial. O mesmo não ocorre no processo legislativo pelo qual as regras jurídicas dos sistemas de direito romanogermânico são criadas, já que o processo eleitoral para a escolha dos legisladores criaria um mercado no qual eles “vendem” legislação protetiva para aqueles que os ajudaram com votos ou no financiamento da campanha.<sup>37</sup>

O argumento utilizado por Posner tem base na literatura da Escolha Pública (*Public Choice*).<sup>38</sup> O processo legislativo é caracterizado por problemas de ação coletiva.<sup>39</sup> Os indivíduos que compõem um grande grupo são levados a se comportar conforme a “ignorância racional”, isto é, se o custo individual da obtenção de informações e da organização da ação coletiva tender a suplantam o benefício individual que poderá advir com a aprovação de determinada lei, os indivíduos perceberão que terão pouco a ganhar se empreenderem os esforços para organizar a ação. Assim, o resultado que seria eficiente coletivamente para os membros do grupo não ocorre devido à divergência entre os custos coletivos e os individuais. Os grupos menores e com interesses mais bem delimitados, todavia, têm incentivos para se organizar e agir, pois, vencendo o problema da ação coletiva, poderão capturar a legislação para o seu benefício, auferindo benefícios superiores aos custos provenientes dos seus esforços de organização e *lobby*. No raciocínio de Posner, enquanto a tradição de direito romanogermânico enfrentaria esses problemas de busca por rendas (*rent seeking*) no foro legislativo quando da criação das normas jurídicas, o que reduziria a eficiência econômica da legislação, a tradição de direito consuetudinário estaria isenta desse processo, já que os juízes estariam, então, isolados de pressões de grupos de interesses e utilizariam critérios mais objetivos de decisão no foro judicial, e, por isso, as normas jurídicas criadas tenderiam à eficiência.

*“Um juiz, em especial de um tribunal, que é o local no qual a maioria das regras feitas pelos juízes é gerada, provavelmente não decidirá um caso com base no seu julgamento de qual das partes é uma “melhor” pessoa. Ele conhece as partes ainda menos do que o juiz da instância inferior, e (...) considerações sobre as partes relativas ao seu merecimento (com base em grau de riqueza, pobreza, boa origem*

*etc.) são, na medida do possível, suprimidas. Acima de tudo, um julgamento baseado em tais considerações seria de difícil racionalização na opinião judicial. Finalmente, os métodos de compensação judicial e as regras que regulam a solução de conflitos de interesse excluem a escolha entre atividades que competem entre si baseadas no interesse econômico dos juízes. Quase por default o juiz é compelido a ver as partes como representativas de atividades – proprietários de terra, produtores de tulipas, transeuntes em vias públicas, motoristas de carros. Em tais circunstâncias é natural que o juiz deva indagar qual das atividades tem mais valor no sentido econômico.”<sup>40</sup>*

O processo legislativo, em suma, não é disciplinado como o judicial. Os legisladores podem levar em conta as vontades de partes que serão afetadas diretamente pela legislação, sendo o modo de redistribuição de riqueza entre grupos muito mais flexível, direto e frequente através do processo legislativo.<sup>41</sup>

Assim, mesmo se os juízes forem alheios a questões de eficiência, tenderão a basear suas decisões em intuições econômicas. Os juízes têm um gosto natural por eficiência, ainda que não explícito, mesmo não conscientes disso. O valor “eficiência”, segundo Posner,<sup>42</sup> foi o que mais influenciou o desenvolvimento do direito consuetudinário quando ele adquiriu a sua forma atual no século XIX. Para Posner, os juízes, na falta de outros valores sociais que pudessem guiar suas decisões de modo racional, utilizarão argumentos econômicos.<sup>43,44</sup>

■ **Modelos evolucionários** A explicação da tomada de decisão do juiz é um desafio para os modelos econômicos, pois as normas que governam a remuneração e outras condições do exercício da atividade judiciária buscam isolar os juízes de muitos incentivos que tenderiam a determinar a ação humana num modelo econômico.<sup>45</sup> Assim, o sistema jurídico procura moldar uma estrutura para que os juízes tomem suas decisões desinteressadamente, tornando os motivos dos juízes exógenos nos modelos econômicos.<sup>46</sup> Devido à impossibilidade da incorporação das preferências judiciais nos modelos econômicos, diversos autores propuseram uma abordagem na qual o resultado do processo seria dado não pelas ações dos juízes, mas pela ação das partes privadas que o originaram.

■ **O modelo de Rubin** O primeiro dos modelos foi o de Rubin, para quem a

tradição de direito consuetudinário estaria dotada de um “mecanismo evolucionário”, de modo que as decisões maximizadoras de utilidade dos querelantes, por si só, determinariam a eficiência das normas jurídicas. Ao optar por litigar em juízo, ou não, o querelante estaria “julgando” a qualidade da norma, sendo que ele optará por ingressar com uma demanda judicial, quando a regra jurídica relevante para a solução da disputa for ineficiente. A norma ineficiente, pelo seu próprio conceito, impõe custos para a parte por ela prejudicada. Se a norma puder eventualmente ser alterada pela via judicial, e a parte puder, com isso, auferir benefícios que suplantem os custos do próprio processo judicial, ela terá incentivos para ingressar com a ação em juízo. Dessa forma, as normas ineficientes tendem a ser questionadas em juízo com maior frequência, existindo uma pressão natural por eficiência econômica. As normas eficientes, ao contrário, tendem a ser menos litigadas e a permanecer em vigor por mais tempo.<sup>47</sup>

Para Rubin, a solução de conflitos em juízo possibilitaria a evolução das normas jurídicas, pois, ao longo do tempo, por meio da reversão de normas jurídicas ineficientes, a eficiência da norma que soluciona determinada lide seria incrementada, o que geraria a redução do número de litígios como a persistência das regras jurídicas eficientes. Assim, a decisão das partes de litigar a norma ineficiente acarretaria que, ao longo do tempo, os magistrados modificassem tais normas e chegassem a decisões eficientes. Daí a importância da possibilidade de o juiz poder alterar os precedentes já existentes, fazendo com que o litígio em juízo valha a pena para a parte.

Existem alguns pressupostos assumidos por Rubin para que a evolução do direito consuetudinário se dê com *aumento de eficiência*. Ambas as partes devem ter interesse de longo prazo no precedente<sup>48</sup> — não se trata de jogo de apenas uma rodada para a parte, mas sim de horizonte infinito. Se a regra for ineficiente, a parte que arca com os custos da ineficiência terá interesse em litigar. Para isso, os custos da parte prejudicada com a norma ineficiente devem ser elevados a ponto de valer a pena para ela assumir os custos do litígio, pois quando a regra for revertida, os benefícios auferidos deverão superar os custos. Se a regra for eficiente, nenhuma parte terá interesse em litigar, pois os custos do litígio superariam os benefícios de eventual reversão do precedente. Para Rubin, o ganho privado de reverter um precedente ineficiente é maior do que o de reverter um precedente eficiente (quando ambos os litigantes têm interesses contínuos). A partir desses pressupostos, as regras ineficientes serão litigadas até se tornarem eficientes.

É importante notar que, segundo Rubin, mesmo que os juízes decidam *independente do critério de eficiência*, ainda seriam encontradas normas

eficientes, pois os juízes não desencadeiam o processo, o qual acontecerá mesmo com a sua ignorância sobre aspectos econômicos. No modelo de Rubin, as ações das partes querelantes causarão o processo evolucionário de ganho de eficiência devido aos incentivos existentes para se litigar a regra ineficiente até que ela se torne eficiente. Portanto, diferentemente de Posner, que utiliza o argumento de que os juízes teriam preferência por decisões economicamente eficientes, mesmo que inconscientes disso, Rubin argumenta que *a preferência do juiz* (ainda que seja por decisões ineficientes) *não alterará o processo evolucionário*.<sup>49</sup> O processo é determinado somente pelas ações egoístas otimizadoras individuais dos litigantes no sentido de maximizar seu resultado.

A teoria defende que o Direito vai tender à eficiência, mas ressalva que essa evolução *não* será completa. Isso ocorre porque um ponto crucial que determinará a evolução eficiente do Direito diz respeito aos interesses similares e significativos de longo prazo que *ambas* as partes devem ter em estabelecer um precedente a seu favor. Se as partes desenvolverem uma atividade que implique a ocorrência de litígios da mesma natureza no futuro,<sup>50</sup> então haverá interesse de ambas as partes de obter um precedente ao seu favor para minimizar seus custos futuros. Nessa situação, a norma jurídica criada judicialmente tenderá à eficiência. Entretanto, se só uma parte tiver interesse de longo prazo na norma que resultará da disputa, haverá pressão para que o precedente evolua em seu favor, pois, estando a outra parte interessada apenas na solução do litígio atual, lhe faltará o incentivo necessário para litigar, não existindo, nessa situação, tendência à eficiência. As leis ineficientes correspondem a leis nas quais só uma parte tem interesses no precedente, pois são aprovadas em detrimento de grupos que não têm incentivos para fazer *lobby* efetivo e evitar a sua aprovação. Se, em outra situação, ambas as partes não tiverem interesses no precedente, a norma atual tenderá a persistir, não importando se seja eficiente ou ineficiente. Se nenhuma parte tem interesse no precedente, não haverá incentivo para o litígio e não haverá pressão suficiente para as cortes mudarem a norma.

*“Os resultados do modelo são os seguintes: (1) Se as duas partes tiveram interesse contínuo substancial, então o processo de litígio no direito consuetudinário provavelmente levará à eficiência. Isso ocorre porque uma regra ineficiente levaria a perdas de bem-estar que não poderiam ser recuperadas via negociação, e, portanto, a regra ineficiente induziria ao litígio.(.) (2) Se nenhuma parte teve interesse contínuo, então não haveria incentivo para o litígio e o direito permaneceria como tal, sem incentivo para eficiência ou ineficiência. (3) Se uma parte tiver interesse contínuo e a outra não, então*



*precedentes poderiam favorecer a parte com maior interesse, independentemente da eficiência. Isto é, a parte que “está no mercado” gastaria mais no litígio e nele insistiria, até que precedentes favoráveis se estabelecessem. Se a parte que está no mercado é aquela que deveria ganhar (sob o ponto de vista da eficiência) então o direito tenderia à eficiência; se a parte que está no mercado não deveria ganhar, então o direito evoluiria à ineficiência.”*<sup>51</sup>

Em suma, para Rubin, se a interpretação de uma lei impuser ineficiências, ela provavelmente será abandonada em razão de sua maior propensão a ser questionada em juízo. A proporção de litígios será maior para o caso de regras ineficientes do que para as eficientes, pois, pela própria definição, regras ineficientes impõem maiores custos do que regras eficientes, o que incentiva as partes a litigarem para obter o valor decorrente da reversão do precedente.

Rubin, diferente de Posner, considerou que, se a tradição de direito consuetudinário tende a resultados eficientes, o mesmo também poderá ocorrer com o direito legislado (*statute law*). Rubin<sup>52</sup> utiliza raciocínio análogo para explicar a eficiência da legislação: se houver dois grupos de interesse definidos e se o grupo perdedor com a aprovação da lei suportar maior perda do que o ganho a ser auferido pelo grupo ganhador (isto é, se a lei proposta for ineficiente de acordo com Kaldor-Hicks), os perdedores potenciais poderão investir mais em *lobby* do que os ganhadores, e a lei ineficiente terá menor possibilidade de ser aprovada.<sup>53</sup>

Seguindo a mesma lógica dos interesses existentes no litígio em juízo, a legislação, sob essa ótica, poderá ser eficiente conforme forem observados os tipos de interesse (de longo prazo ou não) dos grupos. Se existirem dois grupos de interesse igualmente dispostos a fazer *lobby* com vistas a objetivos de longo prazo, a legislação tenderá a ser eficiente. Se, ao contrário, apenas um grupo de interesse visando ao longo prazo puder se organizar para fazer *lobby*, a lei tenderá a beneficiá-lo, mesmo em detrimento da maioria da população.

### **O modelo de priest**

Priest criticou Rubin alegando que, para o direito consuetudinário tender à eficiência, não importa se ambas as partes têm ou não um interesse de longo prazo no resultado do precedente judicial.<sup>54</sup> Na sua opinião, mesmo que a norma venha a favorecer a parte com interesse de longo prazo (*continuous interest*), se



ela for ineficiente, mais litígios ocorrerão e maior será a probabilidade de a norma ser derrubada.<sup>55</sup> O autor concebe uma nova teoria para explicar por que o processo decisório da tradição de direito consuetudinário promove a eficiência da alocação de recursos, focalizando mudanças sistemáticas no conjunto agregado das normas. A análise de Priest requer como pressuposto um número de litígios maior para regras ineficientes do que para regras eficientes.

Para Priest, regras eficientes tenderão a durar mais como precedentes, não importando a atitude dos juízes acerca da eficiência ou a sua habilidade de distinguir entre resultados eficientes e ineficientes, ou os interesses dos litigantes sobre os efeitos alocativos das regras. O autor considera que o único pressuposto necessário para sua teoria consiste em que os custos de transação sejam positivos. Regras ineficientes imporão custos maiores sobre as partes do que regras eficientes. Portanto, disputas governadas por regras ineficientes serão mais litigadas e relitigadas do que disputas governadas por regras eficientes. No conjunto das normas jurídicas, sempre haverá, então, evolução no sentido do aumento da *proporção de normas eficientes*.<sup>56</sup>

Já que, no modelo de Priest, a proporção de normas jurídicas ineficientes questionadas no Judiciário será maior do que a de normas eficientes,<sup>57</sup> as primeiras também serão revertidas em maior número pelas cortes, o que fará com que a proporção das regras eficientes aumente continuamente no sistema.<sup>58</sup>

*“Regras eficientes sobrevivem em um sentido evolutivo pois são menos sujeitas a ser litigadas e, portanto, menos sujeitas a mudanças, a despeito do método de decisão. Regras ineficientes “perecem” pois são mais sujeitas à revisão, implicando possibilidades de mudanças, qualquer que seja o sistema de decisão judicial. Em um estado de regras dicotômicas(...), essa tendência à eficiência poderia ser frustrada apenas se os juízes pudessem escolher uma regra ineficiente em cada caso, sem exceção ou erro. Se os juízes errarem apenas ocasionalmente, então a tendência à eficiência não pode ser afetada. (...) É evidente, adicionalmente, que a tendência da common law de favorecer as regras eficientes ao longo do tempo independe da capacidade dos juízes em distinguir os seus resultados eficientes ou ineficientes. Mesmo quando os juízes ignoram os efeitos alocativos das suas decisões, serão induzidos pelas decisões dos litigantes individuais a promulgar regras que aumentam a proporção relativa de leis eficientes.”*<sup>59</sup>

Priest, da mesma forma que Rubin, considera que a habilidade dos juízes em

distiguir normas eficientes das normas ineficientes ou a sua preferência por determinado tipo de norma não influenciará o processo.

Seguindo os modelos desenvolvidos por Rubin e por Priest, também Terrebonne<sup>60</sup> utilizou modelo evolucionário da biologia<sup>61</sup> para defender a proposição de que regras jurídicas ineficientes são litigadas mais frequentemente do que regras jurídicas eficientes. Para o autor, a seleção de regras possibilitará a evolução do direito consuetudinário à eficiência, com maior litigância de regras ineficientes. Contudo, custos decorrentes do litígio podem vir a impedir o litígio de algumas regras ineficientes.

Tanto no modelo de Rubin quanto no de Priest, uma vez que a regra se torne eficiente, não mais será litigada. Cooter e Kornhauser criticam tal pressuposto, pois consideram que a conexão entre frequência de litígios e eficiência do precedente deve ser testada empiricamente. Os autores argumentam que litígios não surgem somente após cálculos de grupos racionais, sendo muitas vezes causados, entre outros fatores, por quebras nas negociações (*bargaining breakdowns*), vingança ou comportamento estratégico. Tais motivações poderiam fazer as partes optarem pelo litígio mesmo sendo o precedente em vigor eficiente.<sup>62</sup>

Cooter e Kornhauser apresentam um argumento que contradiz as teorias desenvolvidas por Rubin e Priest. Os autores sustentam que, estando em vigor um precedente ineficiente, na maioria dos casos, o litígio deverá resultar na manutenção do mesmo pela corte (*court-enforced inefficiency*), o que incentivará a composição extrajudicial da lide (*settlement*). Quando, por sua vez, o precedente for eficiente, as partes temerão menos o julgamento da corte, tornando a litigância mais provável. Assim, se existir a opção entre composição privada e composição judicial do litígio, as partes tenderão a escolher as cortes se o precedente aplicado ao seu caso for eficiente.<sup>63</sup> Tal argumento implica, portanto, que regras mais eficientes serão litigadas mais frequentemente, o oposto da conclusão a que chegaram Rubin e Priest.<sup>64</sup> Cooter e Kornhauser consideram que evidências empíricas são necessárias para esclarecer se regras eficientes são mais frequentemente litigadas do que regras ineficientes, não podendo tais questões ser resolvidas apenas por modelos teóricos.

### O modelo de goodman

Goodman<sup>65</sup> assume que os juízes podem ser persuadidos de acordo com os esforços dos litigantes em formular/defender a sua causa, por meio de, entre

outros fatores, investimento em pesquisa jurídica, contratação de advogados talentosos, argumentação jurídica mais bem formulada. Assim, a probabilidade de uma parte vir a ganhar a ação dependerá dos esforços de cada querelante. As partes têm incentivos, não necessariamente iguais, para investir na demanda jurídica de acordo com seus interesses. Qualquer incremento em despesas jurídicas induzirá um incremento, ainda que pequeno, na probabilidade da parte vir a auferir uma decisão favorável. O autor modela um jogo em que as despesas jurídicas têm retornos decrescentes, sendo que se os ganhos privados refletirem os ganhos sociais, não os distorcendo, ou seja, se as partes forem representativas do mercado como um todo, após uma série de casos, o precedente a ser estabelecido tenderá a ser eficiente. Goodman, tal como Rubin e Priest, também assume a motivação do juiz como neutra na determinação do resultado ineficiente.

Assim, os litigantes que se beneficiariam com a regra eficiente investiriam mais na litigância do que aqueles que se beneficiariam com a manutenção da regra ineficiente. O litígio, para Goodman, é visto como investimento e as partes litigantes estariam dispostas a gastar até o ponto em que os benefícios esperados se iguallassem aos custos, estando assim propensas a gastar mais para discutir regras ineficientes do que para defendê-las.<sup>66</sup> Os juízes, sendo influenciados pela qualidade do caso que cada parte apresenta, poderiam reverter (*overturn*) precedentes ineficientes, processo que levaria com o tempo à eficiência do direito consuetudinário.

Goodman, entretanto, aponta uma série de situações nas quais o Direito não evoluiria para a eficiência: 1) quando os interesses da parte não refletirem os custos e benefícios sociais agregados, como tende a ocorrer hodiernamente;<sup>67</sup> 2) o precedente pode ficar arraigado e, se as condições econômicas mudarem, deixará de ser eficiente e não será revertido; 3) quando existem problemas de ação coletiva e bem público,<sup>68</sup> já que o custo e o benefício da mudança do precedente podem estar tão difusos no grupo de modo que nenhuma parte individual terá interesse em propor uma ação e internalizar os custos e benefícios.<sup>69</sup>

Segundo a crítica feita por Cooter e Kornhauser, para determinar se é gasto mais para derrubar regras ineficientes do que para defendê-las, deve-se averiguar se os interesses de grandes instituições coincidem com a eficiência econômica ou não.<sup>70</sup> “Suspeitamos que as partes que investiram mais pesadamente na litigância têm sido grandes organizações que internalizam mais os benefícios oriundos das ações favoráveis dos tribunais, em contraposição a agentes individuais que gozam apenas uma parte pequena dos benefícios dos seus investimentos. Para determinar se é gasto mais na reversão de leis ineficientes do

que para defendê-las, devemos primeiro saber se os interesses das grandes corporações tipicamente coincidem ou se opõem à eficiência econômica. Tal questão não pode ser respondida apenas no nível teórico.”<sup>71</sup> Todavia, o argumento desses autores não contradiz o de Goodman,<sup>72</sup> uma vez que ele ressaltou que, quando os custos individuais não correspondem aos custos sociais, a tendência à eficiência não persistirá. Cooter e Kornhauser apenas utilizaram outras palavras para descrever o problema da divergência entre custos sociais e custos privados que pode ocorrer quando uma grande instituição litiga contra uma pessoa física, por exemplo.

### **O modelo de Landes e Posner**

O modelo evolucionário proposto por Landes e Posner<sup>73</sup> veio a contestar uma premissa elementar adotada nos modelos anteriores. Para esses autores, a característica essencial de um sistema jurídico que utilize o método de precedentes consiste no fato de as decisões anteriores *influenciarem* o resultado provável de decisões posteriores. Os precedentes não mudam drasticamente, tal como parece ocorrer nos modelos de Rubin<sup>74</sup> e de Priest.<sup>75</sup> Landes e Posner argumentam que é improvável que, na prática, uma decisão favorecendo um resultado eficiente substitua uma centena de decisões anteriores que ampararam a criação da norma ineficiente. Assim, os modelos de Rubin e Priest estariam equivocados por apresentar a litigância de um precedente como “tudo ou nada”. A litigância pode fortalecer ou enfraquecer o precedente, sem chegar a revertê-lo completamente, pois o sistema de evolução dos precedentes judiciais é majoritariamente caracterizado por mudanças graduais e incrementais.

Dessa importante constatação, decorrem implicações para os modelos evolucionários. A parte com interesse em reverter o precedente consideraria também que a litigância poderia vir a fortalecê-lo ainda mais, o que reduziria o seu incentivo para litigar. Por isso, tal consideração enfraqueceria as forças evolucionárias no sentido da eficiência.

Landes e Posner preveem mais litígios em áreas em que as regras já tendem progressivamente à eficiência, tendência que deverá ser reforçada com litígios que criarão precedentes adicionais. Assim, os autores argumentam que é mais provável que as regras eficientes sejam mais litigadas do que as ineficientes, defendendo hipótese contrária à dos modelos até agora analisados. As normas ineficientes, para Landes e Posner, serão menos litigadas, pois poderá ocorrer de serem reforçadas, o que tenderá a inibir o litígio: “(...) litígios devem emergir

principalmente em áreas nas quais já exista tendência para a eficiência que possa ser fortalecida pela criação de precedentes adicionais através da litigância. Áreas dominadas por regras ineficientes tenderão a tornar-se dormentes em termos de atividade litigante.”<sup>76</sup>

Landes e Posner argumentam que, uma vez que a tendência gradual do precedente é considerada, os resultados do modelo de Priest são revertidos. As regras ineficientes, se litigadas, terão sua tendência à ineficiência reforçada: “Afirmar que a norma vigente é ineficiente é dizer que casos dentro do domínio da norma estão mais sujeitos a decisões ineficientes do que o contrário, e toda vez que isso acontece a norma é fortalecida pela criação de precedentes adicionais.”<sup>77</sup>

Landes e Posner concluíram que a literatura havia superavaliado a tendência de a tradição de direito consuetudinário gerar normas eficientes, apesar de os autores considerarem que existem áreas nas quais a evolução à eficiência pode ocorrer.

#### **O modelo de cooter e kornhauser**

Cooter e Kornhauser, a partir de um modelo evolucionário, demonstram que o sistema jurídico não evoluirá sistematicamente no sentido de promover eficiência (teorema da impossibilidade), já que o processo poderá se equilibrar com regras eficientes ou ineficientes.<sup>78</sup>

Todavia, os autores admitem que o sistema tenderá à maior eficiência se houver litigância. Nesse caso, a frequência dos litígios que têm como objeto normas ineficientes e a quantidade de gastos na preparação dos argumentos contra tais normas influenciarão moderadamente a persistência de regras jurídicas eficientes. O Direito nunca deverá alcançar o estado mais eficiente, mas as forças evolucionárias deverão tornar o sistema mais eficiente do que seria sem elas.

Os autores argumentam que, questões como saber se realmente regras ineficientes são litigadas mais vezes (e se regras eficientes são menos litigadas) e se o investimento na preparação de casos contra regras ineficientes é maior, devem ser respondidas com a aplicação de estudos econométricos ao Direito.

■ **As normas sociais** Outros autores argumentaram que a eficiência do direito consuetudinário decorre da incorporação de costumes e que sua deterioração por mudanças sociais crescentes pode torná-lo ineficiente.<sup>79</sup>

Cooter observou que “tribunais fazem valer normas sociais que emergem fora do sistema jurídico. A *common law* tende à eficiência pois tal é a tendência das normas sociais. A absorção das normas de comércio medievais pela *common law* é um exemplo. Assim, a eficiência da *common law* baseia-se na eficiência das normas sociais, cuja existência precede a do direito(...)”.<sup>80</sup>

Nessa ótica, a eficiência do Direito depende da formação de normas sociais eficientes na sociedade e a sua incorporação pelo Direito.

## ***Argumentos defendendo a ineficiência da common law***

Os argumentos que explicam a tendência da tradição do direito consuetudinário à eficiência despertaram uma série de críticas, as quais se aplicam tanto à teoria de Posner<sup>81</sup> acerca das preferências dos juízes pelo resultado eficiente quanto às teorias propostas nos modelos evolucionários de litígios como um mercado no qual as partes avaliam os seus custos e benefícios, guiando a mudança jurídica.

Hadfield<sup>82</sup> argumentou que, como os juízes recebem uma amostra enviesada dos casos, é impossível a produção de normas eficientes para o conjunto das situações sobre as quais incidem as normas. De fato, os casos levados ao Judiciário são apenas uma parcela de todos os casos encontrados sob o regramento da norma. Assim, os juízes recebem informações através de um viés de “seleção” desconhecido que engloba uma pequena parcela percentual dos casos existentes na realidade. Na maioria das situações, as partes podem escolher (mesmo de modo ineficiente) não levar o conflito a juízo,<sup>83</sup> ou se adequar ao precedente já existente (que também foi formulado por uma amostra enviesada) ou ainda mudar o comportamento para evitar o conflito. Por isso, como as cortes não vão ter conhecimento de uma amostra aleatória, mas sim de uma amostra previamente selecionada, essa falha estatística impedirá a evolução de precedentes que sejam eficientes para todos os casos regulados por eles. Dessa forma, mesmo que os juízes desejem promover a eficiência, tal como disse Posner, não terão condições suficientes para fazê-lo, pois, mesmo se chegarem a reconhecer esse viés, haverá custos proibitivos para tentar descobrir a regra eficiente para uma amostra aleatória de casos.

Zywicki<sup>84</sup> argumenta que os modelos tradicionais sobre eficiência do direito consuetudinário somente realçaram o papel da *demand* por produção de normas jurídicas. A evolução do direito consuetudinário seria liderada pelas ações das partes querelantes que demandam a produção de normas jurídicas. O autor propõe, por outro lado, estudar as condições de *oferta* do Direito para complementar a análise. Tal como numa análise do mercado de *commodities*, a do “mercado do direito” deve aclarar sobre a evolução da tradição de direito



consuetudinário.

Zywicki observa que ocorreram mudanças históricas significativas no lado da oferta que impactaram a evolução do direito consuetudinário, que era tradicionalmente marcado por uma ordem judicial competitiva na medida em que os litigantes tinham a possibilidade de *escolher* a corte que desejassem para resolver a sua disputa.<sup>85</sup> Os juízes eram pagos por meio de taxas recolhidas das partes, e isso fazia com que tivessem um incentivo para produzir normas eficientes que satisfizessem às necessidades de seus clientes. Se as partes verificassem que a sua riqueza estava sendo dissipada com normas ineficientes, poderiam optar por migrar para outras cortes concorrentes.<sup>86</sup>

O direito consuetudinário era naturalmente isolado de pressões provenientes da busca por rendas (*rent seeking*) devido à tendência de produção de normas supletivas (*default*), em vez de obrigatórias, as quais as partes podiam contornar no caso de considerarem que outro arranjo de regras seria mais apropriado para reger o seu contrato. O embasamento nos costumes comerciais também criava uma tendência à eficiência.

Atualmente, com o fim da competição entre cortes,<sup>87</sup> acabou significativamente a pressão natural para criação de normas eficientes. Outro fator modificado na evolução do direito consuetudinário é a doutrina da *stare decisis*, a qual é, na realidade, um elemento recente quando considerada a sua história, pois foi consolidada somente no século XIX.<sup>88</sup> A doutrina moderna da *stare decisis* implica que as decisões anteriores das cortes serão vinculantes para as decisões posteriores,<sup>89</sup> criando estabilidade na solução das lides. Segundo Zywicki, a adoção dessa doutrina induziu o aumento da busca de rendas no direito consuetudinário, o que era anteriormente associado somente à tradição do direito romanogermânico.

Quando não existe *stare decisis*, a possibilidade de retorno do investimento das partes no litígio fica reduzida, já que não haverá a criação de um precedente estável. Por isso, as partes serão levadas a reduzir seus investimentos no litígio presente. Antes da aceitação da *stare decisis*, a obtenção de julgamento favorável pela parte tinha valor bem reduzido, pois não se formava o “estoque de capital” de precedente,<sup>90</sup> ou seja, o valor da decisão que não vincula as decisões judiciais subsequentes é mínimo (no longo prazo) para as partes. Com a adoção da *stare decisis*, tal situação é modificada de modo consistente, pois a obtenção de um precedente favorável pode significar um fluxo de capital substancial no longo prazo para as partes que se engajam em disputas recorrentes. Por isso, aumentam os incentivos das partes para investir no processo judicial, de modo a buscar a obtenção de um precedente que as favoreça. Portanto, segundo Zywicki, a *stare decisis* estimula a busca de rendas na esfera judicial: “(...) existem custos

e benefícios relativos a *stare decisis*, sendo importante o custo oriundo do fato de que o direito fica mais suscetível a ser utilizado como veículo para captura de rendas e para manipulação de precedentes judiciais.”<sup>91</sup>

Assim, a evolução do direito consuetudinário possibilitou que aumentasse a pressão dos grupos de interesse com o intuito de moldar o desenvolvimento do Direito em seu próprio benefício, o que tende a produzir normas ineficientes e dissipação de riquezas para a sociedade, minando a suposta orientação proeficiência, associada anteriormente com a tradição de direito consuetudinário.

Outro problema do mecanismo de *stare decisis* consiste na criação de dependência com relação ao caminho trilhado (*path dependence*), tal como o argumentado por Hathaway. As cortes podem se prender a decisões passadas e se tornar resistentes a mudanças:

*“...as resoluções originais das cortes em assuntos jurídicos podem tornar-se resistentes às mudanças. Tal inflexibilidade pode levar à ineficiência quando as regras jurídicas falham em responder às mudanças das condições. A teoria da dependência de rota (path dependence) também indica que a previsibilidade dos resultados finais será dificultada, devido à dependência das decisões anteriores, que são, por sua vez, de difícil, senão impossível previsibilidade. A teoria sugere adicionalmente que as oportunidades para alterações significativas no sistema jurídico em um sistema de common law são breves e intermitentes, ocorrendo durante situações críticas quando surgem novos temas jurídicos ou existe a intervenção de tribunais superiores ou do legislativo. A teoria leva ainda à conclusão perturbadora de que a ordem pela qual o caso chega às cortes pode afetar significativamente a doutrina resultante.”*<sup>92</sup>

Além disso, segundo a autora, os próprios juízes podem favorecer a adoção e a manutenção de um precedente para preservar a sua reputação e prestígio perante outros juízes. Eles podem almejar a sua promoção para cortes hierarquicamente superiores e, por isso, tentarão minimizar a possibilidade de que suas decisões sejam revertidas em instâncias superiores por falta de adesão ao precedente assentado sobre a questão. Assim, as preferências dos juízes podem implicar a manutenção de decisões ineficientes, ao contrário do que propôs Posner.<sup>93, 94</sup>

Heiner argumenta que as pessoas têm habilidades imperfeitas para chegar a decisões ótimas, por razões de complexidade e dificuldade de interpretação das informações. Nessa ótica, os juízes não conseguirão antecipar os impactos da sua



decisão. “Seguir regras também implica que as pessoas não guiarão necessariamente suas decisões por nenhum objetivo estrito e inflexível (tais como juízes que tentam maximizar a longo prazo o bem-estar social ou a eficiência), mas pelo contrário focalizam temas mais aplicados e práticos ao aplicar tais regras às situações particulares que surgem.”<sup>95</sup>

Ineficiências também podem resultar da característica de bem público<sup>96</sup> do precedente judicial. O autor da ação se apropriará apenas de uma fração do valor do precedente produzido, pois os efeitos do novo precedente recairão (beneficiando ou não) sobre toda a população que tiver conflitos semelhantes aos que deram ensejo à criação do precedente. Dessa forma, haverá uma divergência entre custo/benefício privado e custo/benefício social, diferentemente das hipóteses de convergência que os modelos teóricos geralmente assumem. Por isso, Cooter e Rubinfeld argumentam que os litigantes não levarão em conta os custos sociais que a norma ineficiente impõe para outras pessoas e, assim: “O viés no sentido da eficiência pode ser subvertido pela inclinação dos autores da ação de desafiarem as normas quando podem capturar grande parte do valor dos resultados esperados com o precedente. Autores podem portanto iniciar uma ação quando esperam grandes ganhos distributivos da causa, sem considerar aspectos de eficiência da norma. O problema de ver a litigância como um mercado está em que ganhos distributivos são frequentemente mais relevantes do que as ineficiências que moldam a litigância.”<sup>97</sup>

Hirsch<sup>98</sup> critica os pressupostos dos modelos de eficiência do direito consuetudinário a partir da perspectiva da psicologia e economia comportamentais. Segundo o autor, as partes litigantes têm racionalidade limitada, estando sujeitas a influências de fatores como: (a) viés de *status quo* (*status quo bias*), ou seja, a tendência de as partes superavaliarem os direitos e coisas que já têm, o que leva as partes a colocarem um prêmio no valor da situação do *status quo*, seja ele eficiente ou ineficiente; (b) efeito de custos irrecuperáveis (*sunk-cost effect*), que induz as partes a gastarem mais devido ao medo de “perderem” o já gasto; (c) vieses egocêntricos (*self-serving or egocentric biases*) os quais levam as partes a superavaliarem suas chances de vitória. Outras barreiras psicológicas incluem: (d) o problema do enquadramento (*framing*), segundo o qual os autores tendem a ser risco-aversos porque encaram a solução extrajudicial (*settlement*) como um ganho, enquanto os réus tendem a preferir risco porque encaram tal solução como uma perda; (e) busca de equidade (*equity seeking*), quando as partes buscam apoio moral para as suas defesas; (f) desvalorização reativa (*reactive devaluation*), quando as partes não desejam “parecer perder” diante do adversário; (g) aversão a arrependimento (*regret aversion*), quando ocorre o desejo de evitar a situação de saber e se

arrepender de ter tomado a decisão errada. To-dos esses processos cognitivos podem provocar distorções no processo de decisão das partes, induzindo-as a resolver seus conflitos fora ou dentro das cortes, o que interferirá no processo evolutivo do direito.<sup>99</sup>

Outros autores, tal como Parsons,<sup>100</sup> propõem modelos de evolução do direito consuetudinário que preveem uma tendência a certo tipo de ineficiência. No caso específico das normas de responsabilidade civil (*torts*), Parsons argumenta que a evolução das normas tenderá a incentivar condutas dos indivíduos com nível insuficiente de cuidado e de precaução, resultando numa prevenção de acidentes em patamar ineficiente, com prejuízos excessivos.

Tal fenômeno ocorre porque as partes que se beneficiam com menores níveis de precaução tiveram capacidade para gastar mais nos litígios, obtendo maior sucesso no estabelecimento de precedentes favoráveis. Com o Judiciário se baseando na doutrina da *stare decisis*, e a consequente ocorrência de reprodução paulatina das decisões das cortes, há o favorecimento desses grupos de interesses.

Parsons argumentou que a ineficiência inerentemente contida nas decisões da tradição de direito consuetudinário levou ao processo de codificação/legislação ocorrido na área de responsabilidade civil:

*“as ineficiências inerentes ao processo de decisão da common law”  
contribuíram para a codificação do direito anglo-americano(...)*

*A legislação pode ter moderado algumas das ineficiências no direito consuetudinário sobre acidentes, mas não existem garantias de que a legislação será sempre mais eficiente do que o common law. Leis, entretanto, não sofrerão da tendência à negligência inerente ao direito feito pelo juiz. Na ausência de dados econômicos, as leis, e não a common law, devem ser presumidas como eficientes. Esta (...) análise da competência institucional relativa das cortes e do legislativo vai contra as recomendações de muitos analistas sobre o desenvolvimento econômico da common law.”<sup>101</sup>*

Por isso, sugerem alguns que a criação de legislação via processo legislativo pode ser a solução para os casos de ineficiência da evolução do direito consuetudinário, o que automaticamente nos remete ao tema da eficiência da tradição de direito romanogermânico, o qual é discutido no próximo tópico.

***Argumentos e modelos econômicos defendendo a***

## *eficiência da civil law*

Após uma análise, o estudioso notará que não existem modelos teóricos explicando a eficiência nos sistemas de direito romanogermânico na mesma quantidade verificada nos sistemas de direito consuetudinário. Com efeito, a ineficiência do primeiro é um tema que ainda persiste na literatura. Um exame dos fundamentos que sustentam tal argumentação demonstra uma superavaliação da ineficiência no processo legislativo do primeiro e uma subavaliação da ineficiência no processo jurisdicional do segundo. No item anterior, analisamos uma série de fatores que podem determinar a evolução ineficiente do direito consuetudinário. Passamos agora a analisar fatores que promovem a eficiência nos sistemas de direito romanogermânico.

Gordon Tullock tem sido defensor da superioridade do sistema de direito romanogermânico perante o de direito consuetudinário.<sup>102</sup> Para Tullock, os processos de ambos os sistemas são análogos. Se no processo de criação do direito legislado (*statute law*), grupos de interesse gastariam em *lobby* para obter vantagens em leis específicas, também no direito consuetudinário grupos de interesse gastariam em litígios para obter resultados que lhes fossem favoráveis por meio de precedentes, tal como já abordado. Assim, se estudiosos argumentam que gastos das partes com litígios influenciariam a evolução eficiente do direito consuetudinário,<sup>103</sup> da mesma forma gastos em *lobby* também deveriam influenciar a evolução eficiente do direito legislado.

Nessa linha de argumentação, Rubin<sup>104</sup> também apontou que o argumento da eficiência do direito consuetudinário e da ineficiência do direito legislado (ou codificado) é equivocado, pois considera que os defensores dessa tese confundem um efeito ocorrido devido ao aspecto temporal com um efeito devido à eficiência. No começo do século XX nos Estados Unidos, segundo o autor, a maioria do Direito era eficiente, sendo pautado no direito consuetudinário. Entretanto, o Direito foi se tornando crescentemente legislado (*statutory*) e ineficiente. Contudo, isso não implica uma relação de causa e efeito, isto é, o Direito não se tornou ineficiente *porque* evoluiu para a codificação/legislação (*statute law*). Para Rubin, houve uma mudança de *natureza tecnológica* nesse espaço de tempo que alterou os incentivos dos grupos econômicos, possibilitando-lhes empreender esforços de *lobby* a custos mais baixos.<sup>105</sup>

O movimento à ineficiência deve ser entendido como resultado de mudanças tecnológicas que reduziram os custos de organização de grupos de interesses, causando alterações na natureza desses grupos e no seu processo de *lobby*. As mudanças tecnológicas (redução de custos de comunicação, informação e transportes) possibilitaram que mais grupos fossem formados para organização

de *lobby* e litígios, fenômeno que impacta tanto a tradição de direito consuetudinário quanto a de direito romanogermânico. Segundo Rubin, tal processo *per se* não traz implicações para a eficiência, sendo que saber se ele ultimamente leva à eficiência ou não em um dado caso é uma questão para análise empírica: “(...) em muitos casos tanto o direito consuetudinário quanto o direito legislado (*statutes*) atuam em conjunto para atingir eficiência, e (...) nossa sensação corrente de que o direito legislado é menos eficiente do que o consuetudinário pode estar baseada em situações particulares em vez de princípios gerais.”<sup>106</sup>

Dessa forma, a tradição de direito consuetudinário não é necessariamente mais eficiente que a tradição de direito romanogermânico. Tomese o exemplo do Direito de Propriedade, o qual é considerado por Posner uma das áreas do direito consuetudinário economicamente eficiente. Rubin demonstra que um exame mais acurado revela que o Direito de Propriedade, inclusive nos seus aspectos eficientes, tem suas fundações em leis (*statutes*) do século XIX, em vez de ter sido construído pelas decisões de natureza consuetudinária. O Direito de Propriedade contemporâneo seria uma combinação de direito legislado (*statutory*) e consuetudinário, não sendo claro se um seria mais eficiente que o outro.<sup>107</sup>

Recentemente, alguns autores se debruçaram sobre o tema da eficiência no direito romanogermânico. Deffains argumentou que “o código civil é uma instituição dinâmica que busca a redução da incerteza prevalecente na esfera econômica. A maior parte do debate doutrinário em países de direito romanogermânico não escapa da lógica econômica.”<sup>108</sup> O autor explora diversos artigos do código civil francês, os quais, na sua opinião, estão imbuídos de raciocínios com lógica econômica no sentido da maximização de eficiência econômica.

Backhaus<sup>109</sup> desenvolve um modelo de como o direito legislado pode evoluir para a eficiência através dos processos legislativo e jurisdicional, modelando uma situação na qual, mesmo havendo busca de rendas (*rent seeking*) no processo legislativo, a tradição de direito romanogermânico é levada a produzir legislação eficiente. Segundo tal modelo, os legisladores têm fortes incentivos para criar legislações eficientes, pois estão num mercado competitivo, almejando a reeleição, devendo zelar pela própria reputação para as eleições futuras.<sup>110</sup>

Para Mattei,<sup>111</sup> o argumento de que o direito romanogermânico é ineficiente porque as legislações são capturadas por grupos de interesse é equivocado, por desprezar uma distinção importante entre as legislações ordinárias e os códigos. Mattei argumenta que apenas a legislação específica fora dos códigos pode ser comparada aos *statutes* do direito consuetudinário e estaria sujeita à captura,

conforme a proposição da literatura. Todavia, os códigos não estariam sujeitos ao mesmo tipo de pressão, pois são formados por dispositivos gerais, que tornam difícil a sua captura.

*“a Análise Econômica do Direito, com base na teoria da captura e nas contribuições de estudiosos de Escolha Pública, argumenta que o processo da common law é eficiente quando comparado ao processo legislativo sujeito à captura por grupos de interesse. Tal análise, se estendida aos sistemas que adotam códigos civis, leva a resultados completamente falsos. Certamente, códigos civis são peças de legislação, mas a sua natureza é diferente daquela dos decretos (enactments) sujeitos à captura. A literatura do direito comparado esclarece que a função dos códigos civis é análoga à da common law norteamericana e não à função das leis (statutes). De fato, códigos civis não correm o risco de captura, posto que são muito mais o produto de uma cultura jurídica do que do processo legislativo.(...)”<sup>112</sup>*

O autor argumenta que o sistema de codificação reduz incertezas e aumenta a previsibilidade e estabilidade das normas, reduzindo os custos de transação na economia.

*“Se a lei for focalizada sob a perspectiva dinâmica, é possível utilizar a lente da eficiência para justificar o amplo sucesso do Código Napoleônico francês cuja influência é sentida em todo o mundo. Um documento relativamente simples, ainda que extenso, aberto às interpretações de acordo com circunstâncias locais e fácil de ser compreendido, é capaz de ter sucesso precisamente por reduzir o custo de informação no processo jurídico....”<sup>113</sup>*

Koch considera que, nos Estados Unidos, a eleição de juízes compromete a sua imparcialidade e independência em muitas esferas, o que não ocorre, na sua opinião, em países de tradição de direito romanogermânico, nos quais fatores como maior independência dos juízes com relação a pressões políticas, período de treinamento especializado para os juízes, cortes especializadas em função de matérias e controle judicial ativo da resolução de disputas tornam a implantação do sistema de direito romanogermânico mais vantajosa em países em desenvolvimento. Outro benefício a ser considerado é a existência de arquivos escritos de todas as fases do processo.

A natureza incremental da tradição do direito consuetudinário não vem, por sua vez, sem custos:

*(...) a common law é inacessível e difícil de ser pesquisada, apesar do avanço das técnicas de pesquisa devido à informatização dos instrumentos de pesquisa(...). Precedentes judiciais dão arcabouço ao sistema a partir de casos individuais, cada qual com suas características próprias. A maior parte dos praticantes do direito na tradição do common law, são, portanto, especialistas em apenas certos campos específicos do direito. Se necessitam de suporte em áreas fora da sua expertise, geralmente devem consultar algum colega especialista neste outro campo. Tudo isso torna a prática do common law bastante cara.*

*O direito romanogermânico, por outro lado, é fácil de ser pesquisado: as fontes do direito são óbvias e disponíveis. Além disso, são muito acessíveis(...)*<sup>114</sup>

No que se refere à análise da microeficiência do direito romanogermânico, ou seja, da eficiência econômica de normas específicas, alguns estudos foram realizados. Hatzis<sup>115</sup> argumenta que, ao longo dos anos, a tradição de direito consuetudinário tem incessantemente copiado as instituições da tradição de direito romanogermânico na área de contratos. Entretanto, permanecem diferenças substanciais, em algumas matérias, tais como formação de contratos, terceiros beneficiários (*third party beneficiaries*), frustração da *performance* e quebra eficiente.<sup>116</sup> O autor argumenta que a solução dada por ordenamentos de direito romanogermânico a essas matérias é mais eficiente do ponto de vista econômico.

Crespi,<sup>117</sup> ao analisar a aplicação da *adequate assurance doctrine*<sup>118</sup> na área de contratos, explica que, apesar de a doutrina ser unanimemente considerada eficiente para ambas as partes, na medida em que dissipa comportamentos oportunistas e evita perdas econômicas,<sup>119</sup> uma análise da *case law* revela que tal doutrina não havia se desenvolvido na tradição de direito consuetudinário até a sua codificação no *Uniform Commercial Code*. A partir daí, tendo como base a disciplina do *Uniform Commercial Code*, o *Restatement (Second) of Contracts* também passou a incluir uma provisão a respeito da *adequate assurance doctrine*. Principalmente após a inclusão da doutrina no *Restatement (second)*, as cortes passaram a aplicá-la mais consistentemente.<sup>120</sup> Essa sucessão de fatos levou o autor a concluir que “tais evidências oferecem algum suporte aos



defensores da hipótese da eficiência da *common law*, embora também sugiram que o movimento na direção da eficiência da *common law* possa ser lento e acidentado por vezes, e seu desenvolvimento possa ser mais influenciado pela dinâmica da aplicação dos critérios jurídicos tradicionais, como as provisões dos *Restatements*, do que pelas preocupações dos juízes com eficiência. As decisões sobre as garantias adequadas (*adequate assurances*) revelam pouco, se é que revelam, sobre a preocupação judicial com o aumento da eficiência. Os casos que adotam a doutrina se baseiam em fontes mais tradicionais da autoridade do *common law*, tais como analogia, confirmação do *Restatement* ou casos de outras jurisdições que, por sua vez, se basearam na autoridade do *Restatement*.<sup>121</sup>

Esse exemplo demonstra, portanto, que o argumento de que os juízes da tradição de direito consuetudinário teriam uma preferência por resultados eficientes é falho, já que os juízes parecem ter aceitado a doutrina muito mais em razão da autoridade do *Restatement*, tal como ocorre com o processo de codificação do direito romanogermânico, do que em função de sua convicção/preocupação com eficiência econômica.<sup>122</sup>

## Análise Das Particularidades Do Ambiente Institucional

Esta parte do trabalho procura elaborar melhor alguns dos argumentos levantados, *exemplificando* situações nas quais diferenças de desempenho podem ser justificadas com base em fatores que não necessariamente estão ligados à adoção de determinada tradição de Direito. Além disso, argumentamos que mecanismos surgidos para a promoção de eficiência jurídica também provocam custos que devem ser analisados atentando-se para as particularidades de cada ambiente institucional.

### *Stare decisis: custos e benefícios*

No modelo de Rubin,<sup>123</sup> já discutido, é a possibilidade de *mudança dos precedentes* que leva as partes a considerarem que o litígio vale a pena.<sup>124</sup> O precedente ineficiente (nos casos de parte com interesses futuros) será litigado até dar origem a um precedente eficiente. Como, pelo mecanismo da *stare decisis*, o novo precedente será aplicado aos casos futuros, a parte terá interesse em litigar para auferir benefício que lhe é economicamente valioso. E mais, a natureza de bem público do precedente fará com que terceiros se beneficiem do precedente sem terem para isso gasto recursos em processos judiciais.<sup>125</sup> Assim,

nos próximos litígios, a existência de precedente eficiente induzirá a que as partes não entrem em conflito judicial, já que o precedente, como diz Barzel,<sup>126</sup> tem a função de delinear direitos (de propriedade). As partes, sabendo do precedente, poderão resolver seus conflitos fora da corte (*settlement*), adotando as definições de direitos manifestadas no precedente.

Deve-se notar que existe, entretanto, um conflito sobre o papel do precedente vinculante na literatura. Enquanto *astare decisis* surge, ao menos implicitamente, nos modelos de Rubin<sup>127</sup> e de Priest,<sup>128</sup> como fator que assegura a adoção do precedente eficiente nos casos futuros, Zywicki<sup>129</sup> propõe justamente a visão contrária, a de que a *stare decisis* teria contribuído para que os litigantes aumentassem os esforços de busca de rendas (*rent seeking*) nos processos judiciais, gerando resultado ineficiente para a evolução do Direito. A *stare decisis* seria um dos fatores que contribuiu para o aumento de ineficiência do direito consuetudinário, nessa ótica.

O precedente judicial é criado a partir da convergência de muitas decisões judiciais independentes ao longo do tempo. A própria doutrina do precedente é considerada uma influência do positivismo jurídico de Bentham, autor que considerava a codificação o método racional mais eficiente para organização do sistema jurídico: “A noção de *stare decisis* como precedente vinculante foi decorrência do positivismo jurídico de Bentham e Hobbes, e da crença de que o direito deve ser emitido como um comando soberano da pena de autores judiciais conhecidos, em vez de resultar de um processo de ordenação espontâneo.”<sup>130</sup>

Assim, apesar da sua criação ter visado à diminuição de custos de transação, possibilitando segurança jurídica *ex ante* acerca do Direito vigente sobre determinada matéria, a sua adoção implica também custos que devem ser analisados de acordo com as particularidades do ambiente institucional.

*“...um benefício da stare decisis é conservar tanto recursos de tempo quanto judiciais em casos subsequentes pois, uma vez decidido, um assunto não tem de ser relitigado repetidas vezes. Entretanto, tal benefício vem acompanhado de custos. Quanto mais durável o precedente, mais partes investirão no caso original tentando obter um precedente favorável. Portanto, maior será o incentivo para tentar afetar o resultado do precedente. Assim, a redução do custo futuro, por não ser necessário relitigar o caso, será parcial, senão totalmente, compensada pelo maior investimento (higher stakes) no caso gerador do precedente, e maiores investimentos que as partes estarão dispostas a realizar para assegurar um precedente favorável. Os*



*custos são inerentes e não podem ser eliminados, pois enquanto houver benefícios potenciais da litigância estratégica, as partes privadas estarão dispostas a investir recursos para tentar capturar tais ganhos. A comparação própria para o propósito de determinar se a stare decisis é ainda, ao final, uma doutrina eficiente deve incluir na equação esses custos inerentes de busca de rendas.”<sup>131</sup>*

Lee apresenta uma teoria segundo a qual a suprema corte americana dispensará a *stare decisis* somente quando os benefícios dessa decisão suplantarem os custos. Dessa forma, o comportamento da suprema corte é melhor explicado a partir do objetivo de minimização dos custos provenientes da aplicação da *stare decisis*.<sup>132</sup>

Para o autor, a aderência a precedentes serve à função econômica poupadora de custos, os quais podem ser classificados em custos de litigância e custos de ajuste. Os custos de litigância (*litigation costs*) referem-se à economia que existirá no âmbito do processo judicial decorrente da adoção da *stare decisis*. Note-se que se não existisse o precedente vinculante, o trabalho dos juízes seria imenso, pois teriam de decidir cada caso novamente, como se cada decisão pudesse ser reaberta, o que implicaria maior lentidão do processo judicial. Além disso, a *stare decisis* proporciona certeza jurídica, diminuindo os custos de transação e o incentivo para litígio da regra em particular. Os custos de ajuste (*adjustment costs*) são os que recaem sobre os agentes privados que se valem da estabilidade da norma para fazer investimentos por ela amparados. A reversão de precedentes dá margem a custos de ajuste significativos se as partes tiverem de se ajustar a um novo regime jurídico devido à mudança do precedente.<sup>133</sup> A *stare decisis*, por outro lado, geraria custos substanciais denominados de custos de erros (*error costs*). O principal custo do sistema de *stare decisis* é o custo que provém da dificuldade de um precedente errado ser colocado sob escrutínio e da incapacidade de obter a sua correção rapidamente.<sup>134</sup>

O resultado eficiente sobre a adoção ou não da *stare decisis* dependerá da magnitude dos custos de litigância, dos custos de ajuste e dos custos de erros na decisão de manter o precedente. A corte tomará uma decisão eficiente de reverter o precedente se os custos de erro da manutenção do precedente atual forem superiores aos custos de litigância e ajuste que a nova decisão impingirá.<sup>135</sup>

Macey,<sup>136</sup> por outro lado, argumenta que a *stare decisis* é eficiente porque minimiza os custos de erro no sistema judicial. Os juízes podem verificar seus resultados com os alcançados por outros juízes, o que evita que tenham de repensar o mérito de cada doutrina jurídica, maximizando os aspectos de bem público da decisão judicial, isto é, o valor externo ao dos próprios litigantes

(conteúdo informacional da decisão, o qual dá sinal valioso aos futuros litigantes, diminuindo incertezas e minimizando custos de transação). Outro fator é a minimização dos custos de revisão judicial, pois os precedentes possibilitam que as cortes superiores escolham os casos para revisão de maneira mais eficiente, aumentando a demanda da sociedade por leis criadas por juízes em vez de legislação, o que aumenta o poder do Judiciário em relação ao do Legislativo. Além disso, a *stare decisis* estaria de acordo com as preferências dos juízes, tornando possível a maximização do tempo livre e possibilitando que as decisões de juízes ambiciosos sejam influentes. Como os juízes podem economizar tempo nas áreas em que têm menor familiaridade com o assunto, baseando-se em decisões anteriores, poderão se especializar em áreas do Direito do seu interesse particular.<sup>137</sup>

## ***Legislação: custos e benefícios***

A legislação economiza custos de transação e possibilita ganhos de escala ao sinalizar para a comunidade em geral o Direito vigente, promovendo a estabilidade jurídica. Por outro lado, Parisi, Fon e Ghei<sup>138</sup> argumentam que a adoção de uma nova legislação envolve muitos custos, sendo semelhante ao investimento em um ativo produtivo. Uma vez que a legislação submetida a processo legislativo não pode ser mudada diariamente, o processo legislativo pode ser visto com um custo irrecuperável (*sunk cost*). Se a lei for aprovada, será muito custoso alterá-la novamente, sendo que os custos do processo legislativo não poderão ser recuperados se a lei se mostrar ineficiente ou indesejável no futuro. Os legisladores devem então observar o tempo ótimo para a intervenção legislativa. Além dos custos envolvidos na criação da lei, existem também os custos do seu aprendizado pelos profissionais do Direito e pela sociedade. Portanto, quanto maior for a magnitude desses custos, maior será a possibilidade de que um caminho de evolução jurídica seja estabelecido. O processo legislativo eficiente requer que os benefícios provenientes da mudança da lei superem os custos perdidos no processo de reforma.<sup>139</sup>

Justamente pelos altos custos envolvidos no processo de mudança legislativa, a incapacidade de rápida adaptação do ordenamento jurídico de tradição romano-germânica pode contribuir para aumento de ineficiências, pois as legislações podem ficar ultrapassadas perante a transformação da realidade social.

Normas legislativas e normas judiciais são substitutas uma das outras. Segundo Erlich e Posner,<sup>140</sup> o custo marginal de normas legislativas (*statutory rules*) é superior ao de normas judiciais (*jude-made law*). Uma parcela dos custos sociais de qualquer norma refere-se ao custo resultante da “especificidade

imperfeita” na norma, isto é, da possibilidade de surgimento de equívocos durante a sua aplicação. O grau de especificidade da norma tenderá a ser maior nas regras judiciais, uma vez que são criadas para resolver o próprio caso *sub judice*. O custo maior das normas legislativas também explica por que, em geral, é mais difícil (e custoso) modificá-las quando comparadas à alteração da norma por via judicial.<sup>141</sup>

A norma legislativa tem um escopo mais abrangente do que a norma judicial, o que contribuirá para os benefícios marginais das normas legislativas também serem maiores, porque tais normas se aplicam a uma população maior, o que aumenta o seu potencial sinalizador. As cortes tenderão a criar normas limitadas a situações similares ao caso em julgamento, pois as partes que definiram a linha de argumentação no litígio o fizeram de acordo com os interesses específicos, cuja solução tenderá a resultar em uma regra de escopo consideravelmente restrito.<sup>142</sup>

A criação de normas legislativas envolve custos elevados, os quais tendem a crescer se o assunto a ser legislado for politicamente controverso. O processo legislativo requer a negociação entre os legisladores, considerando que certo número de legisladores deverá concordar sobre o resultado legislativo para que seja aprovado. Os custos da negociação tenderão a ser substanciais.<sup>143</sup> Por outro lado, a norma legislativa tem maior potencial sinalizador, razão pela qual a sua adoção trará benefícios, sendo, então, eficiente em muitas situações.

## ***Custos de sucumbência***

Os arranjos jurídicos envolvem uma complexidade de fatores que podem não ter nenhuma relação com a tradição de Direito em si. Custos de sucumbência podem influenciar significativamente a eficiência do processo judicial. A alocação dos custos de sucumbência processuais vai produzir efeitos específicos conforme o arranjo institucional utilizado. No entanto, a diferença dos custos de sucumbência não tem origem nas tradições jurídicas. Os casos dos Estados Unidos e da Inglaterra, países de direito consuetudinário, são ilustrativos a esse respeito. Enquanto a regra americana prevê que cada querelante pague seus próprios custos processuais, a regra inglesa prevê que a parte perdedora arque com o ônus da sucumbência, devendo pagar as despesas processuais totais, de ambas as partes. O arranjo institucional inglês, modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, produz outras consequências para a análise econômica dos processos judiciais. Em primeiro lugar, os custos envolvidos no processo serão maiores, o que potencializa a natureza de investimento do processo judicial, já que a parte que perder a demanda perderá todo o capital

investido, mais o custo processual total. Por outro lado, o processo judicial torna-se mais arriscado, o que pode resultar na diminuição do número de litígios.

## ***Ideologia e outros fatores extrajurídicos***

Segundo Merryman, não é exatamente o fato da existência de códigos em países de *Civil Law* que os distinguem dos países de *common law*. O estado da Califórnia, nos Estados Unidos, tem enorme quantidade de códigos, sendo o *Uniform Commercial Code* americano uma peça basilar para a resolução de conflitos judiciais. Para Merryman, um fa-tor que realmente diferencia as duas tradições jurídicas é a ideologia que existe por trás da criação desses códigos. Dentro do espírito da Revolução Francesa, a codificação tentou repelir todo o Direito existente anteriormente ao código, numa tentativa de estabelecimento de uma nova ordem jurídica inteiramente independente da anterior. O princípio da racionalização implicou, na época, a criação de um novo Direito, com a pretensão de completude, que substituísse o anterior e atendesse às necessidades do novo governo, incorporando apenas aspectos desejáveis do Direito anterior. Na tradição de direito consuetudinário, os códigos não rejeitam o passado, mas visam à sistematização e ao aperfeiçoamento das leis já vigentes na sociedade<sup>144,145</sup>

Essas considerações demonstram a importância do estudo de fatores históricos, sociais e culturais, os quais produzem efeitos sobre a eficiência do ordenamento jurídico. Normas informais ou normas sociais chegam muitas vezes a prevalecer sobre o direito estatal, devendo, portanto, ser incorporadas na análise sobre a eficiência de determinado ordenamento jurídico.

## **Convergência Entre As Tradições Do Direito**

A crescente complexidade das sociedades e a inter-relação de suas economias causada pela globalização e evolução tecnológica vêm ocasionando um processo de influências recíprocas entre as tradições de Direito. O processo de unificação da Europa vem resultando numa harmonização contínua entre os sistemas jurídicos. Essa interpenetração entre sistemas jurídicos vem gerando a convergência entre a *civil law* e a *common law*.<sup>146</sup>

Autores argumentam que algumas das diferenças visíveis entre tais tradições de Direito já diminuíram consideravelmente.<sup>147</sup> Assim, existe uma tendência crescente de codificação e criação de leis em países de direito consuetudinário.<sup>148, 149</sup> O jurista Guido Calabresi argumentou que as cortes não são capazes de criar de modo suficientemente rápido a maioria das normas de que uma sociedade moderna precisa.<sup>150</sup> Daí a codificação e a legislação serem

crescentemente utilizadas por países como os Estados Unidos.

*“O Direito nos Estados Unidos é geralmente visto como de tradição calcada na common law, mas hoje isso está longe de ser óbvio. Em muitos aspectos, o direito norte-americano representa uma rejeição deliberada ao princípio da common law, sendo dada preferência a ideias mais afirmativas claramente derivadas da civil law. Essas não foram inventadas nos Estados Unidos, mas trazidas diretamente de fontes romano-germânicas (civilian sources) em um processo massificado de mudança no processamento da informação jurídica no século XIX.(...) A legislação nos Estados Unidos também assumiu proporções romano-germânicas (civilian) e frequentemente recebe um tratamento de acordo com tal tradição. Códigos de processo civil e leis criminais existem em muitos estados; a Califórnia, o maior estado, tem um código civil. A legislação, além disso, recebe interpretação liberal e ampla, em alinhamento com a doutrina romano-germânica,... Mesmo o adversarial procedure tem tido sua importância diminuída. (...) O número de casos é também o problema que mais afeta a noção de stare decisis. Na presença de cortes abertas e milhões de decisões, torna-se muito difícil dizer que cada decisão representa a regra de direito (rule of law). O mesmo problema surgiu na Inglaterra, onde tem sido dito que a noção é autodestrutiva (...). Portanto problemas da civil law estão também tornando-se problemas da tradição da common law e existe muito espaço para colaboração e entendimento mútuo.”<sup>151</sup>*

Os códigos ou a sistematização de normas em leis proporcionam ganhos de escala que não são possíveis no processo de estabelecimento do direito via decisão judicial. Nesse sentido, o corpo legislativo possibilita a economicidade do processo de criação de normas, diminuindo custos de transação. O corpo legislativo tem efeito sinalizador, na medida em que as normas de conteúdo geral diminuem a incerteza dos indivíduos sobre quais condutas podem ser tomadas e seus efeitos perante o ordenamento jurídico. Esse movimento de “codificação” nos países de direito consuetudinário pode ser entendido como necessidade da adequação dessa tradição perante a complexidade social, objetivando ganhos de eficiência pelo uso de métodos de regulação emprestados do sistema romanogermânico.

Por outro lado, os países de direito romanogermânico também têm crescentemente utilizado a jurisprudência na forma de precedente, tal como

entendido nos países de tradição de direito consuetudinário. Existe um processo de convergência funcional, tanto no que concerne à *stare decisis* horizontal quanto à vertical. Na forma da *stare decisis* horizontal, que diz respeito a uma corte se vincular pelas suas próprias decisões tomadas em relação a casos anteriores, a convergência funcional vem ocorrendo por meio de duas tendências. Nos países de direito consuetudinário, tanto a *British House of Courts* quanto a *US Supreme Court* abandonaram a doutrina estrita da *stare decisis* para as suas decisões, adotando uma postura mais flexível no julgamento dos casos. Por outro lado, as cortes supremas de países de direito romanogermânico, como a Alemanha, raras vezes decidem contrariamente à decisão tomada em casos anteriores, em face de fatos similares.<sup>152</sup> Assim, percebemos que vem progressivamente ocorrendo uma convergência no sentido da utilização do precedente horizontal pelas cortes superiores de países de tradição jurídica romano-germânica.

A segunda tendência, a *stare decisis* vertical, diz respeito à vinculação dos precedentes emanados por cortes hierarquicamente superiores para as cortes inferiores, tal como ocorre nos países de direito consuetudinário. Alguns países como Alemanha e Espanha já editaram normas que tornam as decisões das cortes constitucionais vinculantes.<sup>153</sup> No Brasil, a promulgação da reforma judicial pela Emenda Constitucional nº 45 de 08/12/2004, que adotou a súmula vinculante emanada pelo Supremo Tribunal Federal, vai na mesma direção. Aliás, os tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já vêm editando súmulas que funcionam como substituto funcional da *stare decisis*. As súmulas, sem dúvida, influenciam a decisão de juízes em primeira instância, devendo a magnitude de tal influência ser investigada por estudos empíricos, tal como defenderemos no próximo item. Por isso, progressivamente está havendo convergência formal e funcional com relação ao uso do precedente vinculante entre os países de direito consuetudinário e romanogermânico.

Além disso, as cortes nos países de direito romanogermânico estão crescentemente criando Direito (*actively making law*), numa nítida influência do direito americano. É interessante notar, então, que, apesar da tradição de direito romanogermânico nas suas origens não apresentar uma doutrina de *stare decisis*, os juízes, nesses sistemas, também muitas vezes orientam as suas decisões em razão da jurisprudência, tal como disse Merryman:

*“embora não exista regra de stare decisis, na prática os juízes são influenciados por decisões anteriores. Decisões judiciais são publicadas regularmente na maior parte das jurisdições decivil law. Advogados, ao prepararem um processo, pesquisam a jurisprudência*



*e utilizam-na na sua argumentação; também os juízes se referem à jurisprudência na formulação de suas decisões. Qualquer que seja a ideologia da revolução (francesa) sobre o valor da jurisprudência (precedent), o fato é que cortes em países de tradição romano-germânica não agem muito diferentemente das cortes norte-americanas. Um juiz pode referir-se a um precedente por estar persuadido pelo seu arrazoado, por ser muito acomodado para pensar sozinho sobre o problema, por não querer correr o risco de ter sua decisão revertida em uma apelação, ou por uma série de outras razões. Essas são as principais razões para o uso da autoridade na tradição do common law, e a ausência de qualquer regra formal de stare decisis não é relevante. Quem contrasta a tradição de civil law com a da common law a partir de uma suposta não adoção da autoridade judicial na primeira e a partir da doutrina vinculante dos precedentes na segunda, exagera nos dois casos. Todos sabem que as cortes na tradição da common law distinguem julgados (cases) que não desejam seguir, e algumas vezes passam por cima de suas próprias decisões.”<sup>154</sup>*

Dessa forma, essa influência da jurisprudência nos países de tradição de direito romanogermânico, tal como diagnosticada por Merryman, tem aumentado ultimamente, ainda que não esteja formalizada totalmente no Brasil, como ocorre na Alemanha e Espanha. Não nos parece demasiado afirmar que as jurisdições de sistema romanogermânico aderem a um sistema de precedente informal,<sup>155</sup> devendo ser melhor investigado o grau dessa aderência entre nós.

Portanto, a convergência formal e funcional entre as tradições de Direito possibilita que tanto as eficiências quanto as ineficiências existentes em cada tradição sejam compartilhadas.

## **Agenda De Pesquisa**

A literatura explorada nesse artigo nos mostra quão complexa e importante é a análise das instituições jurídicas e do seu impacto na economia. As questões abordadas ao longo do trabalho abrem caminhos para novas pesquisas em Direito e Economia. Tenta-se aqui brevemente esboçar algumas questões para análise em trabalhos futuros que enriqueceriam o debate.

Não faz parte da tradição dos pesquisadores do Direito no Brasil analisar se as normas adotadas por nosso direito positivo são eficientes ou não do ponto de vista econômico. Essa análise, entretanto, nos parece de total importância na

medida em que o desenvolvimento econômico é tema que interessa tanto ao governo quanto à sociedade, sendo a tônica causadora de muitas políticas públicas atuais. Um desdobramento desse tema envolve a pesquisa empírica sobre as causas de litígios, visando a sua diminuição. As normas ineficientes são mais litigadas do que as eficientes? Responder a essa pergunta pode nos ajudar a entender quais as mudanças jurídicas contribuiriam para reduzir os custos despendidos em processos judiciais que oneram o setor público e o setor privado. Um estudo de Priest<sup>156</sup> analisou mudanças no Direito, averiguando como essas mudanças produzem impacto no comportamento dos litigantes. Os dados de Priest demonstram que mudanças na doutrina das cortes estão associadas ao aumento no número de litígios no mesmo ano em que as mudanças ocorreram. Priest, contudo, ainda não estabelece com precisão a causalidade das duas ocorrências. Uma hipótese pode ser a de que maior número de litígios ocasione a mudança jurídica, o que confirmaria a hipótese da mudança jurídica ser ocasionada pelo mercado de litígios, isto é, pelo comportamento das partes litigantes. A hipótese contrária é a de que a mudança jurídica produz mais incertezas, gerando litígios que visem a delimitar os contornos de aplicação da nova doutrina.<sup>157</sup> Esse é um exemplo de como os efeitos de mudanças jurídicas podem ser analisados empiricamente.

Um assunto que merece ser mais bem investigado é a questão da influência das súmulas adotadas pelos tribunais superiores sobre as decisões de instâncias inferiores. Na prática, tais súmulas podem ser consideradas substituto funcional do mecanismo de *stare decisis*, isto é, desempenhariam a mesma função, influenciando consideravelmente os resultados judiciais de primeira instância. Essa é uma questão importante e que permanece ainda aberta. Em que medida uma súmula emitida pelo Superior Tribunal de Justiça em determinada matéria influencia as decisões dos juízes em primeira instância? Os juízes tendem a decidir em função da súmula, ou por convicção própria, mesmo sabendo que a sua decisão judicial poderá ser revertida por afrontar a súmula do tribunal superior? Em que medida a pacificação de certos assuntos na jurisprudência, mesmo que ainda não sumulados, influencia a decisão dos juízes?

Outro assunto é a questão do impacto das preferências dos juízes nas suas decisões. Os argumentos de Posner sobre as preferências dos juízes podem ser investigados empiricamente. A decisão dos juízes é sem dúvida afetada por suas preferências pessoais, sendo que o conteúdo das decisões judiciais pode variar de juiz para juiz, de acordo com as preferências de cada um.<sup>158</sup> Tal influência é de fácil constatação quando verificamos que ações judiciais com um mesmo pedido judicial e fatos semelhantes são decididas por diferentes juízes de modo diverso. Como o direito positivo existente é o mesmo para todos os juízes, a diferença de



interpretação jurídica só pode ser explicada com base nas preferências de cada juiz.<sup>159</sup>

A análise desses problemas abre enormes possibilidades para um maior entendimento do fenômeno jurídico e do seu impacto na realidade social.

## Conclusões

A literatura está longe de entrar num consenso no que se refere à eficiência da tradição jurídica consuetudinária e ao processo por meio do qual ela aconteceria. Os modelos evolucionários, apesar de não terem chegado a resultado conclusivo, contribuíram para o enriquecimento do conhecimento sobre os fatores que influenciam o processo de evolução do Direito. Os modelos ajudaram a compreender quando ele tende a ser eficiente ou ineficiente, trazendo nova perspectiva de análise da dinâmica que influencia resultados judiciais ao enfatizar o papel desempenhado pelas ações dos querelantes na evolução do Direito. Por outro lado, a literatura demonstrou como as preferências de cada juiz podem determinar o resultado da decisão judicial.

A criação da *stare decisis* e o processo de codificação foram diferentes respostas dadas pelos sistemas jurídicos para o problema de consecução de maior previsibilidade e estabilidade. Entretanto, tais processos ensejam benefícios e custos, que devem ser sopesados de acordo com as particularidades de cada ambiente institucional, para avaliação da sua eficiência. A análise da eficiência das normas jurídicas deve englobar fatores jurídicos e extrajurídicos, de acordo com as particularidades de cada ambiente institucional.

Procuramos demonstrar que vem existindo uma convergência funcional crescente entre os sistemas de *common law* e os de *civil law*, que determina que as eficiências e as ineficiências existentes em cada tradição sejam compartilhadas. Tal convergência, de certa forma, esvazia a investigação sobre *qual* tradição é a mais eficiente, já que ambas contarão com características eficientes e ineficientes no aspecto macro. A análise da investigação sobre a eficiência das normas jurídicas num aspecto micro nos possibilita uma melhor compreensão dos arranjos institucionais e sobre formas pontuais de aperfeiçoá-los, sendo tópico importante para a promoção de desenvolvimento econômico que deve fazer parte de uma agenda de pesquisa, por meio de estudos empíricos que nos possibilitem a expansão do nosso conhecimento sobre as normas jurídicas e seus efeitos.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. La Porta R, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A, Vishny R. “Legal Determinants of External Finance”. *Journal of Finance*. 1998;52:1.131–1.150 *Journal of Finance*, v. 52, nº 3, p. 1.131–1.150, julho de 1997: Law and finance. *Journal of Political Economy*, v. 106, nº 6, p. 1.113–1.155, dezembro de.
2. A denominação visa a homenagear estudiosos das universidades europeias que, a partir do século XII, passaram a estudar as compilações de Justiniano criando as bases para o desenvolvimento da ciência do direito comum nos diversos países.
3. Tribunal criado por Guilherme, mas inferior, hierarquicamente, ao *Kings Bench* e à *court of common pleas*. Em 1873, a jurisdição desse tribunal foi transferida para o *Exchequer Divison* da *High Court of Justice*. Na Escócia, esse tribunal tinha como competência matéria de receita e sobre algumas ações entre o soberano e seus vassalos desde que não se discutisse título nobiliárquico.
4. A *Court of Common Pleas*, que traduz a expressão latina *communia placita*, também denominada *Common Bench*, tinha jurisdição exclusiva em matéria de ações intersubjetivas.
5. *Kings Bench* era, originariamente, o tribunal supremo e presidido pelo soberano.
6. David R, Jauffret-Spinozi C. *Les Grands Systèmes de droit Contemporain* Paris: Dalloz; 1988; p. 385.
7. Denozza F. *Norme Efficienti*, — *Lánalise economica delle regole giuridiche* Giuffrè Editore 2002.
8. Falzoni, L. A. *Introduzione all’economia del diritto*, Il Mulino, 2003.
9. Doutoranda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora da área Direito dos Negócios da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EDESP-FGV). A autora gostaria de agradecer os comentários dos Professores Decio Zylbersztajn e Diogo Rosenthal Coutinho, dos participantes do workshop de pesquisa da EDESP-FGV e o gentil trabalho de revisão de Marcelo Sacramone.
10. La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A, Vishny R. Legal determinants of external finance. *The Journal of Finance*. 1997;52(3):1.131 julho de.
11. La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A, Vishny R. Law and finance. *The Journal of Political Economy*. 1998;106(6):1.113 dezembro de.

12. O conceito de eficiência normalmente utilizado na literatura de *law and economics* é o de Kaldor-Hicks. Grosso modo, uma norma jurídica em matéria de responsabilidade civil, por exemplo, será eficiente se imputar a responsabilidade pelo acidente sobre a parte que pode evitar acidentes ou arcar com os seus danos a custos mais baixos. Se o custo marginal a ser gasto para se reduzir a probabilidade de um acidente ser superior para um indivíduo do que para outro, a regra jurídica será ineficiente se estabelecer a responsabilidade sobre a parte cujo custo é mais elevado, o que levará o sistema a gerar mais acidentes. Na definição de COOTER, R. D., RUBINFELD, D. L. “Economic Analysis of legal disputes and their resolution”. *Journal of Economic Literature*, vol. 27, nº 3, p. 1.067, Setembro de 1989, p. 1.070: “Uma disputa jurídica é resolvida eficientemente quando direitos jurídicos são alocados às partes que mais os valorizam, responsabilidades jurídicas são alocadas às partes que podem assumi-las a custos mais baixos, e os custos de transação das soluções da disputa são minimizados.” MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998, p. 145, dá a seguinte definição: “Do ponto de vista de um sistema jurídico determinado, eficiente é aquilo que evite desperdícios, aquilo que faça com que o sistema jurídico funcione melhor a partir da diminuição dos custos de transação. Aquilo que é considerado melhor pelos consumidores no mercado jurídico, isto é, aquilo que não impeça, sem razão, o desenvolvimento de uma sociedade humana mais bem organizada; aquele arranjo jurídico que “eles” têm e que “nós” desejamos ter porque pelo fato de tê-lo eles estão em melhor condição.”.
13. Johnson S, La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A. Tunneling. *The American Economic Review*. 2000;90(2):22 maio.
14. *Id.*, *ibid.*, p. 23–24.
15. Rubin, P. H. “Why was the common law efficient?” Emory Law and Economics Research Paper Nº 04–06, janeiro de 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=498645>.
16. Weber, M. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1992. Traduzido por José Medina Echavarría *et al.* Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*.
17. Hayek FA. *Law, legislation and liberty A new statement of the liberal principles of justice and political economy* The University of Chicago Press 1983.

18. Djankov S, La Porta R, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A. Courts. *The Quarterly Journal of Economics*. 2003;118(2):453 maio.
19. Mahoney, Paul G. The common law and economic growth: Hayek might be right. *Journal of Legal Studies*. 2001;XXX:503 junho.
20. *Id.*, *ibid.*, p. 523.
21. Posner RA. *Economic Analysis of Law* 5 A Division of Aspen Publishers 1998; p. 27.
22. *Id.*, *ibid.*, p. 569.
23. Friedman, D. Capítulo 19. Disponível em [http://www.daviddfriedman.com/Laws\\_Order\\_draft/laws\\_order\\_ch\\_19.htm](http://www.daviddfriedman.com/Laws_Order_draft/laws_order_ch_19.htm), p. 1.
24. Para uma discussão de normas específicas que sejam adequadas à teoria da eficiência da *common law*, ver os quatro primeiros capítulos do livro de POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*
25. Backhaus, J. G. Efficient statute law. Maastricht Research School of Economics of Technology and Organization Research Memoranda nº 018, 1997, disponível em [http:// edata.ub.unimaas.nlwww-edocs/loader/file.asp?id=467](http://edata.ub.unimaas.nlwww-edocs/loader/file.asp?id=467).
26. Parsons W. The inefficient common law. *Yale Law Journal*. 1983;92:862 HADFIELD, G. K. Bias and evolution of legal rules. *Georgetown Law Journal*, vol. 80, p. 583, 1992; HATHAWAY, O. A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system. *Iowa Law Review*, vol 86, p. 601, 2001; ZYWICKI, T. J. The rise and fall of efficiency in the common law: a supply-side analysis. *Northwestern University Law Review*, v. 97, p. 1551, 2003.
27. Priest GL. The current insurance crisis and modern tort. *Yale Law Journal*. 1987;96:1521 PRIEST, G. L. Puzzles of the tort crisis. *Ohio State Law Journal*, v. 48, p. 497, 1987.
28. Castelar A. *Judiciário e economia no Brasil* São Paulo: Sumaré; 2000; ARIDA, P., BACHA, E., RESENDE, A. L. Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. A ser publicado em: GIAVAZZI F., GOLDFAJN, I. Inflation targeting and debt: the case of Brazil (MIT Press).
29. Calabresi G. *A common law for the age of statutes* Harvard University Press 1985.
30. Funken, K. The best of both worlds - the trend towards convergence of the *civil law* and the common law system. Julho de 2003, disponível em <http://ssrn.com/abstract=476461>.

31. Ver, em termos gerais, MEHREN, A. T. von. The U.S. Legal System: between the common law and civil law legal traditions. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, Conferenze e Seminari, vol. 40, 2000 e GLENN, H. P. *Legal traditions of the world*. University Press, 2000. Para estudos detalhados sobre cada tradição jurídica ver EISENBERG, M. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991 e MERRYMAN, J. H. *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. 2 ed. University Press, 1985.
32. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*; POSNER, R. A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, 3, p. 1–41, 1993.
33. Rubin PH. Why is the common law efficient? *The Journal of Legal Studies*. 1977;VI PRIEST, G. L. The common law process and the selection of efficient rules. *The Journal of Legal Studies*, vol VI (1), 1977; GOODMAN, J. C. An economic theory of the evolution of the common law. *The Journal of Legal Studies*, v. 7, nº 2, 1978, p. 393–406; LANDES, W. M., POSNER, R. A. Adjudication as a private good. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, p. 235–284, 1979; Terrebonne, P. R. A strictly evolutionary model of common law. *The Journal of Legal Studies*, v. 10, nº 2, p. 397–407, 1981; Cooter, R., KORNHAUSER, L. Can litigation improve the law without the help of judges? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, nº 1, p. 139–163, 1980.
34. Roe M. Chaos and evolution in law and economics. *Harvard Law Review*. 1996;109:641 HEINER, R. A. Imperfect decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules. *The Journal of Legal Studies*, vol. 15, p. 227, 1986; HATHAWAY, O. A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, *op. cit.*; HIRSCH, A. J. *Evolutionary theories of common law efficiency: reasons for (cognitive) skepticism*. Florida State University College of Law, Public and Legal Theory Working Paper nº 129, outubro. 2004, disponível em Social Science Research Network, em <http://ssrn.com/abstract=600041>; RUBIN, P. H. Why was the common law efficient?, *op. cit.*
35. *Common law*, na análise de Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 271, é entendida como sinônimo de direito criado por juízes em vez de legisladores.
36. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*
37. Essa ideia do processo legislativo como um mercado de votos não

passou despercebida a Bobbio (BOBBIO, N. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 2 ed. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. Paz Terra, 1986. Tradução de *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*). O autor argumenta que existe o *grande mercado* entre os partidos políticos entre si, e o *pequeno mercado* entre os partidos políticos e os cidadãos. Este último é o mercado político por excelência, através do qual os cidadãos eleitores tornam-se clientes e, segundo Bobbio, uma relação política de natureza pública se transforma em uma de natureza privada.

38. Para uma revisão da literatura da public choice ver TOLLISON, R. D. Public choice and legislation. *Virginia Law Review*, vol. 74, p. 339–372, 1988.

39. O problema da ação coletiva, *grosso modo*, diz respeito à incapacidade dos grandes grupos se organizarem para atingir o resultado almejado coletivamente, já que o custo da ação individual é superior ao benefício individual a ser auferido, na ausência de algum mecanismo de coerção. Ver o trabalho clássico de OLSON, M. *The Logic of Collective Action*. Harvard University Press, 1971.

40. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 570.

41. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, afirma que não é à toa que o estado de bem-estar social fez uso não da esfera judicial, mas sim do sistema de tributação por meio de leis para conceber a política redistributiva. A redistribuição é realizada de maneira mais efetiva através da regulação de impostos e taxas na esfera legislativa do que pela adoção de decisões judiciais redistributivas ineficientes.

42. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*

43. Posner, R. A. *What do judges maximize?* (The same thing everybody else does), *op. cit.*, argumentou que, como os juízes exercem um papel legislativo mais significativo no direito consuetudinário, podendo promover a eficiência, que é um valor importante da sociedade — mesmo que a denominem de outro modo —, basta apenas um pequeno número de decisões eficientes para que o direito consuetudinário evolua no sentido da eficiência devido à natureza de precedente da decisão judicial. Por isso, as normas do direito consuetudinário tendem a ser mais eficientes que as do direito legislado (*statutory law*) em média.

44. Cooter, R. D., Rubinfeld, D. L. *Economic Analysis of legal disputes and their resolution*, *op. cit.*, p. 1093, retomaram o argumento do juiz Posner: “Nossa visão é de que, uma vez que o direito

consuetudinário tenda à eficiência, ele deve ser orientado pelas ideias dos juízes, e não pelas pressões competitivas do mercado de litígios.” Mais recentemente, Cooter, entretanto, parece ter mudado de opinião ao defender que a eficiência do direito consuetudinário resultaria da incorporação de normas sociais. Ver COOTER, R. D. Decentralized law for a complex economy: the structural approach to adjudicating the new law merchant. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 24, p. 1643, maio, 1996.

45. Posner lista uma série de normas e condutas que tornam a atividade judicial diferente da típica atividade econômica: “O artigo III da constituição impõe tal obstáculo para remover um juiz federal do seu posto que, na maior parte dos casos, a única possibilidade será no caso de atividade criminal. Um juiz federal pode ser preguiçoso, não ter temperamento adequado, destratar a sua equipe, destratar sem razão os advogados que o contatam, ser censurável por lapsos éticos, dar sinais de senilidade, ter continuamente revertidas suas decisões por erros jurídicos elementares, manter em julgamento por longos períodos casos passíveis de serem decididos rapidamente, (...). O seu salário não pode ser diminuído — e tampouco o salário de um bom juiz pode ser aumentado. Todos os juízes da mesma hierarquia recebem salários exatamente iguais, e portanto não existem incentivos para um melhor desempenho. Outro indício de que não existem incentivos é que o juiz é, por certo, proibido de aceitar ofertas ou subornos dos litigantes, de receber taxas processuais ou outras taxas dos litigantes, nem mesmo podendo colher benefícios autorais das pessoas que citam os seus julgamentos. Ele tem um salário fixo, ponto.” (POSNER, R. A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does), *op. cit.*, p. 4–5).

46. Cooter, R. D., Rubinfeld, D. L. Economic Analysis of legal disputes and their resolution, *op. cit.*; POSNER, R. A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does), *op. cit.*

47. Rubin, P. H. Why is the common law efficient?, *op. cit.*

48. Rubin, P. H. Why is the common law efficient?, *op. cit.*, p. 54, diz que “interesse substancial no precedente refere-se a uma situação na qual uma parte previsivelmente terá casos semelhantes no futuro.(...) tais partes consideram todo o fluxo de custos futuros.”.

49. Rubin, P. H. *Why is the common law efficient?*, *op. cit.*

50. Seguradoras, bancos e outras empresas que desempenhem atividades repetitivas terão interesse tanto na solução do litígio atual

quanto no precedente que valerá para litígios futuros.

51. Rubin PH. Common law and statute law. *The Journal of Legal Studies*. 1982;XI(2):212 Junho de.

52. Rubin, P. H. *Why is the common law efficient?*, *op. cit.*; Rubin, P. H. *Common law and statute law*, *op. cit.*

53. Voltaremos a analisar a eficiência da *civil law* no item 2.3.

54. Priest, G. L. *The common law process and the selection of efficient rules*, *op. cit.*

55. "...é desnecessário assumir que os litigantes individuais possuem interesse contínuo em uma categoria específica de disputas para que se preveja a resposta da taxa de litígio face a um aumento na proporção de regras jurídicas ineficientes. (...) O maior investimento de uma parte em uma disputa pode, de fato, influenciar o efeito alocativo de uma regra em um caso específico, mas mesmo se a regra favorecer a parte com interesse continuado, se ela for ineficiente, gerará mais disputas no futuro (pois motiva ou evita mais acidentes do que o desejável) e consequentemente será revertida com maior probabilidade." (PRIEST, G. L. *The common law process and the selection of efficient rules*, *op. cit.*, p. 74-75).

56. Priest, G. L. *The common law process and the selection of efficient rules*, *op. cit.*

57. A taxa de relitigância das regras ineficientes será tanto mais alta quanto for maior a ineficiência da norma jurídica em vigor.

58. Isso ocorre no modelo de Priest mesmo que a taxa de reversão dos precedentes favoreça a ineficiência, quando, por exemplo, os juízes promulgarem regras ineficientes em 90% de todos os casos relitigados.

59. Priest, G. L. *The common law process and the selection of efficient rules*, *op. cit.*, p. 72.

60. Terrebbonne, P. R. *A strictly evolutionary model of common law*, *op. cit.*

61. Os modelos econômicos tradicionais e modelos evolucionários baseados na biologia se distinguem em razão da visão adotada sobre comportamento que guiará o funcionamento do modelo. Os modelos econômicos supõem que indivíduos imaginam custos e benefícios potenciais das suas ações, optando por escolher as estratégias que maximizem o retorno. Os modelos evolucionários, ao contrário, não fazem suposições sobre a motivação dos indivíduos, mas assumem que o comportamento desfavorável desaparecerá e o comportamento mais bem-sucedido se estabelecerá, de acordo com a teoria darwiniana da



evolução das espécies. Os modelos evolucionários não rechaçam o comportamento racional, mas assumem que pode existir comportamento irracional, aleatório, bem como falta de informação (TERREBONNE, P. R. A strictly evolutionary model of common law. *Op. cit.*, p. 398). Ver também HIRSCHLEIFER, J. Evolutionary models in economics and law: cooperation versus conflict strategies. *Research in Law and economics*, vol. 4, p. 1, 1982.

62. Cooter, R., Kornhauser, L. Can litigation improve the law without the help of judges?, *op. cit.*

63. Cooter, R., Kornhauser, L. Can litigation improve the law without the help of judges?, *op. cit.*

64. Landes, W. M., Posner, R. A. Adjudication as a private good, *op. cit.*, como veremos a seguir, formulam um modelo mais sofisticado que também chega à conclusão de que normas eficientes serão mais litigadas do que normas ineficientes.

65. Goodman, J. C. An economic theory of the evolution of the common law, *op. cit.*

66. Para Goodman, J. C. An economic theory of the evolution of the common law, *op. cit.*, mesmo que a decisão seja ótima e estabeleça um precedente favorecendo a parte com menor interesse econômico em jogo, o precedente será eventualmente revertido se a ineficiência econômica for grande o suficiente.

67. No início do direito consuetudinário, as partes litigantes eram majoritariamente pessoas físicas, havendo, na maioria das vezes, equivalência de interesses nos pólos do litígio. Hoje, todavia, muitas querelas envolvem os interesses de grandes corporações contra o interesse restrito do consumidor, por exemplo. Tal composição das partes muda significativamente a dinâmica do litígio, já que a corporação terá interesse contínuo, podendo estar do mesmo lado da lide repetidamente, o que não acontecerá isoladamente com o consumidor. A mesma corporação litigará com inúmeros consumidores, os quais terão interesses coincidentes apenas quando se verificar o interesse agregado da comunidade de consumidores. Tal condição deverá causar divergência entre os custos e benefícios privados (de um só consumidor) e os coletivos (da classe consumidora como um todo).

68. Um bem público, em jargão econômico, significa um bem que proporciona benefícios de modo que aqueles que não contribuíram para a sua criação não são excluídos do seu uso, podendo tomar carona

(*free-riding*) nos esforços de outros. Um exemplo clássico de bem público é a segurança provida pelo Estado, pois mesmo os indivíduos que não contribuem para custeá-la podem gozar de seus benefícios. A fruição do bem público é indivisível. Ver também nota 125.

69. Goodman, J. C. An economic theory of the evolution of the common law. *Op. cit.*

70. Cooter, R., Kornhauser, L. Can litigation improve the law without the help of judges?, *op. cit.*

71. Cooter, R., Kornhauser, L. Can litigation improve the law without the help of judges?, *op. cit.*, p. 156.

72. Goodman, J. C. An economic theory of the evolution of the common law. *Op. cit.*

73. Landes, W. M., Posner, Richard A. Adjudication as a private good, *op. cit.*

74. Rubin, P. H. *Why is the common law efficient?*, *op. cit.*

75. Priest, G. L. *The common law process and the selection of efficient rules*, *op. cit.*

76. Landes, W. M., Posner, R. A. *Adjudication as a private good*, *op. cit.*, p. 261.

77. Landes, W. M., Posner, R. A. *Adjudication as a private good*, *op. cit.*, p. 262.

78. Cooter, R., Kornhauser, L. Can litigation improve the law without the help of judges?, *op. cit.*

79. Zerbe, Jr., R. O. The evolution of the common law. 8th Annual Conference, ISNIE, 2004, disponível em [www.isnie.org/ISNIE04/Papers/zerbe.pdf](http://www.isnie.org/ISNIE04/Papers/zerbe.pdf).

80. Cooter, R. D. *Decentralized law for a complex economy: the structural approach to adjudicating the new law merchant*, *op. cit.*, p. 1.694.

81. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*. 5. ed., *op. cit.*

82. Hadfield, G. K. *Bias and evolution of legal rules*, *op. cit.*

83. A maioria dos conflitos tomará lugar fora das cortes, e somente os casos litigados podem possibilitar a mudança jurídica. Os casos tenderão a ser resolvidos fora da corte (*settled*) quando o valor esperado pelo suposto autor da demanda for menor do que os benefícios que possam advir da lide, descontando-se os custos do processo judicial, isto é, dependendo das expectativas das partes com relação à decisão judicial e ao estabelecimento de um precedente. GOULD, J. The economics of legal conflicts. *The Journal of Legal*

*Studies*, vol. 2, nº 2, p. 279, 1973, demonstrou que, se os indivíduos forem risco-aversos, a concordância sobre as probabilidades da decisão das cortes será fator determinante na motivação das partes de resolver a querela fora das cortes. Ver a obra clássica de ELLICKSON, R. C. *Order without law. How neighbors settle disputes*. Harvard University Press, 1991, para a análise de disputas recorrentes resolvidas fora das cortes. No mesmo sentido, Backhaus, J. G. *Efficient statute law*, *op. cit.*, p. 2–3: “Dúvida adicional incide sobre a noção de que a *common law* converge à eficiência, uma vez que o pressuposto de que as regras ineficientes serão litigadas baseia-se no pressuposto de que o Judiciário é o ofertante monopolista das decisões jurídicas. Arranjos jurídicos ineficientes não precisam ser relitigados. As partes irão se engajar em litígio apenas se cada qual nutrir expectativa de que os benefícios esperados superam os custos. Quando veredictos ineficientes são esperados, as partes relutarão em litigar, preferindo acordos extrajudiciais.”.

84. Zywicki, T. J. The rise and fall of efficiency in the common law: a supply-side analysis, *op. cit.*

85. Zywicki, T. J. The rise and fall of efficiency in the common law: a supply-side analysis, *op. cit.*, menciona a existência de competição entre cortes civis e eclesiásticas. Entre as civis, existiam as cortes de *royal law*, *feudal law*, *manorial law*, *urban law* e *mercantile law*. Havia cortes do *King’s Bench* como a *Exchequer*, *Court of Common Pleas* e quatro cortes reais mais obscuras.

86. Ver no mesmo sentido TERREBONNE, P. R. A Strictly Evolutionary Model of common law, *op. cit.*, p. 406–407: “Se os indivíduos exercem muitos papéis com potencial de litígio na sua vida cotidiana, é plausível assumir que não poderão prever se serão autores ou réus nas possíveis situações de litígio. Os indivíduos em tais circunstâncias preferirão jurisdições que promovam a eficiência econômica em geral sem favorecer nenhuma classe em especial. As jurisdições estão sujeitas a forças seletivas que favorecem aquelas que promovem eficiência.”.

87. Podemos citar alguns casos nos quais essa competição ainda ocorre e é apontada como fator de evolução eficiente do Direito. Tal é o caso da competição entre jurisdições para incorporação de *corporate charters*, e de toda a discussão sobre a corte de Delaware e a sua formulação de normas eficientes para a solução de litígios societários.

88. ZYWICKI, T. J. The rise and fall of efficiency in the common law:

a supply-side analysis, *op. cit.*

89. Isso se aplica só para as decisões da mesma jurisdição ou de cortes hierarquicamente superiores.

90. Landes WM, Posner RA. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *Journal of Law and Economics*. 1976;XIX(2):250 apresentam uma visão interessante do corpo de precedentes jurídicos como “o estoque de capital associado a um fluxo de serviços de informação que se deprecia ao longo do tempo (...). Novo capital (bem como capital de reposição) é criado pelo investimento na produção de precedentes.”.

91. Zywicki, T. J. The rise and fall of efficiency in the common law: a supply-side analysis, *op. cit.*, p. 1.567.

92. Hathaway, O. A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system. *Op. cit.*, p. 605.

93. Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*. 5. ed., *op. cit.*

94. Hathaway, O. A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system, *op. cit.*, p. 625: “Os juízes também lançam mão do uso de precedentes para preservar a sua reputação e prestígio. Isso pode ser um incentivo particularmente forte para o juiz que deseja ser indicado para os tribunais superiores. Além disso, os juízes seguem os precedentes porque sabem que se falharem regularmente em fazê-lo arriscam tratamento especial pelos seus pares. Ainda, os juízes não são simplesmente limitados pelos precedentes. Eles também se beneficiam largamente do seu uso tendo assim razões para dar suporte à continuidade da sua aplicação.”.

95. Heiner, R. A. Imperfect decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules. *Op. cit.*, p. 255–256.

96. Ver nota 68.

97. Cooter, R. D., Rubinfeld, D. L. Economic Analysis of legal disputes and their resolution. *Op. cit.*, p. 1.092.

98. Hirsch, A. J. *Evolutionary theories of common law efficiency: reasons for (cognitive) skepticism*. *Op. cit.*

99. Mas Hirsch, A. J. *Evolutionary theories of common law efficiency: reasons for (cognitive) skepticism*. *Op. cit.*, p. 24, ressalva que, mesmo havendo todos esses vieses, “devemos ser cautelosos ao enfatizar os limites desta crítica: Os fenômenos cognitivos não operam sistematicamente para criar vieses , ou levam a *common law* à ineficiência. Eles apenas introduzem ruídos de incerteza no sistema gerando padrões de litigância erráticos (...).”.

100. PARSONS, W. The inefficient common law. *Op. cit.*
101. Parsons, W. The inefficient common law. *Op. cit.*
102. Ver, por exemplo, Tullock, G. *The case against the common law*. Columbia University Press, 1997.
103. Goodman, J. C. An economic theory of the evolution of the common law, *op. cit.*
104. Rubin, P. H. Common law and statute law. *Op. cit.*
105. Rubin, P. H. Common law and statute law. *Op. cit.*
106. Rubin, P. H. Common law and statute law. *Op. cit.*, p. 209.
107. Rubin, P. H. Common law and statute law. *Op. cit.*
108. Deffains, B. *Efficiency of civil law*. European School for New Institutional Economics, 2002, disponível em [http://www.esnie.org/pdf/textes\\_2002/Deffains-Efficiency-of-civil-law.pdf](http://www.esnie.org/pdf/textes_2002/Deffains-Efficiency-of-civil-law.pdf), p. 19.
109. Backhaus, J. G. Efficient statute law. *Op. cit.*
110. Para uma abordagem do mercado político como um mercado econômico eficiente ver Wittman, D. Why democracies produce efficient results. *Journal of Political Economy*, p. 1.395–1.424, dezembro de 1989.
111. Mattei, U. *Comparative Law and Economics*. *Op. cit.*
112. Mattei, U. *Comparative Law and Economics*. *Op. cit.*, p. 76.
113. Mattei, U. *Comparative Law and Economics*. *Op. cit.*, p. 208.
114. Koch, C. H. The advantages of the *civil law* judicial design as the model for emerging legal systems. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, disponível em <http://ssrn.com/abstract=413760>, p. 25–26.
115. Hatzis, A. N. Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in common and civil contract law. *International Review of Law and Economics*, vol. 22, p. 381, dezembro de 2002.
116. Mattei, U. *Comparative Law and Economics*, *op. cit.*, p. 179 e ss. também critica a proibição de cláusulas penais (*penalty clauses*) no direito contratual do direito consuetudinário como sendo ineficiente. Mattei explica que a solução originalmente adotada pelo código civil napoleônico é a mais eficiente. Para outros exemplos de ineficiências do direito consuetudinário no que se refere ao sistema de registro de bens imóveis e direito de sucessão, ver *id. ibid.*, p. 133 e ss.
117. Crespi, G. S. The adequate assurances doctrine after U.C.C. § 2–609: a test of the efficiency of common law. *Villanova University School of Law Review*, vol. 38, p. 179, 1993.
118. Segundo a *adequate assurance doctrine*, quando existe uma ameaça de quebra contratual ou “repudição antecipada” (*anticipatory repudiation*)

por uma das partes em um contrato, a parte a ser potencialmente prejudicada tem o direito de requerer evidência de que o devedor cumprirá a sua obrigação quando do vencimento (termo do contrato). A existência de *anticipatory repudiation* dá direito à parte prejudicada de indenização por quebra contratual, isentando-a também do seu dever obrigacional tal como previsto no contrato. A *adequate assurance doctrine* possibilita, então, que uma parte confirme a existência de “repudição antecipada” praticada pela outra parte, minimizando os custos que seriam incursos até que a quebra contratual fosse revelada quando do vencimento do contrato. O *Restatement (first) of Contracts* de 1932, no seu § 318, lista as ações que constituir-se-ão em repudição antecipada do contrato.

119. Ver Crespi, G. S. The adequate assurances doctrine after U.C.C. § 2–609: a test of the efficiency of common law. *Op. cit.*, p. 188–189: “Como matéria teórica é difícil compreender a razão pela qual qualquer par de partes contratuais possa preferir *ex ante* não definir regras supletivas (*default rules*) impondo um dever a ambas as partes de prover garantias adequadas perante o surgimento de dúvidas razoáveis quanto à insegurança da *performance*. Os benefícios potenciais para as duas partes em razão da demanda de tais garantias, no caso de necessidade, parecem superar substancialmente os custos potenciais de se providenciar as garantias, se a outra parte sentir insegurança quanto à *performance*. Essa proposição provavelmente será verdadeira mesmo para as partes que se percebem *ex ante* como mais propensas a gerar tal insegurança(...). Alguém pode indagar se alguma doutrina tem as características necessárias para justificar a sua adoção como forma de promover a eficiência econômica, Tal doutrina será a das *garantias adequadas* (*adequate assurances*).”.

120. Crespi, G. S. The adequate assurances doctrine after U.C.C. § 2–609: a test of the efficiency of common law. *Op. cit.*; ver principalmente nota 47.

121. Crespi, G. S. The adequate assurances doctrine after U.C.C. § 2–609: a test of the efficiency of common law. *Op. cit.*, p. 192.

122. De qualquer forma, resta assinalar que, nesse caso, existe base fecunda para a sustentação do argumento da eficiência da evolução da *common law* por outras razões.

123. Rubin, P. H. Why is the common law efficient?, *op. cit.*

124. O litígio somente valerá a pena quando os custos de transação são elevados porque, como diz o Teorema de Coase, se não existirem custos de transação, as partes poderão chegar ao arranjo mais eficiente sobre o direito em questão, sem precisar para isso recorrer ao Judiciário.

125. Ver Tullock G. Public decisions as public goods. *Journal of Political*

*Economy*. 1971;79(4):913 “Considere um juiz federal tomando a decisão em um caso particular. Na decisão o juiz gera externalidades – que recaem sobre os litigantes. Em adição a essas externalidades estritas, o juiz produz um bem público: coerção jurídica (*legal enforcement*). Se ele decidir, por exemplo, em desacordo com o direito, não apenas altera a situação no caso particular, mas também, em certo sentido, altera o direito aplicável em futuros casos.” Para a definição de bem público ver a nota 68 acima.

126. Barzel Y. Dispute and its resolution: delineating the economic role of the common law. *American Law and Economics Review*,. 2000;2(2):238.

127. Rubin, P. H. Why is the common law efficient?, *op. cit.*

128. Priest, G. L. The common law process and the selection of efficient rules. *Op. cit.*

129. Zywicki, T. J. The rise and fall of efficiency in the *common law*: a supply-side analysis. *Op. cit.*

130. Zywicki, T. J. The rise and fall of efficiency in the *common law*: a supply-side analysis. *Op. cit.*, p. 1.578.

131. Zywicki, T. J. The rise and fall of efficiency in the *common law*: a supply-side analysis. *Op. cit.*, p. 1.581.

132. Lee, T. R. Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court’s doctrine of precedent. *North Carolina Law Review*, vol. 78, p. 643, 2000.

133. Ver também EISENBERG, M. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 48: “A *stare decisis* também serve como fundamento para a função das cortes de enriquecer a oferta de regras jurídicas. Um precedente transforma-se em norma jurídica (*law*) principalmente pelo fato de ser vinculante segundo a doutrina do *stare decisis*. Assim, a *stare decisis* permite o planejamento com base na norma jurídica com maior segurança e torna mais fácil a solução privada de disputas(...)”.

134. Lee, T. R. Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court’s doctrine of precedent. *Op. cit.*

135. Lee, T. R. Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court’s doctrine of precedent. *Op. cit.*

136. Macey JR. The internal and external costs and benefits of stare decisis. *Chicago-Kent Law Review*. 1989;65:93.

137. Kornhauser, L. A. An economic perspective of stare decisis. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 65, p. 63–92, 1989, distingue quatro modelos de cortes para o estudo dos efeitos da *stare decisis*. O autor modela então jogos para justificar a adoção da *stare decisis*. Num exemplo que discute a possibilidade das cortes adotarem as normas *caveat emptor* ou *caveat*

*venditor* como precedentes ou deixarem livre para o juiz escolher caso a caso, o autor considera que, como num jogo cooperativo, as partes deverão preferir o acordo sobre a aplicação de uma dessas regras em todos os casos semelhantes (ainda que não seja a regra que mais beneficie o seu caso particular) a deixar que cada juiz tome a sua decisão de modo independente. Tais normas alocam os riscos, influenciando os preços da contratação, e tanto o vendedor como o comprador preferirão negociar perante a existência de normas estáveis (quando existe a *stare decisis*), a negociar num ambiente no qual não podem prever qual a regra que será adotada pela corte num litígio futuro. A adoção de qualquer norma num ambiente de *stare decisis* possibilitaria, então, a cooperação, pois é melhor que haja um equilíbrio qualquer para ambas as partes do que nenhum. O autor faz a ressalva de que a *stare decisis* só passará a ser desejável desde que exista uma série de fatores que incluem os fatos particulares da situação que a norma vai regular e o modelo da corte adotado.

138. Parisi, F., Fon, V., Ghei, N. The value of waiting in lawmaking. *George Mason Law and Economics Research Paper* N<sup>os</sup> 1–16, 2002, disponível em Social Science Research Network em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=267719](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=267719).

139. *Id.*, *ibid.*

140. Erlich I, Posner R. An economic analysis of legal rulemaking. *Journal of Legal Studies*. 1974;3:257.

141. Erlich, I., POSNER, R. An economic analysis of legal rulemaking. *Op. cit.*

142. Erlich, I., POSNER, R. An economic analysis of legal rulemaking. *Op. cit.*

143. Erlich, I., POSNER, R. An economic analysis of legal rulemaking. *Op. cit.*

144. Merryman, J. H. *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*, *op. cit.*, p. 26–33.

145. Ver Mahoney, P. G. The common law and economic growth: Hayek might be right, *op. cit.* e GLAESER, E. L., SHLEIFER, A. Legal origins. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, n<sup>o</sup> 4, p. 1.193, Nov. 2002, para uma análise do processo histórico e ideológico que delineou a constituição da *common law* e da *civil law*.

146. Mehren, A. T. von. The U.S. Legal System: between the common law and civil law legal traditions, *op. cit.*

147. Ver também MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*, *op. cit.*, p. 84, apontando uma “*orgy of statute making*” nos sistemas de direito



consuetudinário que os aproxima dos sistemas de direito romanogermânico. Por outro lado, atualmente, o papel da jurisprudência nos países de direito romanogermânico tem os aproximado dos de direito consuetudinário, pois “na prática, as cortes nos países de direito romanogermânico fazem direito tanto quanto as cortes em países de tradição de direito consuetudinário. Grandes áreas do direito têm sido criadas com o desenvolvimento do “direito dos casos” (*case law*) em quase todos os sistemas de direito romanogermânico. É suficiente pensar nos casos da responsabilidade por produtos (*products liability*) na Alemanha ou em direito à indenização por danos (*law of nuisance*) na França.”.

148. Calabresi, G. *A common law for the age of statutes*, *op. cit.*; Mehren, Arthur T. von. *The U.S. Legal System: between the common law and civil law legal traditions*, *op. cit.*; Funken, Katja. *The best of both worlds — the trend towards convergence of the civil law and the common law system*, *op. cit.*

149. Certo é que tecnicamente existem diferenças entre o código da *civil law* e o *statute* utilizado no sistema de *common law*. Códigos tendem a ser vistos como sistemas fechados com coerência interna de aplicação em nível geral. “*Statutes*” na *common law* são normas que não proveem as bases para raciocínio por analogia para resolver um assunto particular. Os *Restatements of the Law* (*Agency, Contracts, Conflict of Laws, Property, Torts*, etc.) criados pelo *American Law Institute* são mais próximos de uma codificação tal como entendida no âmbito da *civil law* (MEHREN, Arthur T. von. *The U.S. Legal System: between the common law and civil law legal traditions*. *Op. cit.*).

150. Calabresi, G. *A common law for the age of statutes*. *Op. cit.*

151. Glenn HP. *Legal traditions of the World* University Press 2000; p. 230–231.

152. Funken, K. *The best of both worlds — the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. *Op. cit.*

153. Funken, K. *The best of both worlds — the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. *Op. cit.*

154. Merryman, J. H. *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. *Op. cit.*, p. 47.

155. Segundo Parisi, F., FON, V., Ghei, N. The value of waiting in lawmaking. *George Mason Law and Economics Research Paper* N<sup>os</sup> 1–16, 2002, disponível em Social Science Research Network em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=267719](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=267719), p. 4: “Juristas europeus desenvolveram gradualmente um saudável ceticismo relativo aos

ideais de certeza e completude do direito codificado (*codified law*). Como a lembrança dos abusos dos regimes pré-revolucionários começaram a se dissipar, preocupações ideológicas sobre o papel do Judiciário diminuíram. Nas suas práticas judiciais, jurisdições de *civil law* aderiram gradualmente a um sistema informal de uso de precedentes (*precedent law*), segundo o qual uma sequência de casos análogos adquirem força persuasiva como fonte de direito. Tal prática judicial surge como forma de promover maior segurança (*certainty*), consistência, e estabilidade no sistema jurídico, que as codificações falharam em prover, ao mesmo tempo em que é minimizado o custo de se administrar a justiça.” 156.

156. Priest G. Measuring legal change. *Journal of Law, Economics & Organization*. 1987;3(2):193.

157. Cooter R. Why litigants disagree: a comment on George Priest’s “Measuring legal change”. *Journal of Law, Economics & Organization*. 1987;3(2):227.

158. Tullock, G. Public decisions as public goods. *Op. cit.*

159. Ver Larenz, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. por José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 413 e ss., comentando sobre “a irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz. A “livre apreciação”, ou a “convicção” do juiz referidas na doutrina jurídica dizem respeito à decisão realizada com base nas “preferências” do juiz, conforme referido na literatura econômica.

## CAPÍTULO 8

# Instituições de mercado e competência do Judiciário<sup>1,2</sup>

Benito Arruñada Veneta Andonova

### Introdução e Resumo

O funcionamento adequado de uma economia de mercado requer a efetiva tutela da liberdade de contratar. Isso pode ser atingido mediante o recurso a diferentes mecanismos. Decisão relevante se refere ao poder discricionário que o legislador delega aos tribunais. Ao tomar essa decisão, o legislador deve considerar as vantagens da especialização e os custos de transação decorrentes da maior ou menor especialização na formulação de normas. Fatores que influenciam o balanço explicam as diferentes soluções adotadas em dois dos mais importantes sistemas jurídicos do Ocidente. A *common law* evoluiu garantindo ao Judiciário o poder de editar normas sendo, pois, caracterizada como modelo não especializado de formulação normativa. A tradição do direito civil (codificado), entretanto, foi transformada no século XIX, reservando-se parte substancial do poder de editar normas ao Legislativo, reduzindo-se, dessa forma, o poder discricionário que os juízes detinham durante o *Ancient Regime*.

Ao acentuar essas diferenças, alguns estudos recentes consideram que os sistemas jurídicos da família da *common law* oferecem soluções melhores do que aqueles desenvolvidos segundo a tradição do direito civil, no qual juízes têm menor poder para fazer normas. Este capítulo critica essas posições desenvolvendo e testando uma hipótese alternativa, a de autosseleção, segundo a qual ambos, *common law* e direito civil, passaram por transição que, em economias de mercado, os adaptou às circunstâncias locais. Particularmente, a discricionariedade judicial, vista aqui como a principal diferença entre os dois modelos legais, introduzida nos sistemas de direito civil para proteger, em vez de limitar, a liberdade de contratar contra eventuais decisões judiciais contrárias a tal liberdade. Essa proteção não era necessária nos países de *common law*, nos

quais as relações em mercados gozavam de maior tutela judicial, sobretudo em razão de sua evolução gradual, da confiança nos juízes e do precoce desenvolvimento de sistemas de freios e contrapesos institucionais que garantiam o Direito de Propriedade privada.

Dessa perspectiva de adaptação, vemos muito da discussão sobre “eficiência”, nas duas tradições jurídicas (de que foram pioneiros Posner,<sup>3</sup> Priest,<sup>4</sup> Rubin,<sup>5</sup> desenvolvidas ainda por Cooter e Kornhauser,<sup>6</sup> Terrebone,<sup>7</sup> e Katz,<sup>8</sup> que o foco está em matérias relevantes, conquanto menores. Isso é patente em estudos comparativos recentes, o que se explica pela dificuldade de que tais comparações empíricas distingam causalidades de correlações e, também, pelo fato de que os resultados são observados apenas pelas escolhas efetivamente adotadas, enquanto as comparações relevantes deveriam ser feitas entre as opções e suas alternativas não observáveis. Tais análises, portanto, oferecem fundamento inseguro para recomendações de política legislativa, o que pode explicar o paradoxo recorrente da afirmação de que, embora a *common law* seja melhor do que o direito civil para o desenvolvimento dos mercados financeiros (por exemplo, La Porta *et al.*) e o crescimento econômico,<sup>9</sup> ambas, economias emergentes e de transição, optem por normas estatutárias (leis especiais) no disciplinamento legal de tais mercados, seguindo o modelo regulatório das economias desenvolvidas que, há muitas décadas, são fundadas em estatutos.

Nossa discussão alarga os argumentos de Rubin<sup>10</sup> de que ambos, *common law* e direito civil, facilitavam a liberdade de contratar e eram eficientes no século XIX. Sem afirmar qualquer coisa em relação a “eficiência”, porém, entendemos que tanto as soluções da *common law* quanto as do direito civil estavam bem adequadas (adaptadas?) às circunstâncias específicas. Considerando que o valor de um sistema jurídico depende não apenas de suas características específicas, mas também de boa adequação ao ambiente, pretendemos identificar as circunstâncias locais que definiram o equilíbrio das relações institucionais e a escolha do legislador. É preciso mais trabalho para desenvolver e testar a conjectura de que o problema das economias em transição e desenvolvimento passa pelos desafios de criar instituições de mercado na Europa do século XIX, mais do que a remota emergência evolucionária de tais instituições nos países de *common law*.

O restante do capítulo é organizado como segue. Na segunda seção, apresentamos nossa hipótese concernente à evolução dos direitos civil e *common law*. Afirmamos que os países de *common law* aceitaram maior discricionariedade judicial porque, dada sua evolução mais gradual do *Ancient Regime*, os juízes não ameaçaram o desenvolvimento de uma economia de mercado moderna. Os reformadores do Direito Civil, ao revés, deram maior

poder de fazer normas ao Legislativo, limitando a discricionariedade dos juízes na tentativa de escudar as relações em mercados livres, especialmente a liberdade de contratar, de potenciais decisões judiciais adversas. Ambas as políticas, promulgando normas supletivas e reduzindo a discricionariedade dos magistrados, dividiam a mesma meta, a proteção da liberdade de contratar e promoção de relações de mercado e prosperidade econômica em áreas nas quais, anteriormente, incidiam normas cogentes e regulação judicial dos contratos entre particulares. A seguir, confirmamos a consistência do nosso argumento revendo evidências históricas relevantes, na terceira seção, oferecendo explicações alternativas obtidas em comparação recente dos sistemas jurídicos, na quarta seção. Em especial, a terceira seção analisa a evidência histórica da evolução das duas tradições legais que, aparentemente, culminaram no final do século XIX. Então, na quarta seção, comparamos nosso argumento com aqueles resultantes dos recentes debates na comparação da eficiência e *performance* do direito civil e da *common law*. Entendemos que as afirmações teóricas e empíricas proclamando a superioridade da *common law* não estão demonstradas. Sistemas legais não são eficientes no vácuo, na verdade seu resultado depende das condições ambientais. A quinta seção conclui oferecendo algumas conjecturas a respeito de políticas viáveis, reconhecendo a ideia de que sistemas jurídicos devem se ajustar ao ambiente a que se destinam.

## **A alocação dos poderes (competência) legislativa**

A criação de riqueza, nas economias modernas, depende, substancialmente, das trocas em mercados, o que requer ambiente legal apto a aumentar a capacidade das partes no que diz respeito à definição dos termos de aperfeiçoar os termos da troca que garantam a produção de riqueza e a certeza quanto ao cumprimento dos acordos. Dois elementos fundamentais desse ambiente legal são as normas e os tribunais. Normas, derivadas dos costumes, de decisões judiciais anteriores e de direito escrito (estatutos), oferecem às partes, com detalhes, regras supletivas ao contrato, assim como predeterminam os termos da operação havendo norma cogente. As cortes preenchem as lacunas contratuais, e o conjunto de normas define os termos da troca em face de todas e quaisquer contingências não previstas, assim como fazem atuar as regras existentes relacionadas à execução coativa dos contratos. A existência de cortes, portanto, reduz custos de execução do contrato para todas as partes. Também exercem várias funções relativas às normas: desde meramente imporem as regras até sua criação ou modificação.

Para nossos fins, normas são editadas por uma autoridade central, como uma

legislatura (Congresso Nacional), ou pelas cortes. Ademais, o poder legislativo do Judiciário se torna mais centralizado quando instâncias inferiores devem decidir conforme a jurisprudência de algumas instâncias superiores. Essas duas dimensões de discricionariedade judicial — a autoridade para editar normas de que goza o Judiciário em face do Legislativo e a descentralização de seus poderes — são usualmente correlacionadas, o que nos permite tratar a discricionariedade judicial como uma organização unitária e variável e em função da qual resultam as maiores diferenças dos sistemas legais.

O modelo idealizado da *common law*, tal como finalmente apareceu no século XIX, é caracterizado por maior discricionariedade dos tribunais porque a legislação estatutária desempenha papel menor, e cada Corte é relativamente livre para decidir, originariamente ainda que haja precedentes. A *common law* se desenvolveu na Inglaterra e foi imposta às primitivas colônias britânicas. Ela cria regras de forma relativamente descentralizada e de baixo para cima. Iniciativas para novas leis surgem em nível local quando um caso é decidido pelo juiz que cria a nova regra, que permanece no nível local até que outros juízes a usem em suas decisões. Regras bem-sucedidas podem, eventualmente, ser aceitas pelas Cortes do Estado. As regras, portanto, resultam da interação entre autores, réus, advogados, juízes e jurados, dado serem as cortes relativamente livres para decidir cada caso distinguindo-o de, reconciliando ou desaprovando, caso anterior. Em contraste, o modelo do direito civil, tal como cristalizado mais ou menos ao mesmo tempo, dá prioridade ao poder Legislativo na confecção de normas. Os tribunais são instruídos a aplicar as normas recebidas e, mesmo no preenchimento de lacunas, nas leis ou contratos, as instâncias inferiores devem seguir a jurisprudência das instâncias superiores. O direito civil é, desde o início, mais centralizado porque a maioria das novas regras deriva de leis que se aplicam em todo o território do Estado e não apenas na jurisdição de uma corte. Essa tradição legal é baseada no direito romano, sendo dominante na Europa Continental, Japão, Turquia e antigas colônias da França, Itália, Portugal e Espanha. No direito civil, os juízes são instados a aplicar regras definidas pelas normas de direito positivo e dominantes na jurisprudência. Os juízes também preenchem lacunas nos contratos e normas de maneira semelhante aos que fazem juízes de *common law*, mas a centralização é maior, uma vez que a jurisprudência depende de decisões repetidas e consistentes de certas cortes superiores. O diferente escopo na competência normativa do juiz nos países de direito civil não é substancialmente afetado pelo fato de que os modelos ideais do direito civil e da *common law* do século XIX perseguiam os mesmos objetivos. Por exemplo, nos dois paradigmas, tribunais superiores, do ponto de vista hierárquico, podem anular decisões de tribunais inferiores, que, em

qualquer caso, têm liberdade substancial para interpretar, como se pode ver no fato de que as cortes de apelação dos Estados Unidos deferem largamente aos juízes e jurados o poder para analisar provas (vide nota 3). A presença dessas características comuns não deve, porém, obscurecer o reconhecimento da existência de diferenças básicas nos limites do poder conferido aos juízes para fazerem leis de forma discricionária.

Adicionalmente, *common law* e direito civil diferem em outras dimensões, tais como a natureza do processo judicial, o emprego de jús e a motivação das decisões judiciais.<sup>11</sup> Na *common law*, o litígio é conduzido pelos advogados das partes enquanto o juiz permanece como um árbitro neutro que apenas assegura que as partes respeitem as normas de procedimento (processo) e as provas. A ideia por trás desse procedimento “adversarial” é que a verdade emergirá na disputa entre os dois lados. No direito civil, entretanto, os juízes atuam mais ativamente, têm papel “inquisitorial” e as partes, frequentemente, devem responder a questões por eles postas, tudo isso com base na ideia de que os juízes têm interesse direto na revelação da verdade nessas disputas entre particulares. direito civil e *common law* diferem, ainda, na confiança nos jús, fazendo aquela uso limitado destes, característica que se prende ao menor poder discricionário e inquisitorial do papel desempenhado pelos juízes. Finalmente, o Direito feito pelos juízes, nos países de *common law*, se justifica pela confiança no precedente, nas normas sociais, ou racionalidade. Decisões judiciais, nos países de direito civil, são baseadas na interpretação do código, ficando a racionalidade e a jurisprudência em plano secundário. Essas diferenças afetam, também, a maneira pela qual os advogados são treinados (formados). O direito civil é ensinado por meio do estudo de códigos e comentários, enquanto a *common law* é apreendida analisando a jurisprudência.

No que diz respeito a promover o bem público, todos os tipos de sistemas normativos são passíveis de falhas porque perseguem interesses particulares ou, ainda quando persigam o bem público, falham ao definir as normas mais adequadas, permitindo, frequentemente, que as partes atuem de forma a obter vantagens quando desenham contratos. Proporemos que, no desenvolvimento dos sistemas legais ocidentais, circunstâncias locais tais como um sistema institucional de freios e contrapesos e a educação legal condicionem o grau de poder conferido aos juízes para formular normas.

Supomos que predisposições para uma ordem de mercado podem desenvolver-se de forma diversa entre legisladores e juízes. Por isso que os legisladores alocarão o poder discricionário ao Judiciário tendo em vista as circunstâncias específicas de cada país. Notadamente, legisladores que visem a criar instituições de mercado podem restringir o poder judicial de fazer regras a

fim de limitar a ação de juízes contrários à liberdade de contratar e a operações de mercado. Dessa perspectiva, ambos os sistemas legais ocidentais podem ser entendidos como adaptações a condições específicas que, em circunstâncias históricas diferentes, levam ao desenvolvimento de instituições destinadas a oferecer suporte a mercados.

Em especial, as modernas relações de mercado foram introduzidas mais cedo na Inglaterra na medida em que muitas restrições feudais foram ab-rogadas antes e que a Revolução Industrial também se deu antes, embora mais lentamente, sem as mudanças drásticas nos Direitos de propriedade do que no continente. Esse processo evolutivo, juntamente com o respeito generalizado à propriedade privada, deu tempo para que os juízes e a população se aculturassem numa tradição intelectual mais propícia à liberdade de mercado. Na maior parte da Europa continental, entretanto, as modernas relações de mercado, suprimindo as restrições do *Ancient Regime* impostas ao comércio e circulação de pessoas e terras, foram generalizadas mais tarde e de forma mais abrupta, em geral juntamente com a redistribuição da propriedade. Muitos juízes eram, ainda, produto intelectual do *Ancient Regime*, a que se soma o fato de serem parte da antiga elite dominante. Sua falta de compreensão do mercado e seu desrespeito pela instituição da propriedade privada levaram defensores da liberdade de contratar responsável pelo desenho de instituições para os mercados continentais a restringir a discricionariedade judicial.<sup>12</sup> Dessa perspectiva, explicamos as restrições impostas aos juízes na tradição do Direito Civil, razão pela qual estavam submetidos a proclamar suas decisões conforme os termos do contrato (definidos explicitamente pelas partes ou tacitamente por normas supletivas legais ou jurisprudenciais) como uma forma de controle institucional desenhado para proteger as contratações de mercado.

## O teste da história

Examinaremos, agora, em mais detalhes, a evolução das duas tradições legais a fim de corroborar o fato de que os argumentos anteriores são consistentes com sua história. Em essência, confirmaremos que os freios e contrapesos institucionais e o treinamento dos juízes forjaram a tendência comum em direção a relações fundadas em mercados na Inglaterra e no continente de maneira muito distinta.

## A Evolução Da *Common Law*

O início do que seria o sistema da *common law* inglesa pode ser retrotraído ao



século XII, quando Henrique II (1154-89) criou um Judiciário real profissional e alistou membros das comunidades locais para participarem na administração da justiça. O desenvolvimento seguinte da *common law* inglesa foi desenhado pela disputa política e pelo equilíbrio entre a Coroa e o Parlamento. O Parlamento inglês foi um dos poucos que sobreviveu desde a Idade Média, ampliando, constantemente, seu controle sobre a Coroa (North e Thomas<sup>13</sup> e Pipes<sup>14</sup>). O resultado foi a transferência de poder da Coroa para o Parlamento, culminando na Revolução Gloriosa, que limitou ainda mais o direito da Coroa de tributar e, dessa forma, interferir sobre os direitos de propriedade privada, embora fosse apenas mais um passo num processo relativamente contínuo (North e Weingats<sup>15</sup>). O Parlamento inglês, administrado por mercadores e burgueses ricos e educados, usou seu poder realçado para gerar uma série de reformas orientadas prómercado, segundo o princípio de não intervenção na propriedade privada (North<sup>16</sup>; North e Weingast).<sup>17</sup>

O sucesso das reformas foi garantido porque as cortes de *common law* e o Judiciário inglês dividiam com o Parlamento a visão sobre direitos de propriedade e sua compreensão dos mecanismos de mercado. A indicação de juízes na Inglaterra dependia, em larga medida comparada com outros países europeus, da prática profissional, uma vez que os juízes ingleses eram escolhidos dentre os *barristers*. Assim, tinham visto o mundo sob a perspectiva das partes que tinham representado e estavam, pois, mais familiarizados e educados com as dificuldades de uma incipiente economia de mercado (Duman,<sup>18</sup> Abbott e Pendlebury).<sup>19</sup>

A compreensão pelos juízes ingleses dos fundamentos de uma economia de mercado também se beneficiou dos controles precoces impostos sobre a autoridade real, na medida em que limitavam a habilidade da Coroa em vender títulos nobiliárquicos novos (vide nota 24), tornando os investimentos garantidos contra decisões judiciais e convertendo os primeiros juízes de *common law* em defensores dos direitos de propriedade privados. Como resultado, a transformação da economia feudal com desvio do Parlamento ganhou aliado no Judiciário inglês que, fazendo as mudanças incrementais em costumes antigos, auxiliou no desenvolvimento evolutivo da *common law* para a nova ordem de mercado.

A expansão das oportunidades de mercado pela Revolução Industrial demandou mudanças ainda mais profundas em termos de mais desenvolvimento e uniformidade de regras. A *commom law* satisfazia a essas demandas durante o século XIX, principalmente por meio da introdução de muitas soluções de direito romano e pelo aperfeiçoamento da doutrina do precedente vinculante, pela qual as cortes relutam em interferir com decisões anteriores (*stare decisis*).<sup>\*</sup> Apesar

dessas mudanças, porém, o desenvolvimento da *common law* em direção a instituições mais orientadas para o mercado permaneceu evolutivo em natureza, e as cortes mantiveram alto grau de discricionariedade, seja na Inglaterra seja nos Estados Unidos. Isso por duas razões. Primeiro, porque a introdução do direito romano se deu principalmente no plano conceitual, uma vez que a codificação não se firmou, possivelmente porque era menos necessária do que no continente. (Essa divergência no sucesso da codificação é consistente com o argumento de ser a codificação continental decorrente da necessidade de limitar o poder dos juízes, mais do que de sistematizar a lei, que talvez fosse igualmente não sistematizada na Inglaterra e no continente.) Além disso, os advogados da *common law* não se limitavam a tomar emprestadas ideias dos juristas continentais, mas desenvolviam e adaptavam tais ideias segundo sua própria visão. Mais ainda, o desenvolvimento legislativo da *common law*, que suportava o enorme desenvolvimento econômico do século XIX, permaneceu quase que exclusivamente trabalho das cortes, com poucas iniciativas legislativas. Segundo, o fortalecimento da doutrina da vinculação pelo precedente não desviou a *common law* de sua trilha evolutiva, na medida em que os precedentes poderiam ser abandonados de forma relativamente simples mediante a distinção do caso em questão em face do antecedente. Juntamente com o direito de recurso, era, todavia, importante assegurar a consistência e a igualdade em mercados cada vez mais amplos.<sup>20</sup> De qualquer forma, é consistente com nosso argumento de que a doutrina do precedente vinculativo foi introduzida nesse período, enquanto o transporte via canal, ferrovia ou barco a vapor aumentava o tamanho do mercado, demandando adaptação rápida dos padrões legais em área geográfica maior.

A *common law* americana, na medida em que era independente da lei inglesa, mostra similaridades importantes. Até o século XX, os Estados Unidos tinham um arranjo similar ao sistema inglês de cortes concorrentes, com tribunais estaduais e federais. A competição entre as Cortes, porém, não era tão intensa, e os juízes não recebiam por tarefa. Muitos juízes eram eleitos, o que, provavelmente, servia como mecanismo de incentivo substituto na falta de uma remuneração por serviço. Juízes americanos também gozavam de maior poder discricionário, que foi marginalmente reduzido no século XIX com a adoção da doutrina do precedente vinculante, inicialmente em relação a questões procedimentais e, mais tarde, para normas materiais ou substantivas.<sup>21</sup>

## Direito Continental

A história do que são hoje as jurisdições de direito civil originalmente se

assemelhavam ao Direito inglês. A evolução do direito civil, porém, foi influenciada por uma diferença de balanço relativamente aos poderes entre os principais atores políticos, na medida em que os Parlamentos na Europa continental, com poucas exceções, logo perderam sua aptidão para impor controles sobre a Coroa. A maioria das monarquias tornou-se financeiramente independente, e parcela considerável de sua renda não advinha mais de impostos que requeressem prévia aprovação parlamentar. Resultado disso, os reis, no continente, eram absolutistas e detinham poder incontestável e interferiam com facilidade sobre os direitos de propriedade privada, prejudicando, assim, o desenvolvimento de relações de mercado baseadas na segurança da propriedade privada (vide notas 13 e 14).

Tais limitações institucionais foram reforçadas pelo fato de que os juízes, no continente, eram indicados sem prévia experiência prática.<sup>22</sup> Ademais, seu treinamento era baseado em estudos universitários do *ius comune*, um sistema doutrinário desenvolvido por muitos estudiosos conhecedores dos direitos romano e canônico e apenas em segundo plano, pelos estatutos e jurisprudência. Afirma-se que ambos, a falta de prática e essa influência doutrinária, tornaram os juízes do continente mais resistentes ao capitalismo, à acumulação de riquezas, prejudicando sua compreensão das relações de mercado. Relações de mercado, com sua considerável exposição ao risco e busca de lucros, eram pouco compreendidas pelo Judiciário que obtinha a maior parte de suas receitas e *status* de rendas sem risco.<sup>23</sup> O respeito dos juízes pelos direitos de propriedade também, provavelmente, sofreram porque as judicaturas eram, com frequência, expropriadas pelos reis, livres para vender novos postos de magistrado (Doyle *op. cit.* Swart).<sup>24</sup> Assim, o Judiciário do continente não erodiu gradualmente as barreiras do *Ancient Regime*. Em razão das restrições institucionais e do treinamento judicial, os juízes de direito civil terminaram por criar barreira ao desenvolvimento de novas relações de mercado. Mudanças abruptas da lei e da administração da justiça eram, portanto, necessárias.

## A Criação Do Direito Civil Moderno

Como consequência, uma nova ordem legal foi, majoritariamente, implementada de cima para baixo, nada obstante fosse uma iniciativa liberal (ou seja, estimuladora do livre-mercado). Legisladores, elaborando os Códigos Civil e Comercial no século XIX, visavam a regular o que agora denominaríamos externalidades e sistematizar os costumes e direito costumeiro, sobretudo por meio de normas supletivas. Não promulgaram normas mandatórias (cogentes), salvo quando necessárias para estabelecer princípios básicos de política e

economia de liberdade, igualdade e propriedade, em geral deixando de lado doutrinas legais intervencionistas.<sup>25</sup> Sua confiança no método do caso levou à codificação de regras supletivas largamente testadas, quando existentes, sem impedir que as partes adaptassem livremente os contratos às circunstâncias, redigindo cláusulas específicas. Além disso, a codificação se beneficiava de convergência substancial de critérios doutrinários que, por sua vez, eram influenciados pelas decisões judiciais do prevalecente regime de responsabilidade pessoal. Como resultado, o direito codificado do século XIX era majoritariamente resultante do direito costumeiro, representando os códigos uma combinação de costumes locais, leis locais e subsidiariamente do direito romano.<sup>26</sup>

Demais disso, muitas das normas cogentes editadas ao tempo tinham a clara função de suportar uma economia de mercado. Provavelmente a mais importante dessas normas cogentes é consequência direta dos princípios políticos de liberdade e igualdade, que têm correspondentes contratuais na regra da liberdade de contratar e na igualdade entre partes contratantes. (Por exemplo, a lei anterior, em geral, garantia maior poder probatório a empregadores do que a empregados.) Contudo, isso se aplica à ênfase das reformas liberais para evitar que, futuramente, houvesse restrições à transmissão da propriedade, facilitando a emergência de adequado mercado para terras.<sup>27</sup> Normas de Direito de Propriedade geram outro caso interessante no tratamento de uma espécie de externalidades, aquelas causadas pelo *Ancient Regime*, com a proliferação de direitos de propriedade e sua imposição como direitos *in rem*,\* ainda quando permanecessem desconhecidos para terceiros. Durante o século XIX, a reforma do direito imobiliário e a criação de registros imobiliários levaram a uma política restritiva de *numerus clausus* na maioria dos países europeus — isto é, o sistema legal começou a garantir direitos *in rem* em relação a matérias restritas, ficando as demais sujeitas às regras de direito pessoal (em outras palavras, contratuais). Em paralelo, o requisito de publicidade passou a ser crescente para a garantia dos direitos *in rem*. Esses dois requisitos parecem ter reduzido a liberdade das partes na criação de direitos *in rem* mas, na verdade, são essenciais para tornar alguns deles possíveis, reduzindo custos de transação sobre a terra e, em particular, tornando possível usar a terra como garantia (colateral) para o crédito,<sup>28</sup> precisamente o escopo declarado das reformas nessa área.

Mais ainda, operacionalmente, o direito civil prendia o juiz à lei. Isso é visto, em geral, como um instrumento para impor a legislação estatal, deixando de lado o fato de que, quando a lei previu normas supletivas, seu principal efeito era proteger a liberdade de contratar, porque impunha ao juiz respeitar a vontade das partes. Portanto, a lei protegia a ordem legal particular livremente criada pelas

partes, enquanto, sob o sistema de maior discricionariedade judicial, essa ordem privada legal estaria em grande perigo.<sup>29</sup> Esse temor leva os esforços dos legisladores do século XIX a deixar de lado muitas normas dogmáticas de leis recebidas, frequentemente radicadas no direito canônico, contrárias à liberdade de contratar. Exemplo relevante é a liberalização de operações de crédito ainda sujeitas a restrições importantes, incluindo a proibição de juros e liquidação antecipada.<sup>30</sup>

Igualmente, de regra, proibiam o juiz de reduzir o montante da cláusula penal contratualmente estabelecida para punir o devedor inadimplente na devolução do empréstimo.<sup>31</sup> Muitos códigos também derogaram regras que permitiam que as cortes desconsiderassem algumas cláusulas contratuais “desiguais” (isto é, em que pudesse haver favorecimento de uma das partes em detrimento da outra), com base no princípio escolástico do “justo preço”, tendo como argumento a doutrina da “lesão”.<sup>32</sup> Mais importante, o escopo ou “causa” como elemento necessário para qualquer contrato cuja execução fosse possível (vinculante) foi bastante reduzido (pela reversão do ônus da prova, por exemplo) e mesmo eliminado totalmente nas operações “abstratas” do Código Civil alemão, assim como, mais genericamente, nas leis de hipoteca e títulos de crédito. Essa limitação do conceito de causa reduziu bastante as possibilidades de constrangimento da liberdade de contratar por recurso princípios morais que a interpretação canonista do conceito romano original preconizava anteriormente.

Compreensivelmente, os legisladores tentaram, ainda, proteger a reforma legal de qualquer medida reacionária, incluindo a possibilidade de que os juízes exercessem sua discricionariedade para sentenciar com base em princípios abstratos e contra as novas leis,<sup>33</sup> tornando, dessa forma, a reforma ineficaz e prejudicando o desenvolvimento na direção de uma economia de mercado. Os legisladores, pois, subordinaram o Judiciário à lei e à jurisprudência e reestruturaram a carreira profissional dos juízes.

Não apenas se dava aos códigos e estatutos prioridade como fonte do direito, mas a produção de precedentes vinculativos foi alocada nos tribunais mais altos, o que foi concebido, ao menos originalmente, mais como uma corte de controle do que um tribunal. Sua função era supervisionar as interpretações dadas pelas cortes inferiores, garantindo a uniformidade, tornando as sentenças previsíveis e aperfeiçoando a segurança legal. Mais ainda, nenhuma corte tinha poderes para questionar a constitucionalidade da legislação. No modelo francês, mesmo o controle da legalidade da ação governamental era deferido a um corpo quase governamental, o Conselho de Estado.

Paralelamente, a prática de comprar postos judiciais foi abolida, e os juízes passaram a ser servidores civis. Começavam sua carreira jovens e inexperientes,

sendo aprovados em exame específico depois do curso de Direito. Mesmo hoje, suas promoções e salários aumentam com a antiguidade e, muitas vezes, por indicação governamental discricionária para tribunais superiores ou outras funções públicas. Isso significava que os juízes poderiam perder quase-rendas substanciais se opusessem ao governo ou, pior, serem expulsos de seus cargos. A conduta era, em alguns países, penalizada mediante a alteração de sua responsabilidade, tornando-os pessoalmente responsáveis se emitissem sentenças contrárias não à doutrina dominante, como antes, mas à legislação estadual e formalmente aceita pela jurisprudência.

Resumindo a explicação sobre por que reformadores prómercado em países de direito civil reduziram o poder discricionário do Judiciário, a base está no fato de que em tais países a transição para economias de mercado foi mais revolucionária do que naqueles de sistema de *common law*. Mudanças institucionais na Inglaterra não passaram pelas transformações que tiveram lugar na Europa continental no final do século XVIII e maior parte do XIX, mas seguiram um processo relativamente suave que começou muito mais cedo. Em contraste, judiciários na Europa continental foram estruturados com maior controle central para obter e garantir a mudança visada.<sup>34</sup>

## Crítica a explicações alternativas

Nossa interpretação do Direito Civil do século XIX como introdução adaptativa, de cima para baixo, do mercado tem consequências importantes pelos argumentos apresentados em debates sobre a eficiência comparativa e a *performance* da *common law* em contraste com o direito civil. O primeiro desses debates começou quando parte da escola de *Law and Economics* americana se manifestou favoravelmente à eficiência das soluções empregadas pela *common law* no século XIX. Mais tarde, a busca de explicações institucionais das diferenças em face da *performance* econômica levou a comparações quantitativas de *performance* de múltiplos indicadores dos sistemas legais. Mesmo que ambas as explicações envolvam argumentos evolucionistas e *path dependency*, elas diferem em aspectos importantes de nossa hipótese, porque não consideram a possível adaptação a circunstâncias locais como força principal por trás das divergências dos sistemas legais. Mais ainda, essas explicações alternativas falham em provar a superioridade universal dos arranjos da *common law* que muitos, de forma mais ou menos explícita, aceitam. Como consequência, isso pode levar a políticas defeituosas quando se negligenciam circunstâncias locais que podem limitar de maneira expressiva as reformas



legais.

## O Debate Sobre A Eficiência

### ■ *A eficiência da common law*

A eficiência da *common law* foi primeiramente sugerida por Posner, com base na metáfora de que a descentralização da criação da *common law* reproduzia como o mercado funcionava, levando os juízes a, inconscientemente, perseguir um padrão de eficiência. Essa hipótese foi utilizada com sucesso para explicar muitas das normas de *common law*, relativas à negligência, culpa concorrente, responsabilidade objetiva, restituição e garantias colaterais, para citar algumas (vide nota 3). Por exemplo, Landes e Posner<sup>35</sup> ilustram o argumento examinando a aplicação da regra do juramento (*Hand Formula*),\* tipo especial de análise custo-benefício no campo de responsabilidade civil, e concluem que os juízes efetivamente, ainda que não necessariamente conscientes, usam esse método quando imputam responsabilidade e, portanto, tomam decisões que realçam a eficiência. Esse tipo de argumento foi, entretanto, criticado por falta de comprovação. Em especial, a informação necessária para a aplicação da regra não está imediatamente disponível. Mais ainda, mesmo se a regra, no sistema da *common law*, puder ser considerada eficiente, não se segue que é o sistema de *common law* que produziu tal eficiência, uma vez que muitas das regras foram desenhadas em sistemas jurídicos mais antigos,<sup>36</sup> e são também aplicadas em jurisdições de direito civil<sup>37</sup>, ou, ainda, quando as diferenças são funcionais e cabem em outras especificidades de sistemas legais (vide nota 10).

A hipótese de eficiência também está fundada em modelos mais detalhados de procedimentos judiciais. Adaptando o argumento seminal de Harold Demsetz<sup>38</sup> sobre Direitos de Propriedade, Rubin<sup>39</sup> afirmou que a ineficiência das normas tende a ser abolida como produto não previsto de um litígio entre partes autointeressadas que dividem interesse comum em sua alteração. Para abranger casos em que as partes não dividem tal interesse comum, o argumento foi estendido para modelar a *common law* como processo evolutivo (vide notas 4, 7 e 8). O litígio, porém, não é capaz de produzir as mesmas normas legais que as partes teriam criado se tivessem explicitamente acordado, antes, sobre o tema posteriormente objeto da demanda, porque o litígio não agrega o interesse de todas as partes e pode, portanto, pretender atingir apenas o local em vez da eficiência global.<sup>40</sup> Levando essa crítica em consideração e ampliando o argumento (vide nota 10), afirma que, embora diferentemente, mecanismos incrustados nos dois sistemas levam os dois, *common law* e direito civil, à

eficiência. Diz que essa direção para a eficiência perdurou durante o século XIX e que a suscetibilidade a pressão de grupos de interesse que caracteriza a evolução posterior das instituições de que emanam as leis corrompeu tanto a *common law* quanto o direito civil. Essa ideia foi posteriormente explorada por Crew e Twight,<sup>41</sup> Bailey e Rubin<sup>42</sup> e Osborne (2000), entre outros; não se explica por que há diferenças tão drásticas entre os dois séculos no que diz respeito à extração de rendas (*rent seeking*).<sup>43</sup>

Mais ainda, a *common law* entendida como lei feita pelos juízes pode ser imperfeita por razões mais profundas. Sua natureza é retrospectiva e, por isso, inadequada para criar regras inteiramente novas ou para tornar rápidas as mudanças legais. Como em qualquer desenho gerado pelo processo evolutivo, sofre de *path dependency* porque as inovações são introduzidas não pelo seu desenho partindo do nada, mas por pensá-las como uma solução recepcionada. Parafraseando Tooby e Cosmides, a *common law* então evolve “como o navio proverbial que está sempre no mar. O navio nunca pode ir para o dique seco para que sejam feitos reparos de monta no meio de transporte; quaisquer aperfeiçoamentos são feitos mas devem ser implementados peça a peça, parte a parte, para que o navio não afunde”.<sup>44</sup> As normas estatutárias, em contraste, são produzidas no que pode ser descrito como um processo racional, beneficiando-se de planejamento e previsão, e são menos afetadas pela ordem legal anterior. Embora possam permitir a extração de ganhos (*rent seeking*), a gravidade desse defeito varia muito, e os processos evolutivos na *common law* não estão livres de suas próprias versões como, por exemplo, no caso de juízes politicamente motivados que implementam sua própria versão de moralidade.<sup>45</sup> Mesmo Richard Posner admite que “o processo legislativo é mais apto a ser mais eficiente do que o processo judicial de fazer leis” porque o litígio muitas vezes falha em levantar as questões pertinentes para o início da reforma legal. Como diz Wagner (vide nota 40), a *common law* pode, provavelmente, passar pelo teste da eficiência local, mas tende a falhar no teste da eficiência global.

Por derradeiro, o fato de que o método do caso seja mais eficiente do que a lei estatutária permanece não comprovado porque a maior parte das discussões se deu sobre a inconsistência interna da *common law* e não sobre suas vantagens em relação ao direito civil. Consistência interna, porém, não é exclusiva da *common law*, já que muitas leis de Direito Civil parecem refletir ou levar à eficiência (vide notas 37 e 47). Robert Cooter (1994), por exemplo, sugere que a eficiência da *common law* depende da aplicação de costumes eficientes pelos juízes. Isso é muito mais característico da *common law* do que do direito civil.

De acordo com esse argumento, os juízes fazem a *common law* eficiente quando encontram regras costumeiras e as alçam ao nível de norma legal.



Entretanto, a seleção de normas sociais é também frequentemente adotada nos processos de codificação. Por exemplo, o mais bem-sucedido código norte-americano, o *Uniform Commercial Code*, foi construído identificando e sistematizando as melhores práticas comerciais, e muito da *common law* de contratos também codificada pelo *Restatement of Contracts*, publicado pelo *American Law Institute*, e a revisão pelos estados do *Statute of Frauds* (vide nota 11). Esse argumento nos leva ao debate sobre a eficiência de legislação estatutária.

## A Eficiência Do Direito Civil

Estudos relacionados à eficiência econômica da *common law* usualmente sugerem, mais ou menos de maneira implícita, que o direito codificado não atinge o mesmo grau de eficiência. A essas afirmativas, estudiosos do direito civil têm apresentado objeções, afirmando-se que o direito civil também visa à eficiência por meio de suas fontes — a legislação e a atividade judicante.<sup>46</sup> A legislação pode produzir normas superiores porque a centralização tem vantagens em termos de padrões e inovação. A organização industrial demonstra que os mercados nem sempre garantem padrões universais nem garantem que o padrão remanescente é o melhor. Solução possível é um acordo ou algum tipo de mecanismo de coordenação predispondo à compatibilidade de todos os elementos da rede. Analogicamente, Harnay<sup>47</sup> vê os padrões legais dos códigos dentro de uma rede social, promovendo a coordenação legal em um quadro de adoção de externalidades. O Direito codificado pode evitar o surgimento de normas legais ineficientes no processo de descentralização dos litígios que caracteriza os sistemas de *common law*. O argumento foi utilizado para explicar a codificação como um esforço consciente visando a sistematizar e organizar normas antecedentes e costumes.<sup>48</sup> O direito civil, supõe-se, tem ainda vantagens, sendo, talvez, mais inovador do que a *common law*. Está fundado em normas legais que são mais fáceis de criar do que as normas sociais (Garoupa, 2001)<sup>49</sup>. Embora esse argumento, obviamente, leve à indagação sobre se ou quando essa criação é desejável, também indica que o direito civil tem o potencial para ser flexível, ainda que, em geral, seja percebido como rígido.

A ideia de que o direito civil está mais preocupado com a distribuição do que com a eficiência tem sido questionada pelo fato de que os princípios de direito civil repousam sobre uma lógica de eficiência econômica (vide nota 37). Por exemplo, mesmo que o sistema de responsabilidade civil francês não use o teste de conhecimento (*Learned Hand*), para avaliar padrões de cuidado, diligência, isso não exclui o uso de análise sob o ponto de vista da relação custo-benefício.

Mais ainda, é questionável a ideia de que a prática judicante se afaste da eficiência econômica para favorecer a redistribuição mais no direito civil do que na *common law*. Por exemplo, afirmou-se que a jurisprudência, no direito civil, tende a aplicar regras de responsabilidade objetiva quando essa norma for mais consistente com a compensação das vítimas do que a eficiência econômica, possivelmente refletindo preferências sociais diferentes (vide nota 37). Entretanto, o escopo da responsabilidade objetiva também aparece na *common law*, talvez de forma ineficiente.<sup>50</sup>

A aptidão dos juízes para modificar e adaptar normas ineficientes nos sistemas de direito civil é maior do que pode ser imaginado porque os juízes têm alguma competência normativa.<sup>51</sup> Pode-se observar, em numerosas ocasiões, que, quando a eficiência de uma norma codificada é duvidosa, os tribunais terminam por contorná-la, usualmente ampliando a interpretação de padrões flexíveis como “boa-fé”, “razoabilidade”, “equidade”, entre outros. Isso ocorreu, por exemplo, em áreas tão diversas quanto trespasses ou invasões, posse ostensiva e requisitos formais em contratos. Por exemplo, conforme o Código Civil espanhol, edificações irregulares em área alheia devem ser demolidas se os proprietários confrontantes não chegarem a um acordo, mas isso seria ineficiente quando a área ocupada for pequena e o avanço de boa-fé; consequentemente, a jurisprudência se orientou no sentido da aplicação de regras de responsabilidade.<sup>52</sup> É, também, comum que o registro de imóveis negue a propriedade (isto é, direito real ou *in rem*) à simples posse. Entretanto, a jurisprudência, em geral, interpreta os requisitos de boa-fé de forma ampla, considerando a posse ostensiva como prova de má-fé de terceiro que adquira propriedade de um titular constante do registro, mas que não tem sua posse.<sup>53</sup> Como último exemplo, o requisito de forma escrita determinado para dívidas pelo Código Civil francês foi rapidamente ab-rogado pelos juízes nos casos de operações comerciais (vide nota 31).<sup>54</sup> Parece, pois, claro, que a eficiência e seu abandono não são traços característicos exclusivos da *common law* ou do direito civil (vide nota 10), mas respondem a causas mais profundas. Mattei<sup>55</sup> sugere, por exemplo, que mudanças no papel dos tribunais tanto da *common law* quanto do direito civil resultam da substituição de organizações sociais por contratos no que descreve como “governo pelos juízes”. O resultado dessa mudança e os riscos nela envolvidos mostram grande similaridade entre as tradições legais. Nos países de direito civil, a jurisprudência reintroduziu, cedo, visão moralista interpretando de forma mais ou menos livre a “intenção” original do legislador. Em exemplo recente, decidindo a respeito de demissão de empregados, na Itália, os tribunais foram influenciados pelas condições de trabalho local — a probabilidade de decisão favorável aos empregados aumenta na razão direta da

taxa de desemprego na área de jurisdição do tribunal, o que é consistente com maior valorização de “equidade” em tais decisões.<sup>56</sup> Eventos similares ocorreram, porém, em muitas áreas de *common law*. Mesmo juízes federais nos Estados Unidos foram severamente criticados por implementarem sua posição contrariando normas constitucionais e estatutárias a que deveriam se subordinar (vide nota 45).

## A Discussão Comparada Da *Performance*

O debate sobre a eficiência dos sistemas jurídicos, restrita por décadas ao Direito e à Economia, recentemente alcançou audiências maiores quando algumas hipóteses relacionadas passaram a ser testadas empiricamente por Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florêncio Lopez-de-Silanes, Paul Mahoney, Andrei Shleifer e Robert Vishny.<sup>57,58</sup> Esses trabalhos classificam uma amostra de países de acordo com a origem histórica de seus sistemas legais como *common law*; Direito Civil francês, alemão e escandinavo; e antigos países socialistas; e testam mediante regressão estatística, usando diversos indicadores, o poder dessas “origens legais” para explicar a *performance* econômica e institucional desses países, ligando a concentração na propriedade de ações a crescimento econômico. Os primeiros estudos exploraram a relevância que esse critério classificatório teria no desenvolvimento de mercados financeiros e na dispersão acionária de companhias (La Porta *et al.*, 1997,1998). A proteção de investidores e acionistas era avaliada segundo uma escala de índices que variavam de 1 a 5 e elaborada após análise do Código Comercial e da legislação falimentar em cada país, pressupondo-se que refletiria o grau de proteção legal conferido aos acionistas minoritários. Foi encontrada correlação positiva estatisticamente relevante entre a proteção de investidores, de um lado, e a tradição da *common law*, de outro. A análise foi depois ampliada em uma série de trabalhos que mostraram correlações significativas entre pertencer a um sistema legal específico e o nível medido de regulação, tutela da propriedade, eficiência do governo, nível de liberdade política, crescimento econômico e independência do Judiciário. A conclusão desses trabalhos foi que países de tradição de direito civil, particularmente, a versão francesa, mostram, consistentemente, *performance* pior do que países de tradição de *common law*.

Tal linha de pesquisa tem valor por seu esforço pioneiro na quantificação das diferenças de *performance* das instituições legais que suportam as economias modernas, e isso motiva novas discussões e permite proceder de modo mais sistemático, ainda que, segundo alguns, de maneira distorcida. Sofre de limitações importantes, porém, relacionadas ao viés de seleção, dificuldades de

medição e relação de causalidade questionável.

A princípio, ainda que as *performances* fossem perfeitamente mensuráveis, sua comparação sofre de um problema intrínseco de seleção porque os níveis de *performance* observados resultam de escolhas efetivamente feitas no passado, e nem se tem informação sobre as alternativas. Se reconhecermos que nem todos os sistemas legais atuam com perfeição em todos os contextos, a comparação relevante é entre a *performance* das opções escolhidas e aquelas das alternativas, mas tais alternativas de *performance*, por definição, nunca são observáveis. Por exemplo, mesmo que alguém demonstrasse que a *performance* econômica dos Estados Unidos é melhor do que a da França por conta do sistema legal francês (direito civil), isso não provaria que foi um erro da França moldar o sistema legal do seu *Ancient Regime* na direção do que é agora conhecido como direito civil. Para mostrar que tal movimento foi um erro, ter-se-ia que, agora, comparar a *performance* atual da França com a *performance* que a França teria exibido sob a *common law*.<sup>59</sup>

Segundo, o valor da medida não é maior que sua acurácia, e a das instituições padece do efeito resultante de dificuldades metodológicas. Por isso, muitos dos resultados são baseados em índices que capturam apenas poucas das dimensões relevantes, tais como o índice de direitos de acionistas em La Porta *et al.* (1998), que não distingue entre normas cogentes e supletivas, aspecto importante que deve ser adequadamente entendido. Ademais, medem os direitos dos acionistas segundo dimensões que, não necessariamente, capturam o grau efetivo de proteção. Por exemplo, o índice considera que o fato de os acionistas alemães não poderem votar por correio é uma falha da legislação de companhias alemã, deixando de lado o fato de que muitos dos acionistas alemães enviam suas instruções por correio a seus bancos, que estes votam.<sup>60</sup> O problema é ainda mais sério, entretanto, diante do que falta como medida global de *performance* institucional que leve em conta as interações entre o número de instituições, determinando o que definimos como jurisdições atuais de *common law* ou de direito civil.<sup>61</sup>

Mais genericamente, é perigoso avançar com base em argumentos causais na falta de uma teoria. Por exemplo, concluir de uma correlação que a concentração acionária é devida à alegada pouca proteção de investidores pode, intuitivamente, parecer correto, mas é superficial. Como Roe (vide nota 60) demonstra, a mistura complexa de condições econômicas, sociais e políticas afeta custos de agência gerenciais e determina o grau de dispersão da base acionária.

Da mesma forma, sistemas legais ligados a uma rede complexa de estruturas políticas e preferências sociais que não podem ser estudadas isoladamente, o que

aparentemente La Porta *et al.* (2004) fazem quando aceitam como sintoma de ineficiência do sistema processual dos tribunais nos países de direito civil o fato de que as decisões são mais lentas no caso de evicção de um locatário ou cobrança de cheques. Essas ineficiências sugeridas, entretanto, são de suporte difícil sem considerar fatores tais como a incidência desses eventos, mecanismos complementares de exigibilidade existentes e o custo incorrido em cada sistema para nível comparável de qualidade.

Dentro da literatura, a *performance* econômica superior dos países de *common law* tem sido atribuída não apenas à proteção legal dos direitos de propriedade, mas também à maior independência do Judiciário de que supostamente gozam os juízes de *common law*.<sup>62</sup> Os benefícios de maior independência judicial, porém, foram duramente questionados em período no qual os juízes eram politicamente motivados e implementavam sua noção de justiça e moralidade em quadro institucional no qual não eram responsáveis perante ninguém (vide nota 45).

Finalmente, a causalidade também foi posta em dúvida no que diz respeito à *performance* superior atribuída à *common law* em áreas do Direito baseadas em normas escritas. Isso ocorre não apenas no direito das companhias, mas também em matéria de regulação e direito administrativo, bem como com alguns indicadores específicos, como tempo de evicção. Com isso em mente não surpreende que as origens legais variáveis também “impliquem” tais fenômenos como sucesso nos esportes,<sup>63</sup> demonstrando, mais uma vez, que a correlação não implica causalidade.

## A Necessidade De Maiores Detalhes

Mais genericamente, ambos os debates sobre eficiência *eperformance*, opondo a *common law* ao direito civil, foram formulados com base em elevado nível de abstração que pode ter levado a focalizar categorias ambíguas e chegar a conclusões erradas. A abstração tem lugar tanto no plano vertical quanto no horizontal.

Verticalmente porque vários rótulos de “direito civil” são definidos pelo país e são, portanto, aplicados para relacionar, e separar, fenômenos historicamente variáveis, como o estatuto, a legislação codificada e sistemática em oposição à jurisprudência, normas cogentes e normas dispositivas, dependência judicial contra discricionariedade e mesmo normas procedimentais rígidas ou flexíveis. Essas dimensões serão melhor entendidas como variáveis no desenho institucional. Todos os sistemas jurídicos as empregam como ingredientes, mas as misturam em distintas proporções e as administram diferentemente ao longo do tempo. Comparar sistemas deve visar a considerar o peso de cada ingrediente

e suas interdependências. Ao fazê-lo, a análise deve, de preferência, incorporar determinantes institucionais que estão fora do sistema jurídico e são frequentemente encontrados na natureza do processo político (vide nota 40)<sup>64,65</sup> bem como fatores econômicos mais amplos, relevantes em áreas específicas da lei, tais como, no campo da propriedade, o número esperado de operações, o risco de oportunismo político e a consistência regulatória (vide nota 28).

Alguma coisa similar ocorre horizontalmente, na medida em que os sistemas jurídicos adotam estruturas pertinentes a tradições estrangeiras. Isso é claro no campo do Direito de Propriedade, no qual a tradição jurídica não explica a adoção de muitas instituições relevantes. Por exemplo, até recentemente, a Inglaterra tinha um sistema de negociações privadas semelhante ao dos romanos, mas, no último século, se encaminhou na direção do sistema germânico de registro, tal como a Austrália e parte do Canadá. Nos Estados Unidos, entretanto, a maioria dos Estados introduziu, precocemente, o sistema de publicidade pelo registro, que é tipicamente francês (vide nota 28). Da mesma forma, o *numerus clausus* da propriedade, direitos *in rem*, atualmente têm pouca relação com a divisão entre *common law* e direito civil. É preciso documentar em que medida essa combinação institucional também se verifica em outros campos do Direito.

## Observações finais

É tempo de apresentar algumas considerações de política que pretendem ser pertinentes aos problemas não solucionados e que permitam construir instituições de mercado em países de economias em transição e em desenvolvimento.

Nas seções antecedentes, explicamos que a evolução de ambos, *common law* e direito civil, no século XIX foi instrumental na proteção da liberdade de contratar e desenvolvimento de economias de mercado. Também explicamos os diferentes níveis de discricionariedade outorgados aos tribunais nos dois sistemas como adaptações ótimas para circunstâncias específicas. Dessa forma, maior discricionariedade judicial dos tribunais de *common law* clássicos emerge mais como exceção histórica e única do que como solução replicável.

Isso lança dúvida adicional na interpretação normativa dos mesmos resultados sobre eficiência e *performance* dos sistemas jurídicos que, afirmando a superioridade da *common law*, aparentemente recomenda sua aplicação. Esboçamos anteriormente por que tal superioridade está aberta a questionamento e depende, aparentemente, de fatores ambientais. No entanto, de forma mais clara, mesmo que a *common law* se demonstrasse superior hoje, as



consequências normativas de tal superioridade poderiam ser insignificantes. Ambos, *common law* e direito civil, foram, provavelmente, adaptados às suas circunstâncias originais. Os que criaram as instituições de mercado, na Europa continental, não optaram por constranger a discricionariedade judicial para controlar o mercado, mas para protegê-lo.

Em linha com essa interpretação, nossa análise não sugere qualquer sistema específico para as economias em transição e desenvolvimento em geral, mas, ao revés, sugere que o desenvolvimento institucional e a pesquisa acadêmica visem a identificar as circunstâncias contextuais que afetem custos e benefícios de diferentes soluções. Esses problemas econômicos podem, em certos casos, ser semelhantes àqueles existentes no continente (Europa continental) por ocasião da morte do *Ancient Regime* do que aqueles verificados na Inglaterra mais ou menos na mesma época. Se for assim, restringir a discricionariedade judicial pode ser necessária nos países de economia em desenvolvimento de forma a garantir a liberdade de contratar.

Por derradeiro, se estivermos certos em considerar ambos os sistemas jurídicos como adaptações às circunstâncias locais, nossa análise indica o risco de que debates sobre a eficiência e *performance* relativos da *common law* e direito civil possam ser estéreis, porque a comparação não leva em conta as variáveis alternativas.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. Os autores agradecem a Jesús Alfaro Águila-Real, Douglas W. Allen, Marco Casari, John Drobak, Paul S. Edwards, Pierre Garrouste, Fernando Gómez-Pomar, Emily Kadens, Pierre-Cyrille Hautcoeur, Claire Hill, Marta Lorente, Thomas Lundmark, Bertrand du Marais, Armelle Mazé, Claude Ménard, Fernando P. Méndez González, John Nye, Elinor Ostrom, Celestino Pardo Núñez, Cándido Paz-Ares, Mary Shirley, Stefan Voigt, Will Wilkinson, vários revisores anônimos e participantes dos seminários, conferências e *workshops* seus comentários e críticas. O estudo recebeu suporte da MCYT, agência do Governo da Espanha através do Projeto SEC2002-04471-C02-02.
2. Publicado no Handbook of New Institutional Economics, Norwell MA: Kluwer Academic Publishers, 2004, organizado por Claude Menard e Mary M. Shirley. Publicado com a autorização do autor e da editora.
3. Posner RA. *Economic Analysis of Law* 5 Little, Brown and

Company 1998; (1<sup>st</sup> ed., 1973).

4. Priest GL. The common law Process and the Selection of Efficient Rules. *Journal of Legal Studies*. 1977;6:65–82.

5. Rubin, P. H. “Judge-Made Law”. In *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 5, *The Economics of Crime and Litigation*, Boudewijn Boukaert and Gerrit de Geest, eds. Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, p. 543-558, 2000 (<http://encyclo.findlaw.com/9200book.pdf>, acessado em 18 de maio de 2003).

6. Cooter R, Kornhauser L. Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges? *Journal of Legal Studies*. 1980;9:139–163.

7. Terrebonne P. A Strictly Evolutionary Model of common law. *Journal of Legal Studies*. 1981;10:397–407.

8. Katz A. Judicial Decisionmaking and Litigation Expenditures. *International Review of Law and Economics*. 1988;8:127–143.

9. Mahoney P. The common law and Economic Growth: Hayek Might Be Right. *Journal of Legal Studies*. 2001;30:503–523.

10. Rubin PH. Common Law and Statute Law. *Journal of Legal Studies*. 1982;11:205–223.

11. Cooter R, Ulen T. *Law and Economics* 2 Reading: Addison-Wesley; 1997.

12. É possível que a descrição judiciária tenha sido, em certa medida, limitada na tradição do direito romano do século XII, o que não impediu sua evolução posterior de restringir o poder discricionário dos juízes.

13. North DC, Thomas RP. *The Rise of the Western World: A New Economic History* Cambridge University Press 1988.

14. Pipes R. *Property and Freedom* Vintage Books 1999.

15. North DC, Weingast BR. Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England. *Journal of Economic History*. 1989;49:803–832.

16. North, D. C. *Structure and Change in Economic History*. Norton, 1981.

17. Tal visão tem sido criticada por alguns historiadores por exagerar a importância do Parlamento da Inglaterra pela criação de um ambiente institucional estimulador do funcionamento dos mercados (por exemplo, Carruthers, 1990; Clark, 1996; Epstein, 2000). Tais argumentos não questionam, todavia, o ponto fundamental de que o referido Parlamento exerceu maior poder de controle sobre a Coroa.



De modo similar, pesquisadores apontam que mesmo na ausência de parlamentos fortes, havia mercados bem desenvolvidos no continente, de modo particular, mercados de crédito (por exemplo, Hoffman, Postel-Vinay e Rosenthal, 2000). O domínio da agricultura nas economias do século XVI a XVIII deve ser considerado, entretanto, ao considerar tais mercados e que as relações comerciais haviam sido estabelecidas em algumas áreas do continente Europeu antes do que na Inglaterra, como demonstra a história das cidades italianas da idade média, a liga Hanseática ou as feiras de Champagne, apenas para citar alguns exemplos. Isso se aplica, em particular, para relevar a importância da lei comercial. O desafio para quem desenhava instituições para os mercados era não apenas de criar instituições para o comércio, mas principalmente para dar suporte a transações entre não comerciantes.

18. Duman D. *The Judicial Bench in England 1727-1875: The Reshaping of a Professional Elite* Royal Historical Society 1982.

19. Abbott K, Pendlebury N. *Business Law* DP Publications Ltd 1993.

20. Manne H. The Judiciary and Free Markets. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 1997;21:11–37.

21. Zywicki T. The Rise and Fall of Efficiency in the common law: A Supply-Side Analysis. *Northwestern Law Review*. 2003;97:1551–1633.

22. Doyle W. *Venality: The Sale of Offices in Eighteenth-Century France* Oxford: Clarendon Press; 1996.

23. Taylor G. Noncapitalist Wealth and the Origins of the French Revolution. *The American Historical Review*. 1967;72:469–496.

24. Swart KW. *Sale of Offices in the Seventeenth Century* Hes Publishers 1980.

25. Caenegem RC van. *An Historical Introduction to Private Law* Cambridge University Press 1992; (Tradutor D. E. L. Johnston).

26. Em particular, os criadores do código comercial, do Código Savary em 1673 para o Código Comercial Uniforme de 1970 tiveram como base a *lex mercatoria*, desenvolvida pelos tribunais de comércio (Benson, 1998). SIRKS, B. “Roman Law”. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3. Peter Newman, ed. Macmillan, p. 356-363, 1998.

27. Note que, no século XVII, a *common law* já tinha desenvolvido a Regra Contra Perpetuidades, que permitia à corte declarar inválidos os interesses em propriedades futuros ou postergados que pudessem

extrapolar determinado período. O objetivo era prevenir que a terra fosse imobilizada e proteger os mercados.

28. Arruñada B. Property Enforcement as Organized Consent. *Journal of Law, Economics, and Organization*. 2003;19:401–444.

29. Não se consideram soluções privadas (do tipo analisado por Benson, 1989; Ellickson, 1991; Milgrom, North and Weingast, 1990; Bernstein, 1992, 1996, 2001; Greif, Milgrom and Weingast, 1994; Shavell, 1995), pois considera-se que envolvem dificuldades intrínsecas para se consolidarem nas economias capitalistas modernas. Em primeiro lugar, por depender de mecanismos privados dentro dos limites dos participantes do grupo, que limitam a sua efetividade ao comércio intraindústria, frequentemente em nível pessoal. Segundo, porque tais mecanismos tornam-se eficientes apenas quando os juízes se abstêm de atuar como cortes de apelação, embora sejam continuamente ameaçados por essa possibilidade. De outro modo, mecanismos privados serão baseados em sanções sociais, ressaltando a sua natureza pessoal. Isso ocorreu particularmente nas cortes comerciais, que, por serem subordinadas às cortes reais em termos de apelação e garantias, podem ser vistas como meras cortes locais com funções especializadas.

30. Até o século XVIII, por exemplo, a lei francesa contra usura impedia a concessão de crédito de curto prazo que era indispensável para o comércio, indústria e agentes financeiros. Os agentes financeiros despendiam esforços para contornar tal proibição, o que afetou o desenvolvimento do mercado financeiro (vide nota 23). Compreensivelmente, um dos objetivos do Código Napoleônico foi fortalecer as partes contratuais a agirem em seu próprio interesse, criando proteção, inclusive contra juízes, que pudessem alterar os termos do contrato (vide nota 55).

31. Danet D. Does the Code Civil Matter? *European Journal of Law and Economics*. 2002;14:215–225.

32. Remeter a doutrina da lesão para a lei civil, sem alertar para os efeitos da sua remoção ou redução pelos legisladores do século XIX (vide nota 11), exemplifica as ambiguidades que dificultam o contraste entre sistemas legais. Ver, para análise detalhada, Abril Campoy (2003: 42-70).

33. Por exemplo, Hayek (1960), entre outros, enfatiza que juízes revolucionários e seu desejo de controlar o poder discricionário os levou a redigir códigos e a adotar mecanismos mais formalizados. Isso

é confirmado por evidência empírica mais recente, mostrando que países de direito codificado regulam o processo judiciário mais amplamente (Djankov *et al.*, 2003).

34. A natureza evolucionária *versus* revolucionária da transição não foi o único acidente histórico a influenciar a adaptabilidade dos sistemas legais. A inovação tecnológica, após a instalação da *common law*, pode ter reduzido a vantagem da descrição judiciária. Conjecturase que, na jurisdição da *common law*, a economia de mercado precedeu o surgimento dos mercados nacionais, que emergiram após a expansão das ferrovias. A maior parte da codificação na Europa ocorreu quando ficou claro que os mercados teriam maior escopo graças ao impacto das ferrovias. Compreensivelmente, os legisladores se empenharam em definir padrões legais unificados para operarem nos mercados nacionais, dado que regras locais fariam menos sentido após o crescimento dos mercados.

35. Landes WM, Posner AR. *The Economic Structure of Tort Law* Harvard University Press 1987.

36. Simpson B. English common law. In: Newman Peter, ed. Macmillan 1998;57–70. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. 2.

37. Faure M. Tort Liability in France: An Introductory Economic Analysis. In: Deffains Bruno, Kirat Thierry, eds. Elsevier Science 2001;169–181. *Law and Economics in Civil Law Countries*. 6 The Economics of Legal Relationships Series.

38. Demsetz H. Towards a Theory of Property Rights. *American Economic Review*. 1967;57:347–359.

39. Rubin PH. Why Is the Common Law Efficient. *Journal of Legal Studies*. 1977;6:51–64.

40. Wagner RE. Common Law, Statute Law and Economic Efficiency. In: Newman Peter, ed. Macmillan 1998;313–317. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. 1.

41. Crew M, Twight C. On the Efficiency of Law: A Public Choice Perspective. *Public Choice*. 1990;66:15–136.

42. Bailey M, Rubin PH. A Positive Theory of Legal Change. *International Review of Law and Economics*. 1994;14:467–477.

43. Para extensa revisão de literatura sobre a eficiência do poder do juiz (*judge-made law*), vide nota 5.

44. Tooby J, Cosmides L. The Psychological Foundations of Culture. In: Barkow Jerome H, Cosmides Leda, Tooby John, eds. *The Adapted*

*Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*. Oxford University Press 1982;19–136.

45. Bork RH. *The Tempting of America* The Free Press 1990.

46. Em pesquisa entre membros da American Law and Economics Association, Moorhouse, Morriss e Whaples (1999) encontraram que 84% dos respondentes acreditam que a *common law* é geralmente eficiente e 42% consideram-na mais eficiente do que o direito civil.

47. Harnay S. Was Napoleon a Benevolent Dictator? An Economic Justification for Codification. *European Journal of Law and Economics*. 2002;14:237–251.

48. Veja, por exemplo, a análise do código civil francês, feita por Josselin and Marciano (2002).

49. Garoupa N. An Economic Analysis of Criminal Systems in Civil Law Countries. In: Deffains Bruno, Kirat Thierry, eds. Elsevier Science 2001;199–215. *Law and Economics in Civil Law Countries*. 6 The Economics of Legal Relationships Series.

50. Priest GL. The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law. *Journal of Legal Studies*. 1995;14:461–528 1985.

51. Michelman FI. Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication. *Journal of Legal Studies*. 1980;9:431–461.

52. Paz-Ares C. Principio de eficiencia y derecho privado. In: Valencia: Tirant Lo Blanch; 1995;2843–2900. *Estudios en homenaje a M Broseta Pont*. 3.

53. A tendência judicial de transformar regras de propriedade “cristalinas” em regras pouco claras foi originalmente analisada por Rose (1988) na *common law*, está presente também na lei civil (vide nota 28).

54. Mesmo se esses estatutos sobre reguladores sejam uma força poderosa, não estamos argumentando que eles igualam a posição da *common law* à do direito codificado. Adicionalmente, a sobre-regulação não é sempre eficiente, tal como demonstra o tratamento judicial dos direitos de posse.

55. Mattei U. *Comparative Law and Economics* The University of Michigan Press 1997.

56. Ichino A, Polo M, Rettore E. Are Judges Biased by Law Market Conditions? *European Economic Review*. 2003;47:913–944.

57. La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A, Vishny R. Legal Determinants of External Finance. *Journal of Finance*. 1997;52:1.131–1.150.

57. La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A, Vishny R. Law and Finance. *Journal of Political Economy*. 1998;106:1.113–1.155.

57. La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A, Vishny R. The Quality of Government. *Journal of Law, Economics, and Organization*. 1999;15:222–279.

58. Djankov S, La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A. The Regulation of Entry. *Quarterly Journal of Economics*. 2002;117:1–37.

58. Djankov S, La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Shleifer A. Courts. *Quarterly Journal of Economics*. 2003;118:453–517.

59. La Porta *et al.* (1998, 1999) afirmam que seu estudo não padece de endogeneidade, pois na maior parte dos casos a origem do sistema legal foi imposta por conquista. Isso é questionável, entretanto, pois não é aplicável nem às forcas colonizadoras nem às antigas colônias, que frequentemente adotaram seus códigos legais após os movimentos de independência – no caso das colônias da Espanha, muitas décadas depois. Além disso, mesmo quando introduziam novas instituições legais, existia uma escolha do sistema e a decisão era, frequentemente, de adiar sua introdução nas colônias, optando implicitamente pela manutenção temporária do antigo sistema, o que permitia grande poder discricionário. Ademais, como uma versão do problema de autosseleção, a variável de origem legal falha ao considerar as instituições legais indígenas. (Berkowitz *et al.*, 2001). A força das instituições indígenas, que tornava desnecessária, mais custosa e menos efetiva a introdução da lei ocidental, tem sido frequentemente negligenciada como fator explicativo. Veja, contudo, Acemoglu, Johnson e Robinson (2002) sobre o efeito potencialmente negativo das instituições précoloniais sobre as taxas de crescimento de longo prazo.

60. Roe MJ. Corporate Law's Limits. *Journal of Legal Studies*. 2002;31:233–271.

61. Algum avanço na direção de análise mais detalhada tem sido conseguido. Veja, por exemplo, Beck, Demirguc-Kunt e Levine (2002), quando defendem a importância da adaptabilidade do sistema legal à evolução das condições econômicas; Acemoglu, Johnson e

Robinson (2002), quando defendem a importância primária das condições locais para o desenvolvimento de fortes instituições de Direito de Propriedade; e Acemoglu e Johnson (2003), que mostram a relação estatística entre crescimento e proteção de direitos de propriedade contra expropriação pelo Estado, mas não entre crescimento e a qualidade das instituições contratuais, uma variável que outros estudos ligam à origem do sistema legal.

62. La Porta R, Lopez-De-Silanes F, Pop-Elches C, e Shleifer A. Judicial Checks and Balances. *Journal of Political Economy*. 2004;112:445–470.

63. West encontrou que o ranking da FIFA, relativo aos times de futebol, tem correlação significativa com a origem dos sistemas legais dos países, 2002.

64. Backhaus JG. Efficient Statute Law. In: Newman Peter, ed. Macmillan 1998;24–28. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. 2.

65. Andonova, V. “Property Rights and the Structure of Political Competition”. Universitat Pompeu Fabra, mimeo. Março, 2003.

#### Leitura Adicional

1. Abril Campoy JM. *La rescisión del contrato por lesión: Enfoque doctrinal y jurisprudencial* Valencia: Tirant lo Blanch; 2003.

2. Acemoglu, D.; Johnson, S. “Unbundling Institutions”. NBER Working Paper 9934, revised version: July, 2003 ([http://econ-www.mit.edu/faculty/download\\_pdf.php?id=660](http://econ-www.mit.edu/faculty/download_pdf.php?id=660), accessed September, 13, 2003).

3. Acemoglu D, Johnson S, Robinson JA. “Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution”. *Quarterly Journal of Economics*. 2002;117:1231–1294.

4. Arruñada, B. e Andonova, V. “Cognition, Judges and Market Order”. Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series* 768, July (<http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?768>, accessed September 2, 2004).

5. Beck T, Demirgüç-kunt A, Levine R. Law and Finance: Why Does Legal Origin Matter? *Journal of Comparative Economics*. 2003;31:653–675.

6. Benson BL. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. *Southern Economic Journal*. 1989;55:644–661.

7. Benson BL. Evolution of Commercial Law. In: Newman Peter, ed. Macmillan 1988;88–93. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. 2.
8. Berkowitz D, Pistor K, Richard J. Economic Development, Legality and the Transplant Effect. *European Economic Review*. 2001;47:165–195 2001.
9. Bernstein L. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*. 1992;21:115–157.
10. Bernstein L. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. *University of Pennsylvania Law Review*. 1996;144:1.765–1.821.
11. Bernstein L. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*. 2001;99:1.724–1.788.
12. Carruthers BG. Politics, Popery, and Property: A Comment on North and Weingast,. *Journal of Economic History*. 1990;50:693–698.
13. Clark G. The Political Foundations of Modern Economic Growth: England 1540-1800. *Journal of Interdisciplinary History*. 1996;26:563–588.
14. Cooter R. Structural Adjudication and the New Law Merchant: a Model of Decentralized Law. *International Review of Law and Economics*. 1994;14:215–231.
15. Ellickson RC. *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* Harvard University Press 1991.
16. Epstein SR. *The Rise of States and Markets in Europe, 1300-1750* Routledge 2000.
17. Greif A, Milgrom P, Weingast BR. Coordination, Commitment and Enforcement: The Case of the Merchant Guild. *Journal of Political Economy*. 1994;102:745–776.
18. Hayek FA. *The Constitution of Liberty* South Bend: Gateway Editions Ltd.; 1960.
19. Hoffmann PT, Postel-Vinay G, Rosenthal J. *Priceless Markets: The Political Economy of Credit in Paris, 1660-1870* Chicago: University of Chicago Press; 2000.
20. Josselin J, Marciano A. The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation,. *European Journal of Law and Economics*. 2002;14:193–203.
21. Milgrom PR, North DC, Weingast BR. The Role of Institutions in

- the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs. *Economics and Politics*. 1990;2:1–23.
22. Moorhouse J, Morriss A, Whaples R. Economics and the Law: Where is There Consensus? *American Economist*. 1999;43:81–88.
23. Osborne E. What's Yours is Mine: Rent-Seeking and the common law. *Public Choice*. 2002;111:399–415.
24. Rose CM. Crystals and Mud in Property Law. *Stanford Law Review*. 1988;40:577–610.
25. Shavell S. Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies*. 1995;24:1–28.
26. West, M. "Legal Determinants of World Cup Success". University of Michigan Law School, *Working Paper* 02-009, 2002. ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=318940](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=318940), accessed April 27, 2003).
- 

\**Stare decisis* é como se indica, no direito anglo-norte-americano, a doutrina pela qual os princípios fixados pelo Tribunal são aplicáveis sucessivamente a outras decisões baseadas em fatos substancialmente similares.

\*A expressão significa que o direito que recai sobre a propriedade de um bem e é exercido tendo por objeto a coisa em oposição aos direitos exercitados contra pessoas.

\*Denomina-se Fórmula ou Regra de Hand à solução desenhada pelo juiz Learned Hand e deduzida no caso *United States versus Carrol Towing Co.*, de 1947, o qual, diante de um caso em que não havia certeza quanto à responsabilidade civil, entendeu que a responsabilidade civil deveria ser imputada a quem causasse dano (social) cujo custo superasse o benefício privado obtido. A regra implica que, em vez de, como no sistema de direito civil, prever ações culposas ou dolosas, parta-se do montante de ressarcimento do dano causado tal que se desencorajam as atividades ilícitas (ou danosas). Com isso se faz recair sobre o responsável os custos sociais de suas ações, construindo-se, com esse mecanismo, o esquema de indução para comportamentos eficientes.



## CAPÍTULO 9

# Mudanças institucionais

Rachel Sztajn e Basilia Aguirre

O Capítulo 9 tem duas contribuições que tratam do tema das mudanças institucionais. A primeira, de Rachel Sztajn, observa a conceitualização jurídica da instituição. A segunda, de Basilia Aguirre, complementa com o aporte da Análise Econômica Institucional.

## Parte I

### Mudança Institucional: A Perspectiva do Direito

Rachel Sztajn

Palavra polissêmica, instituições, do étimo latino *institutio*, de *instituere*, significa tanto o ato ou efeito de instituir, criar, fundar, estabelecer alguma coisa duradoura, quanto organizar, ordenar. Também é empregada para indicar costumes ou estruturas sociais que modelam práticas aceitas e respeitadas em determinada comunidade ou núcleo social.

Tal multiplicidade de significados tem um eixo ou cerne comum: conjunto de princípios e regras (jurídicas ou não), que configuram relações sociais ou grupo de relações sociais. Por isso, a palavra aparece presa a organizações como associações e sociedades, cujas estruturas se destinam a perdurar, de forma ativa, por largos períodos. Nem por outra razão costuma-se dizer que companhias (sociedades anônimas) são instituições, especialmente instituições da economia capitalista, uma vez que, ao limitarem a responsabilidade pessoal dos membros, permitem a aglutinação de valores expressivos de recursos destinados ao

exercício de atividades econômicas de risco. De todo modo, é nítida a ligação do termo com o étimo e a ideia de organização social.

No plano do Direito, a palavra instituição, de que deriva instituto, é, ainda, empregada no sentido de ordenamento jurídico e aqui indica a unificação de elementos diversos que requer um tipo, modelo ou gênero que represente essa unidade. Um dos elementos fundamentais é a duração e a continuidade de uma prática social, de conceitos fundamentais que embasem determinada área de estudo e sobre os quais se apoia a construção subsequente.

Instituições representam a ordenação sistemática da disciplina, os pilares sobre os quais se erige o edifício lógico-normativo. Afirma-se que onde há Direito há sociedade e, inversamente, que não há sociedade sem Direito, reconhecendo-se, implicitamente, que Direito e sociedade são indissociáveis um do outro: o que é jurídico é social e o que é social é jurídico.<sup>1</sup>

Diz-se instituições de Direito Público ou Privado, de Direito Civil ou Comercial, para indicar de um lado o conjunto de princípios informadores dessas matérias e, de outro, os costumes e/ou estruturas sociais, incluindo-se aquele conjunto fruto da lei quanto aos costumes existentes e determináveis em grupos, povos ou Estados e que servem às realizações de ações de interesse social ou grupal.

Não por outra razão diz Hauriou<sup>2</sup> que as instituições compõem conflitos entre pessoas, entre Estado-sociedade (coletividade) em relação necessária entre subjetivismo e objetivismo, formas que se convertem, continuamente, uma na outra e são, por isso, vitais para a realidade jurídica. O jurista considera que uma instituição é uma ideia de trabalho que se concretiza e persiste juridicamente em dado ambiente social e para cuja realização é organizado um poder que lhe fornece os órgãos; de outro lado, afirma, entre os membros do grupo social que têm interesse na realização da ideia, há manifestações comunitárias, dirigidas pelos órgãos competentes e regidas por procedimentos.<sup>3</sup>

Coletividades como as sociedades civis são organizações que desenham instituições baseadas em regras de regularidade dos comportamentos, regras aceitas por consenso majoritário, que facilitam as relações intersubjetivas. Essa é a ideia presente na obra *O Contrato Social*, de Jean Jacques Rousseau, quando trata das relações entre pessoas fundadas em organização social pactada pelos cidadãos.

O ordenamento jurídico, entendido como instituição social, pode ser visto, a par de um fenômeno normativo, como um modo de ser da realidade social, ou seja, é a sociedade que define o fato e o elemento normativo. Para Santi Romano, o ordenamento é não apenas a reunião de normas jurídicas, porque a norma é um epifenômeno resultante da organização, estrutura e posição na

sociedade, sendo ela mesma uma instituição.<sup>4</sup>

Algumas instituições são personificadas, entre elas, por exemplo, o Estado, as sociedades e as associações entre particulares, entre eles e o Estado, e outras que não o são, sem que, por isso, percam o caráter de organização criada para disciplinar interesses sociais. Em comum, essas instituições têm a ideia de organização da atividade a ser desenvolvida por um grupo de pessoas e a imputação de competências, de exercício de poder para realizá-la; a aceitação das regras emanadas desse poder se impõe sobre todos os membros daquele grupo.

Cabe ao direito reconhecer o objeto ordenado, disciplinado e valorizado, para o que se exige que tal objeto se protraia no tempo de forma estável ou razoavelmente estável. Daí ser o tempo de duração elemento importante na ideia de instituição. Mudanças pontuais não desfiguram a instituição, sua estrutura, sua individualidade.

Pode-se reconhecer dois modelos de ordenação de normas, aquele das normas positivadas e o das consuetudinárias, ambos aptos, como instituição social, que dispõem, conforme o espírito já apontado de organização, de autoridade para recepcionar ou formular regras de conduta das pessoas, normas que incentivem comportamentos ou, ao contrário, inibam os indesejáveis mediante critérios de premiação e punição.

Dado que via nas instituições entes reais e não conceito sistemático, ideal ou abstrato, Santi Romano prende o conceito de Direito ao de sociedade, afirmando ser ela não mera relação entre pessoas, mas uma unidade concreta e distinta delas, constituída ou efetivamente organizada pelo que o conceito de Direito contém a ideia de ordem social.

As dificuldades existentes nas duas concepções, a de Hauriou e Santi Romano no que concerne às instituições, quer como realidade, coisa, quer como organizações hierárquicas, acabaram por levar à revisão das concepções de sorte que Massimo La Torre fala em institucionalismo antigo e novo ou neoinstitucionalismo, apresentando como expoentes Neil MacCormick e Ota Weinberger. Eles pensam em instituições jurídicas e não jurídicas ou extrajurídicas, o que significa que, mesmo que sejam ordenamentos normativos, não são jurídicos. Nas sociedades modernas, convivem múltiplos ordenamentos sociais ao lado do ordenamento jurídico. Esse geral recai sobre toda a sociedade, aqueles sobre grupos determinados.

Massimo La Torre<sup>5</sup> critica as posições de Weinberger e propõe o seguinte conceito de instituição, vista como regra ou norma constitutiva de um costume: “Instituição é uma praxis efetiva. A norma é condição de validade se e apenas se sua enunciação ou formulação (1) for condição de possibilidade de uma

instituição, ou (2) for autorizada por uma das normas conforme o item aparente (1).

Filósofos do Direito ligam normas jurídicas a práticas sociais, reconhecendo que o Direito se abebera, parte dessa fonte, nos costumes e, mediante processo de sucessivas abstrações, desenha institutos jurídicos e leis ou normas jurídicas seja no sistema de Direito codificado seja no modelo consuetudinário. Explica-se por que, para alguns doutrinadores como, por exemplo, Santi Romano, o Direito seja caudatário e tenha posição secundária diante das normas institucionais de organização social. Disso resultaria que o Direito deveria ser plástico, flexível, ágil no recepcionar de todas e quaisquer mudanças substanciais do substrato social para, em seguida, refleti-las.

A história do conceito de instituição tem origem no período medieval resultante da tradição canônica com Sinibaldo de Fieschi, que se ocupava das organizações de pessoas jurídicas, das corporações cujo substrato eram o *collegio* e os bens, a massa patrimonial destinada à realização dos fins cuja livre disposição pelas partes não era permitida em virtude da existência de autoridade hierárquica. A partir daí é que Hauriou se refere a um poder de governo autorizado como elemento institucional presente em cada corporação. A instituição é considerada como ente que existe e age por força de uma autoridade hierárquica que a dirige.

Otto Von Gierke, de sua parte, é institucionalista que propõe concepção pluralista e societária do Direito, partindo de análise histórica das comunidades e corporações medievais. Aponta a aptidão de todos os organismos sociais para criarem normas.

Como qualquer outro organismo ou organização, pública ou particular, devem atender a necessidades sociais, isso é indiscutível, porém as necessidades sociais seguem um padrão histórico, há ligação entre práticas sociais e expectativas sociais decorrentes de fatos passados, de decisões anteriormente tomadas, no que se denomina *path dependency*. O rompimento com a história costuma provir de revoluções, inconformismo geral, mais do que de mudanças legislativas.

Entretanto, o operador do Direito formado no sistema do Direito Civil (codificado) parte da visão de que as regras positivadas dão aos agentes maior segurança quando na tomada de decisões; conhecendo, desde logo, os efeitos que cada ação ou negócio gera, a previsibilidade induz a uma ou outra decisão e dá maior segurança porque ninguém será punido por praticar o que a lei prevê como desejável. Essa é uma das razões pelas quais o Direito codificado é mais lento do que a *common law*.

Instituições pensadas como organizações sociais que desenham um corpo de regras constituem organismo unitário, passível de relações com outros

organismos da mesma espécie, não se confundem com instituições que refletem o processo constitutivo do Direito e, nesse sentido, é que se pode falar em mudanças institucionais uma vez que o complexo de relações ordenadas, uniformes e permanentes no tempo e no espaço não é imune a mudanças. Sociedade e instituições são sistemas abertos que se autoinfluenciam e alteram permanentemente. Resta compreender em que medida o sistema de direito positivo se ajusta a essa realidade.

Há, na vida cotidiana das pessoas, atos, relações, escolhas que, para o Direito, são objeto de valoração e, portanto, recepcionados pelo sistema. Direito e ordenamento jurídico são conceitos distintos. Ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas vigente em um país, normas emanadas do Estado. Outras normas ou regras de comportamento podem ser criadas pelas comunidades, devendo ser harmônicas com as normas estatais. Usualmente se denomina sistema jurídico ao ordenamento estatal porque se supõe que o conjunto de normas seja completo, ou completável mediante a aplicação de regras de interpretação das normas jurídicas.

A ideia de sistema completo e fechado vem sendo abandonada em face do reconhecimento de que, como Ciência Social aplicada, o Direito (ordenamento) não pode ignorar o fato de que transformações institucionais, resultado de mudanças sociais, algumas decorrentes de mudanças tecnológicas, outras de busca de novos valores sociais, outras, ainda, resultantes de avanço do conhecimento em áreas tradicionais do saber, geram novas necessidades e demandam outra formulação normativa. A velocidade das comunicações, por exemplo, tem como resultado imediato a globalização, causa de profundas mudanças institucionais nem sempre refletidas nas normas de Direito positivo. Não menos verdadeiro é que o avanço do conhecimento na área de saúde (biotecnologia) provoca debate entre grupos religiosos e leigos quanto ao que seja vida, uso de células-tronco embrionárias, morte cerebral e transplante de órgãos, questões que não se punham até poucos anos e, portanto, não há, a respeito, previsão normativa.

Moral, ética, regras de direito canônico estão em choque e influirão nas escolhas de política legislativa; tais choques reduzem a velocidade das mudanças normativas que, para muitos, é essencial para aumentar a qualidade de vida de pessoas acometidas de moléstias genéticas.

O Direito, costuma-se dizer, assim como o jurista, é conservador, move-se vagarosamente quando deveria ser célere. Contudo, a lentidão na recepção de novas experiências deriva seja da história de cada povo, do sistema jurídico vigente no país, na reformulação do quadro normativo. De outro lado, o sistema legislativo bicameral de votação das leis pelo Congresso Nacional torna possível

a captura de congressistas que, ao privilegiarem certos grupos de pressão, terminam por impor algum viés normativo que nem sempre reproduz instituições sociais.

A consolidação das práticas e sua recepção, por meio do procedimento de abstrações, leva a certo descompasso entre práticas sociais e normas jurídicas positivadas, as leis formalmente aprovadas pelo Legislativo, sancionadas pelo Executivo e aplicadas pelo Judiciário.

Por isso é que se pensa o Direito como manifestação orgânica dos interesses e práticas da comunidade, daí que o elemento social deve estar sempre presente nas normas positivadas. Importa acentuar que o sistema normativo é, ele mesmo, uma instituição social, o que inclui tanto o Direito emanado do Estado quanto normas sociais, usos e costumes, práticas, decorrentes das inter-relações humanas.

Dado que o Direito reconhece e denomina instituições aos conceitos fundamentais informadores da ciência jurídica, o pluralismo conceitual referido anteriormente fica marcado. Santi Romano é, possivelmente, o doutrinador que melhor reflete essa questão.

Tomando como instituição social o Direito, é tradicional sua divisão entre ramos, sendo o mais conhecido, baseado em relação hierárquica, o que separa Direito Público do Privado, caracterizado pelo fato de as relações jurídicas serem analisadas sob o plano da igualdade ou horizontalidade. Essa classificação, em que o Estado é o centro de poder, pode estar sendo esmaecida tanto em razão da organização de blocos supranacionais, como a União Europeia, a ALCA, Mercosul, como também em face de certa publicização de algumas áreas da atividade privada.

É que a noção de igualdade formal entre particulares que se seguiu à Revolução Francesa provou-se incorreta porque há desigualdades materiais (assimetria informacional é a mais simples delas) que levam ao estabelecimento de normas tutelares daqueles mais vulneráveis.

Nesse sentido, a mudança institucional do Direito é clara e firme. Bastaria lembrar a legislação consumerista e a inversão do ônus da prova para compreender como o Direito tenta equilibrar relações entre particulares que, de outra forma, poderiam gerar efeitos perversos.

Outros aperfeiçoamentos dependem da compreensão do fato de que o sistema jurídico é aberto, que as comunidades podem fazer normas dotadas de sanção, para repetir o ensinamento de Norberto Bobbio e reconhecer que esta instituição social — o Direito — é um sistema de prêmios e punições que visa a dar estabilidade às relações sociais.

## Parte II

# Mudança Institucional: A Perspectiva da Nova Economia Institucional

Basilia Aguirre

Da perspectiva da Teoria Econômica o estudo da mudança institucional tem granjeado um interesse crescente. A perplexidade ante ao fato, inúmeras vezes repetido, de uma mesma política econômica, em situações semelhantes, redundar em resultados diferentes aumentou a consciência de que as instituições produzem consequências sobre o desempenho econômico. O rápido acúmulo de contribuições à literatura sobre o assunto torna muito difícil a tarefa de reunir as principais conclusões. A proposta deste texto é discutir alguns dos mais importantes aportes, enfatizando o que eles apresentam de inovação, como se relacionam e quais são as lições que podem ser extraídas do conhecimento existente sobre mudança institucional.

Para tanto, em primeiro lugar, vamos discutir como a Teoria Econômica considera as instituições e a mudança institucional, indicando qual o conceito de instituição com o qual se trabalhará. Passa-se então ao que pode ser considerado equilíbrio institucional relacionando o conceito com a ideia de eficiência institucional. Em seguida apresenta-se o dilema entre mudança e estabilidade. Finalmente, discutem-se as fontes da mudança das instituições, o que implica explorar, simultaneamente, as razões da resistência institucional.

## Mudança Institucional

A compreensão da ideia da mudança institucional e da sua relevância passa, em primeiro lugar, pelo significado das instituições. Segundo North,<sup>6</sup> instituições são as regras do jogo, enquanto as organizações são as equipes que jogam o jogo. Essa definição, apesar de didática, encoberta o fato de que as organizações não podem ser consideradas como tal na ausência de regras. Se, no futebol, o time não souber que, para vencer o jogo, é necessário chutar contra o gol do adversário, não pode ser considerado uma organização. Dessa forma, a interação entre as instituições e as organizações é muito mais complexa do que a definição de North deixa transparecer.

Outros autores, como Riker,<sup>7</sup> definem instituições como regra de comportamento. Existem, ainda, aqueles que consideram as instituições padrões de comportamento e não regras do jogo. Nesse caso, as instituições seriam regularidades de comportamento produzidas a partir de regras existentes. Nesse grupo, encontram-se autores como Schotter.<sup>8</sup> Referência válida para trabalhar com o conceito de instituições é a de Ostron.<sup>9</sup> Segundo a autora, as instituições podem ter como referência as regras e, para ela, as regras têm duas dimensões que não podem ser deixadas de lado: a primeira é que são configuracionais, vale dizer, as regras não têm sentido isoladamente; de outro lado, as regras não afetam diretamente o comportamento, mas a estrutura de uma situação, ou seja, as regras especificam um conjunto de resultados possíveis.

O estudo de regras individualmente é não efetivo na medida em que a consequência de qualquer regra depende da configuração do ambiente no qual ela está inserida e, como regras especificam um conjunto de resultados possíveis, há regras proibindo ações, outras permitindo um conjunto de ações ou, em alguns casos, especificando uma determinada ação particular. Apenas no último caso a regra afetaria o comportamento diretamente.

Essa forma de ver as instituições tem implicação importante para o estudo da mudança institucional uma vez que deixa aberto o espaço para que mudanças no curso de uma ação provoquem mudanças institucionais sem que, necessariamente, as regras formais sejam alteradas, apenas por induzir outro conjunto de escolhas de ação para os atores envolvidos. Assim, a ideia de que instituições são conjuntos de regras que estabelecem conjuntos de ações possíveis atende ao escopo visado.

Além de definir o que são instituições, é também imperativo determinar qual a razão da sua existência. Existem três visões básicas a respeito: em primeiro lugar, há o entendimento de que instituições são produto da ação deliberada na busca da eficiência, visão não corroborada pela Nova Economia Institucional; em segundo lugar, há a percepção de North de que instituições existem, principalmente, para reduzir a incerteza nas relações sociais e, finalmente, existe uma concepção, que aparece principalmente em Williamson, de que as instituições desempenham importante papel no que se refere à redução do conflito potencial existente na maioria, senão em todas as relações sociais. Mais adiante, retomam-se essas perspectivas para discutir as causas das resistências às mudanças.

Como muito propriamente enfatizou North, existem instituições formais e instituições informais, sendo que o processo de mudança de cada um desses conjuntos difere em função da sua natureza. A diferença básica entre instituições formais e informais é que as primeiras são produto de processo de escolha



deliberada dos atores. Esse processo de escolha pode ser de vários tipos, mas é sempre possível reconhecê-lo quando se trata de mudança institucional formal. No caso da instituição informal, é, em geral, difícil identificar seu surgimento, porque são difusas, são encontradas no dia a dia do comportamento social dos indivíduos e a ele incorporadas por meio de processo muitas vezes não percebido.

Retomando o processo de mudança institucional, o formal é mais fácil de ser analisado do que o informal. Os atores são reconhecíveis, a arena é delimitada, as regras da decisão preestabelecidas, enquanto na mudança informal não é fácil identificar quais são os atores, quais as regras de decisão e quais as alternativas disponíveis. A gênese de cada um dos tipos de instituição explica por que as informais são mais resistentes a mudanças do que as formais. Um processo de mudança institucional formal pode ser desencadeado deliberadamente através dos fóruns competentes. A mudança institucional não dispõe de arenas específicas.

Há, portanto, dois tipos de mudanças institucionais: a formal e a informal; cada uma delas com forma própria de ser produzida. A literatura tem avançado na explicação das mudanças formais, sendo o principal trabalho nessa área o de North. Quanto à mudança informal, há algumas tentativas de explicação, ainda insuficientes. No entanto, antes de discutir as razões das mudanças, apresenta-se o conceito de equilíbrio institucional, necessário para a discussão da mudança e que traz à baila a questão da eficiência institucional.

## **Equilíbrio E Eficiência Institucional**

Partir da ideia de equilíbrio facilita discutir as razões da mudança institucional. Como nas demais circunstâncias, em Economia, na qual a ideia de equilíbrio é utilizada, no caso das instituições também é possível definir uma situação de equilíbrio que será aquela na qual estejam ausentes as forças que a impulsionam, ou, segundo North, a situação na qual nenhum dos agentes estiver interessado em despendendo recursos para alterar os acordos.

Ao contrário da ideia do equilíbrio na Teoria Econômica tradicional, ao equilíbrio institucional não estaria, necessariamente, relacionado um estado eficiente. Usando o conceito de satisfatório, de Williamson,<sup>10</sup> a partir da suposição de racionalidade limitada de Simons, ou mesmo da ideia de incerteza na visão de Keynes, empregada por North, muitos autores, entre eles os próprios North e Williamson, questionam a possibilidade de o equilíbrio institucional ser necessariamente associado a uma solução eficiente.

North, por exemplo, argumenta que as instituições existem porque há

incerteza. E, com base no pensamento de Armen Alchian, argumenta que ninguém sabe a resposta correta para o problema que enfrentamos e que, portanto, ninguém consegue, de fato, maximizar o lucro. Dessa forma, o único tipo de eficiência que é possível almejar é a que define como eficiência adaptativa, que tem a ver com os tipos de regras que conformam o modo como a Economia evolui ao longo do tempo. A estrutura institucional desempenha o papel principal no grau em que a sociedade e a Economia encorajam tentativas, experimentos e inovações que caracterizam a eficiência adaptativa. Eficiência adaptativa é, pois, conceito dinâmico, não estático como o de eficiência econômica.

Eficiência adaptativa e equilíbrio institucional são conceitos que podem estar contrapostos, pois significam, respectivamente, mudança e estabilidade, de sorte que se passa a discutir a relação entre eles dentro do quadro da economia institucional.

## ***O Trade-Off Entre Mudança E Estabilidade***

Se incerteza é a principal razão para a existência das instituições, e sua estabilidade é garantia de subsistência, regras não estáveis, que são alteradas discricionariamente ou que não são obedecidas, não preenchem o requisito de reduzir a incerteza e, dessa forma, não se qualificam como instituições. Segundo North a “Estabilidade é garantida por um conjunto complexo de restrições que incluem regras formais aninhadas em uma hierarquia, onde cada nível representa uma mudança mais custosa que a do anterior” (vide nota 6).

Por outro lado, a estabilidade de uma regra, que faz dela uma instituição, não garante a eficiência dos resultados obtidos. Isso significa que, em muitas situações, mudanças são altamente desejáveis.

Estamos, portanto, diante de um dilema que atravessa toda a literatura de economia institucional e que recoloca a ideia do equilíbrio institucional. Por um lado, tem-se a necessidade de estabilidade, condição para a redução da incerteza; por outro, tem-se a necessidade de mudança imposta pela busca da eficiência adaptativa. Estabilidade e mudança são dois extremos que podem estar em conflito na busca pela estrutura institucional que potencialize o desempenho econômico. O excesso de estabilidade pode embutir perda de oportunidades e a consequente estagnação; o excesso de mudança pode trazer incerteza e a consequente paralisia. Ambos os elementos, se mal dosados, podem ocasionar resultados desastrosos. Na verdade, são dois extremos de um mesmo contínuo que, para desempenharem papel virtuoso, necessitam ser contrabalançados.

A busca pela mudança institucional que tem sido tão propalada e desejada

pode embutir efeitos danosos se não vier acompanhada da estabilidade necessária. O equilíbrio entre os dois extremos pode ser a chave para a explicação da ocorrência de arranjos institucionais que magnifiquem as potencialidades de sucesso econômico, dada determinada situação.

## **As Fontes Da Mudança E/Ou Da Resistência**

Uma vez apresentados os conceitos de instituição, equilíbrio institucional e eficiência, no contexto das instituições, pode-se explorar as causas da mudança e/ou resistência à mudança institucional. É importante lembrar que há dois tipos básicos de instituições que apresentam processos de mudança bastante diferentes. A discussão é iniciada com a mudança institucional formal.

Segundo North, instituições são criações dos seres humanos e, portanto, evoluem e são modificadas por seres humanos. Vale dizer que não existe poder superior ou sobrenatural a determinar a criação de uma instituição. Daí segue-se que a base para a determinação das instituições está na esfera da escolha individual. Contudo, a escolha individual, no contexto da Economia Institucional, difere muito da que ocorre na teoria neoclássica porque, ao incluir, explicitamente, incerteza e racionalidade limitada na análise, a Economia Institucional incorpora dimensões não tratadas na análise tradicional e que trazem consequências significantes. Os atores, na Economia Institucional, não possuem conhecimento perfeito e, muito menos, são capazes de processar plenamente as informações imperfeitas que detêm. Necessitam proceder segundo as percepções que têm a respeito da realidade e, devido a esse fato, a capacidade de decifrar o ambiente é elemento crucial na análise de North. Os indivíduos vão agir tentativamente na busca da eficiência adaptativa. Não que eles não queiram acertar, o problema é que não sabem qual é a resposta correta para seus problemas e vão buscá-la na base da tentativa e do erro.

Vem daí uma das primeiras lições de North: as mudanças institucionais se processam de forma incremental. As alterações que vêm para ficar, na maioria das vezes, se iniciam de forma tímida, quase imperceptível. Essa percepção de North tem contrapartida na visão de Nelson e Winter<sup>11</sup> de que as inovações ocorrem através de processos que buscam melhorias na margem.

As grandes mudanças institucionais, na maior parte das vezes, têm muito mais de passado do que de futuro. North lança mão de vários exemplos históricos para basear sua afirmativa, como, por exemplo, a Revolução Francesa ou a Revolução Russa. Uma das razões de por que mudanças descontínuas não são tão revolucionárias quanto podem parecer de início é que, mesmo quando as regras formais mudam, as informais podem continuar em vigor mantendo boa parte da

situação pré-mudança formal.

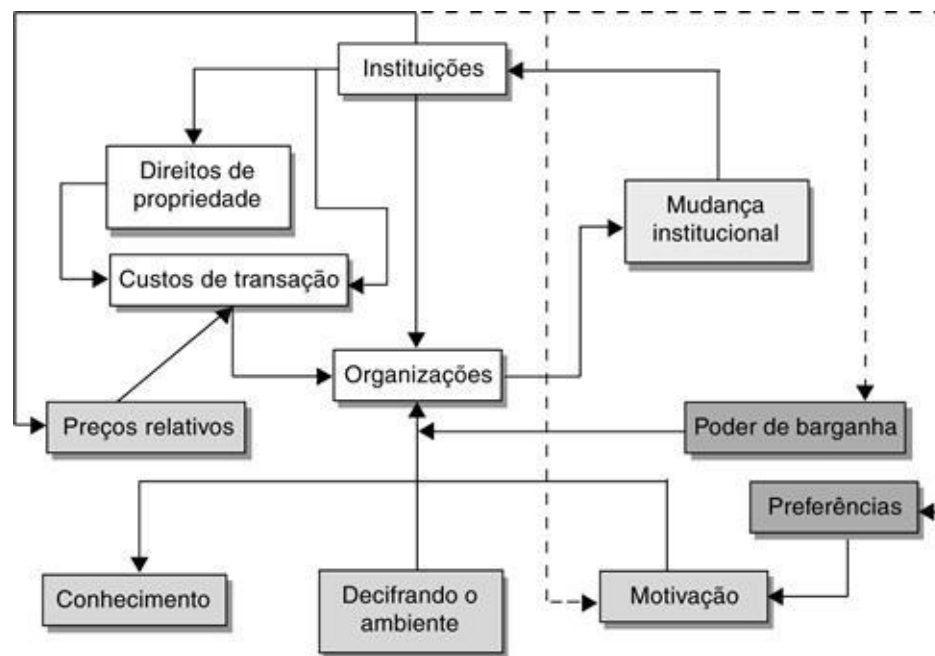
Além disso, as mudanças institucionais formais ocorrem dentro das organizações, e o motor principal dessas mudanças são as variações nos preços relativos associados à demanda derivada por conhecimento. Mudanças nos preços relativos reconfiguram o conjunto de oportunidades disponíveis para uma organização no caminho da eficiência adaptativa e se constituem no grande elemento indutor das mudanças. Por sua vez, o acúmulo do conhecimento relevante para o desempenho de uma organização pode ser uma das fontes mais eficazes de mudança nos preços relativos. Inovações tecnológicas geradas no seio de organizações são peças-chave na busca de eficiência adaptativa. Apesar de elemento necessário, as variações nos preços relativos não são, como defenderia a teoria neoclássica, elementos suficientes para a mudança.

Isso leva a considerar quais serão as causas das resistências a mudanças institucionais. Existem dois conjuntos principais de elementos que explicam as resistências a mudanças institucionais formais. O primeiro deles é o mesmo que explica a existência das instituições, segundo North, a saber, os elementos que aumentam a incerteza. A falta de segurança em relação às condições que vão imperar numa nova situação é, em muitos casos, o principal fator determinante da manutenção de uma situação que pode ser indesejada pela maioria dos atores. Mudanças muito abrangentes como, por exemplo, reformas tributárias, deverão ocorrer em cenário de completa remodelação das relações preexistentes e gerar dificuldades muito grandes para a identificação de qual será a posição final de cada um dos atores na nova situação, provocando paralisia decisória.

O segundo conjunto de elementos resulta do grau de conflitos envolvido em determinada situação candidata a mudança institucional. Como visto anteriormente, Williamson considera que os conflitos, juntamente com a incerteza, desempenham importante papel na constituição das instituições. Da mesma forma, podem desempenhar papel importante no desenvolvimento de resistências a mudanças, na medida em que existam grupos de interesse com poder suficiente para frear tentativas de alterações das regras existentes. A questão importante a ser respondida é se existem formas críveis de ofertas de compensação para eventuais perdedores. Mesmo assim, pode haver circunstâncias nas quais não seja possível implementar medida compensatória e, nesse caso, outros elementos, como critérios de justiça, segundo Sen,<sup>12</sup> podem ser necessários para determinar a ocorrência da mudança. É claro que, em casos como esse, os valores e crenças dominantes na sociedade estabelecerão os padrões a serem adotados.

Esquema simples de mudança institucional pode ser apresentado a partir do trabalho de North, apresentado na [Figura 9.1](#). Como indicado, a mudança surge

no seio das organizações e é induzida por mudanças endógenas (através do acúmulo do conhecimento) ou exógenas, dos preços relativos. Ela depende ainda da forma de decifrar o mundo dos atores e suas preferências, que estabelecem as motivações. Mudanças nas motivações e preços relativos descortinam novas oportunidades que colocam em marcha o motor da transformação. Esta, contudo, pode não se materializar e depender das circunstâncias determinantes do grau de incerteza quanto à mudança e do poder de barganha dos atores em ação.



**FIGURA 9.1** Esquema da mudança institucional.

No que toca à mudança institucional informal, o conhecimento acumulado não é muito esclarecedor. De North, extraímos que ela é de difícil entendimento, que seus processos são, na maioria das vezes, desconhecidos e que muito do que se descobriu sobre a mudança institucional formal pode ser aplicado, de forma menos precisa, a mudanças institucionais informais.

A explicação da mudança institucional informal constitui, hoje, desafio para a Economia Institucional, porque não apenas afeta as instituições formais mas, principalmente, porque o custo do *enforcement* da instituição informal tende a ser sempre muito inferior ao da instituição formal. Dessa forma, quanto mais um sistema se baseia em instituições informais, menores serão os custos de transação ou, como bem definiu Arrow,<sup>13</sup> os custos do funcionamento do sistema econômico.

## Notas E Referências Bibliográficas.

1. MODUGNO F. “Istituzione” *Enciclopedia del Diritto*. vol XXIII, Giuffrè Editore.
2. Hauriou Maurice. *Teoria dell’istituzione e della fondazione* Tradução italiana. Giuffrè Editore 1967.
3. *Op. cit.* p. 13.
4. Citado por Franco Modugno no verbete “Istituzione” da *Enciclopedia del Diritto* cit.
5. La Torre M. *Norme, istituzioni, valori — Per una teoria istituzionalista del diritto* Editore Laterza 1999; p. 142.
6. North D. *Institutions, institutional change and economic development* Press Syndicate of the University of Cambridge 1991.
7. Riker WH. Implications from the disequilibrium of majority rule for the study of institutions. In: Ordeshook PC, Shepsle KS, eds. *Political Equilibrium* 3-24. Kluwer-Nijhoff 1982.
8. Schotter A. *The economic theory of social institutions* Cambridge University Press 1981.
9. Ostron E. An agenda for the study of institutions. *Public Choice*. 1986;48:3–25.
10. Williamson O. The Economics of Governance: framework and implications. In: Langlois RN, ed. *Economics as a Process: Essays in the New Institutional Economics*. Cambridge University Press 1986;171–202.
11. Nelson RR, Winter S. *An Evolutionary Theory of Economic Change* Cambridge, Mass: The Belknap Press; 1982.
12. Sen A. *Desenvolvimento como liberdade* Companhia das Letras 1999.
13. Arrow KJ. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market Versus Non-market Allocation. In: U.S. Government Printing Office: Washington, D.C.; 1969;59–73. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*. 1 U.S. Joint Economic Committee, 91th Congress, 1st Session.

## CAPÍTULO 10

# Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil<sup>1</sup>

Armando Castelar Pinheiro

## Introdução<sup>2</sup>

Tanto no Direito como na Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado. Sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas a pequenos grupos.

Como observa Williamson,<sup>3</sup> a Economia e o Direito fazem essa suposição sem se indagar, com a devida profundidade, em que medida ela corresponde aos fatos. Para ele, essa falta de questionamento ocorre essencialmente por conveniência, pois permite “a divisão de esforços onde os economistas estão preocupados com os benefícios econômicos da especialização e troca, enquanto os especialistas em leis focalizam as técnicas das leis contratuais”. Para Williamson, essa simplificação gera uma interpretação viesada da realidade, que subestima a importância dos mecanismos utilizados pelos agentes econômicos para “contratar fora das estruturas públicas, considerando o ordenamento privado”. Com isso, exagera-se a importância dos contratos formais e do Judiciário como instituições econômicas.

Para esse autor, o hiato entre o desempenho teórico do Judiciário e aquele observado na prática é uma das razões por que a atividade econômica, por vezes, se organiza de formas não canônicas, buscando reduzir custos de transação e



preservar relações que envolvam investimentos específicos. Em especial, a impossibilidade de elaborar contratos suficientemente completos, a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais e o interesse das empresas em proteger relações de longo prazo do inevitável desgaste de uma demorada e imprevisível disputa judicial fazem com que a própria atividade econômica se organize de forma a evitar conflitos e permitir a adaptação dos contratos.

Contudo, por que, ou em relação a que, esse hiato existe, e em que grau ele é maior em certos contextos do que em outros? Essas são questões importantes e pouco estudadas. Se a organização da atividade econômica reflete, em parte, a necessidade de adaptações ao hiato de desempenho do Judiciário, quanto maior ele for, maiores devem ser as adaptações necessárias e, a princípio, o seu impacto sobre o desempenho da economia. Não surpreende, portanto, que esses temas venham despertando a atenção de um número crescente de analistas que, em particular, têm procurado avaliar o grau em que um bom desempenho do Judiciário acelera o crescimento econômico.

Comparativamente, pouco tem sido feito, não obstante, para avaliar os fatores que levam o Judiciário a não funcionar como supõem o Direito e a Economia. O objetivo deste trabalho é ajudar a compreender melhor essa questão, a partir de uma pesquisa realizada com 741 magistrados brasileiros, das Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, que buscou entender a sua visão sobre os problemas enfrentados pelo Judiciário e as suas relações com a economia.<sup>4</sup> O artigo está estruturado em cinco seções além desta introdução. A próxima discute brevemente alguns dos trabalhos anteriores sobre o Judiciário brasileiro, enquanto instituição política e econômica, dando o pano de fundo da análise que segue. A terceira seção mostra como os magistrados avaliam o Judiciário. A quarta seção analisa os fatores que contribuem para reduzir a agilidade e a previsibilidade da Justiça. A quinta seção discute a visão dos juízes sobre a Economia. A última seção resume as principais conclusões.

## **O que diz a literatura?**

O Judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios, o mais visível dos quais é a sua falta de agilidade, um problema que se tornou mais agudo com a Constituição de 1988 e o grande crescimento da demanda por serviços judiciais que ela ocasionou. Pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados consideravam a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente. Mais significativo ainda, 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com os 7% dos entrevistados



que responderam ser a Justiça rápida. De fato, uma pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à Justiça. Numa outra pesquisa, feita pelo Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que “o problema do Brasil não está nas leis, mas na Justiça, que é lenta”, e 80% achavam que “a Justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo”.

Pinheiro<sup>5</sup> reporta o resultado de duas pesquisas com empresários que mostram também haver um grande descontentamento com o Judiciário. A Justiça no Brasil é vista como muito lenta, e uma parcela relevante dos empresários também reclama dos custos de acesso. As pequenas empresas, em particular, encaram o custo de acesso à Justiça como proibitivo e só têm contato com ela quando acionados. Também para as empresas de grande porte, observa-se um padrão semelhante de comportamento, com a estruturação de suas operações de forma a evitar contato com o Judiciário, exceto pela área tributária, no qual a morosidade da Justiça é vista por uma parcela (minoritária) das empresas como eventualmente benéfica.

O descontentamento em relação à Justiça não é, porém, um fenômeno recente ou restrito ao Brasil, mas um sentimento antigo e amplamente disseminado. Por toda parte, severas críticas são feitas ao modo de funcionamento da Justiça, inclusive pelos próprios magistrados.<sup>6</sup> No caso do Brasil, é consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas — isto é, de um perfil institucional e administrativo historicamente sedimentado. E também que os problemas decorrentes dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e pela má formação de boa parte da magistratura e daqueles que, mais amplamente, poderiam se designar como “operadores do direito”: procuradores, advogados e funcionários dos diferentes órgãos do sistema de justiça. Na visão de muitos analistas, o Judiciário brasileiro ter-se-ia amoldado, ou acomodado, a essas raízes históricas; a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje praticamente a permanência de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos. Uma consequência da aceitação quase fatalista desse alegado traço cultural seria o excessivo recurso a argumentos processuais, em detrimento de decisões substantivas sobre o mérito das questões — tendência que reforça a descrença de grande parte da sociedade quanto a resolver seus conflitos pela via judicial.

Não deixa de surpreender, portanto, o contraste entre, de um lado, a elevada insatisfação com o Judiciário e, de outro, o pouco conhecimento disponível sobre esse poder. Em particular, poucos trabalhos sobre o Judiciário brasileiro

têm procurado saber a visão dos próprios juízes sobre as transformações e os desafios pelos quais passa essa instituição. Duas exceções importantes são os trabalhos de Sadek<sup>7</sup> e Vianna *et al.*<sup>8</sup> Sadek analisa os resultados de uma pesquisa com 570 juízes das justiças estadual e federal nos estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás e Pernambuco, que teve como foco a opinião sobre a chamada “crise do Judiciário”. A pesquisa cobriu algumas das questões tratadas nas próximas seções, e a discussão desses resultados será realizada a seguir nesse contexto. Cabe aqui destacar, porém, que esse trabalho pesquisa pela primeira vez o princípio da não neutralidade do juiz, que, de acordo com Vianna *et al.*, consiste em

*“o grau de adesão do magistrado brasileiro ao léxico do positivismo jurídico, o seu compromisso com a noção de certeza jurídica e com o primado do legislador sobre o seu próprio, pondo-o diante da opção: deve o juiz ‘reproduzir o direito, isto é, explicitar por meios puramente lógico-formais o conteúdo de normas jurídicas já dadas’, ou, alternativamente, produzi-lo?” (itálicos no original).*

Sadek obtém que 73,7% dos juízes entrevistados “concordam inteiramente” ou “concordam muito” com a opinião de que “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais”, ainda que “apenas” 37,7% tenham se posicionado da mesma forma sobre a opinião de que “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”. Esses resultados contrastam com a visão tradicional que se tem dos juízes, preocupados acima de tudo com a correta aplicação da lei.<sup>9</sup> Eles introduzem também a ideia de que os magistrados se dispõem a sacrificar a previsibilidade e a imparcialidade em favor da justiça social.

A não neutralidade dos magistrados e outras questões cobertas por Sadek são retomadas por Vianna *et al.*, que analisam ampla pesquisa com 3.927 magistrados, 3.166 dos quais em atividade. Os magistrados que participaram da pesquisa distribuem-se por todas as regiões do país e pelas Justiças militar, federal, trabalhista e estadual, sendo que 2.947 dos respondentes pertencem a este último ramo da Justiça. O tema da neutralidade é introduzido em duas questões da pesquisa. Em relação à primeira, cujas respostas são reproduzidas na [Tabela 10.1](#), obtém-se que 83% dos magistrados concordam com a assertiva de que “o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social.” Essa posição é amplamente majoritária entre os magistrados de primeiro e segundo grau e entre os ministros de tribunais

superiores.

**Tabela 10.1**

**Identificação com a não neutralidade do Judiciário (%)**

Assinale a proposição com a qual mais se identifica	Juízes de 1ª Grau em Atividade	Juízes de 2ª Grau em Atividade	Ministros em atividade e inativos	Total
1) O Poder Judiciário não é neutro; em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social	83,5	79,1	76,1	82,9
2) A não neutralidade do Judiciário ameaça as liberdades, e a mudança social não deve ser objeto de apreciação por parte desse poder	16,5	20,9	23,9	17,1

Fonte: VIANNA, L. W., CARVALHO M. A. R., MELO M. P. C. e BURGOS M. B., O Perfil do Magistrado Brasileiro, Projeto Diagnóstico da Justiça, AMB/IUPERJ, 1996.

A segunda questão a respeito da não neutralidade do Judiciário oferecia um menu de quatro tipos de atuação social não neutra e solicitava ao magistrado indicar aquela com a qual ele mais se identifica. Observa-se na [Tabela 10.2](#) que as respostas ficaram polarizadas entre a terceira e a quarta opções, com uma predominância daquela. Assim, 62% dos magistrados identificaram-se predominantemente com a visão de que “o magistrado participa da consolidação democrática na medida em que age como fiel intérprete da lei, produzindo sentenças com independência das pressões sociais”. Note-se, no entanto, que 26% dos magistrados disseram que se identificavam mais fortemente com a proposição de que “a magistratura que, por definição, não está comprometida com a representação de interesses deve exercer um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades entre regiões, indivíduos e grupos sociais.”

**Tabela 10.2**

**Identificação com tipos de não neutralidade do Judiciário (%)**

Assinale a proposição com a qual mais se identifica	Juízes de 1º Grau em Atividade	Juízes de 2º Grau em Atividade	Ministros em atividade e inativos	Total
1) O Poder Judiciário — em uma sociedade atrasada e que favorece políticas de clientela e de dominação patrimonial — compõe uma elite que exerce ação pedagógica para a elevação dos padrões de cidadania	4,0	4,4	14,9	4,2
2) As pressões sociais em favor da igualdade, em curso no atual processo brasileiro de democratização, podem tender a uma solução autoritária. A magistratura, como guardiã das liberdades, preserva os ideais igualitários em contextos democráticos.	7,7	8,2	2,1	7,7
3) A conquista do Estado de Direito democrático devolveu à sociedade a capacidade de decidir sobre o seu destino, especialmente por intermédio da representação partidária e da vida associativa. O magistrado participa da consolidação democrática na medida em que age como um fiel intérprete da lei, produzindo sentenças com independência das pressões sociais	61,7	62,2	70,2	61,9

Assinale a proposição com a qual mais se identifica	Juizes de 1º Grau em Atividade	Juizes de 2º Grau em Atividade	Ministros em atividade e inativos	Total
4) A sociedade brasileira caracteriza-se por profundos desajustes estruturais. A magistratura que, por definição, não está comprometida com a representação de interesses, deve exercer um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades entre regiões, indivíduos e grupos sociais.	26,6	25,2	12,8	26,2

Fonte: VIANNA, L. W., CARVALHO M. A. R., MELO M. P. C. e BURGOS M. B., O Perfil do Magistrado Brasileiro, Projeto Diagnóstico da Justiça, AMB/IUPERJ, 1996.

Conclui-se dessas duas pesquisas que o magistrado brasileiro não acredita que cabe ao Judiciário ser neutro na aplicação da lei, não se identificando com o papel clássico que se supõe ser o de um juiz em um sistema de *civil law*, o de intérprete de um direito produzido pelo Poder Legislativo. Pelo contrário, o magistrado brasileiro acredita majoritariamente que também é seu papel “produzir” o direito. E, em particular, que esse papel envolve atuar de forma a produzir justiça social, ainda que apenas uma minoria acredite que esse objetivo deve se sobrepor à aplicação da lei. É, não obstante, uma minoria bastante representativa.

## Avaliação do desempenho do judiciário

De modo geral, a avaliação que os magistrados fazem do Judiciário brasileiro difere daquela realizada pelos empresários em grau, mas não em relação à ordenação dos problemas. Assim, sobressai dos resultados da pesquisa uma avaliação do Judiciário, em média, de regular para boa, em contraste com uma visão em geral negativa de parte do empresariado.<sup>10</sup> Ambos os grupos apontam a falta de agilidade como o principal problema do Judiciário brasileiro, vindo em seguida o elevado custo de acesso (despesas e custas), a falta de previsibilidade e, como aspecto mais positivo, a imparcialidade.<sup>11</sup> Contudo, enquanto 91% dos

empresários avaliaram o Judiciário como ruim ou péssimo no que concerne à sua agilidade, “apenas” 45% dos magistrados são dessa mesma opinião ([Tabela 10.3](#)).<sup>12</sup>

**Tabela 10.3**

**Avaliação dos magistrados sobre o desempenho do Judiciário**

“Como o(a) senhor(a) avalia o Judiciário brasileiro como um todo em relação a”					
	Agilidade	Custas	Despesas*	Previsibilidade**	Imparcialidade
Muito bom	2,0	5,3	1,9	5,5	38,3
Bom	11,5	22,3	15,0	39,5	44,9
Regular	39,1	42,4	48,3	33,9	11,2
Ruim	34,0	21,5	23,6	12,3	2,0
Muito ruim	11,3	6,3	8,0	6,1	0,9
Não Respondeu	2,0	2,3	3,2	2,7	2,6

\* Despesas com advogados, peritos *etc.*

\*\* Entende-se por previsibilidade a capacidade das partes anteciparem a decisão do Judiciário, em especial quando se trata de casos iguais ou semelhantes a outros julgados anteriormente.

Os magistrados avaliam a Justiça do Trabalho de primeiro grau como o melhor ramo/grau do Judiciário, vindo em seguida a Justiça Eleitoral. A Justiça estadual, por outro lado, é vista como o ramo do Judiciário com pior desempenho, enquanto o Supremo Tribunal Federal vem em penúltimo. Apesar de, em termos gerais, os magistrados ordenarem os vários ramos/graus de forma semelhante, a avaliação comparada dos vários ramos/graus varia conforme o atributo considerado. Em relação à agilidade, a Justiça do Trabalho aparece logo a seguir à Eleitoral e bem à frente dos demais ramos, ficando o STF com a pior avaliação. Em relação a custas judiciais, outros custos e previsibilidade, a Justiça Estadual, que também é mal avaliada em relação à agilidade, vem em último lugar. Os Tribunais Superiores (STJ, TST e STF) são vistos como os mais previsíveis, e a Justiça Federal é considerada a mais imparcial, um atributo em que o STF recebe a pior avaliação.

É digno de nota que essa ordenação da qualidade dos diferentes ramos/graus é algo diferente daquela apontada pelos empresários. Por exemplo, eles veem a Justiça do Trabalho como o pior ramo do Judiciário e o STF como o melhor. A avaliação aqui apresentada também contrasta em certa medida com a obtida por Sadek, em cuja pesquisa os diversos ramos/órgãos do Judiciário são avaliados na seguinte ordem (soma de avaliações “ótima” e “boa”): Superior Tribunal de Justiça (69,6%), Justiça Comum Estadual (59,5%), Supremo Tribunal Federal (56,7%), Justiça Eleitoral (56,3%), Justiça Federal (41,1%) e Justiça do Trabalho

(23,3%). É provável que, pelo menos em parte, a avaliação mais positiva da Justiça Estadual em Sadek (1995) resulte da elevada participação de juízes estaduais em sua amostra (93% dos respondentes).

## **Causas da morosidade e da falta de previsibilidade das decisões judiciais**

### **Morosidade**

Foram analisadas duas causas para a morosidade da Justiça. A primeira diz respeito ao grande número de casos levados aos tribunais por pessoas, empresas e grupos de interesse, não para lutar por um direito, mas para explorar a lentidão do Judiciário, adiar o cumprimento de uma obrigação. Como ilustra a [Tabela 10.4](#), para os magistrados essa é uma prática muito frequente na área tributária, particularmente na esfera federal. Ela também é frequente em causas envolvendo empréstimos, aluguéis e disputas comerciais e trabalhistas. De acordo com os magistrados, esse tipo de comportamento também é muito comum por parte do setor público — em particular, para 75% dos juízes, essa é uma atitude muito frequente de parte da União. Isso sugere que há espaço para desobstruir o Judiciário penalizando esse tipo de comportamento, e que medidas que agilizem o andamento de processos, particularmente na área tributária, podem trazer ganhos significativos em termos de reduzir a carga de trabalho dos magistrados, uma vez que desestimulariam o mau uso da Justiça.

#### **Tabela 10.4**

**Frequência com que diferentes partes privadas recorrem à Justiça para postergar o cumprimento de obrigações, por área do Direito**



<b>" Afirma-se que muitas pessoas, empresas e grupos de interesse recorrem à Justiça não para reclamar os seus direitos, mas para explorar a morosidade do Judiciário. Na sua opinião, em que tipos de causas essa prática é mais frequente? "</b>						
	Muito frequente	Algo frequente	Pouco frequente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe / Sem opinião	Não Respondeu
Trabalhista	25,4	18,6	20	18,8	12	5,3
Tributária na Esfera Federal	51,3	23,5	6,1	1,8	11,9	5,5
Tributária na Esfera Estadual	44,7	27,8	8,0	1,3	12,3	5,9
Tributária na Esfera Municipal	40,1	25,9	11,9	2,4	13,4	6,3
Comercial/Econômica em Geral	24,8	34,5	16,5	3,1	14,2	6,9
Propriedade Industrial/ Marcas e Patentes	8,1	17,5	29,3	9,2	27,8	8,1
Direitos do Consumidor	8,6	17,5	33,5	21,3	13,4	5,7
Meio Ambiente	8,1	17,9	29,8	20,0	17,9	6,2
Inquilinato	20,2	30,8	22,4	8,0	11,7	6,9
Mercado de crédito (por exemplo, juros)	32,7	27,5	13,8	3,8	15,9	6,3

O segundo tipo de causa da morosidade inclui os fatores mais diretamente relacionados à operação do Judiciário, como a carência de recursos, a legislação e a forma de atuação dos juízes e de outros operadores do Direito. Oito dessas possíveis causas foram apresentadas aos magistrados nas entrevistas; (sendo) a importância que atribuem a cada uma é apresentada na [Tabela 10.5](#). Todas, com exceção de um hipotético “mau funcionamento do Ministério Público”, são percebidas como muito relevantes ou relevantes pela maioria dos magistrados. Pela ordem, as causas mais importantes são a insuficiência de recursos, as deficiências do ordenamento jurídico, o formalismo processual exagerado e a forma de atuação dos advogados.



**Tabela 10.5****Relevância de fatores responsáveis pela morosidade da Justiça**

"Diversos fatores têm sido apontados como responsáveis pela morosidade da Justiça. Na sua opinião, qual a relevância dos seguintes fatores?"						
	Muito relevante	Relevante	Pouco relevante	Sem nenhuma relevância	Não sabe / Sem opinião	Não Respondeu
Insuficiência de recursos (humanos, materiais etc.)	68,6	23,6	4,3	1,1	0,1	2,3
Deficiências do ordenamento jurídico	52	32,8	10,5	2,3	0,1	2,3
Ineficiência administrativa	29,1	45,5	20	1,8	0,3	3,4
Formalismo processual exagerado	51,1	32,3	12,3	1,3	0,1	2,8
Mau funcionamento do Ministério Público	8,4	25,9	41,3	18,2	2,4	3,8
Mau funcionamento dos cartórios	27,9	43	20,8	4	0,8	3,4
Forma de atuação dos advogados	41,6	38,9	14,4	2,2	0,1	2,8
Atitude passiva de juízes e outros operadores do Direito à morosidade do sistema judicial	27,7	42,2	19,7	7	0,7	2,7

EM relação à insuficiência de recursos, os magistrados apontam a falta de juízes como o problema mais importante, vindo em seguida a falta de informatização e, em terceiro lugar, a precariedade das instalações ([Tabela 10.6](#)).<sup>13</sup> Essa avaliação é relativamente comum aos vários estratos da amostra, mas com algumas diferenças de intensidade. Por exemplo, as magistradas consideram esses três problemas mais importantes do que os magistrados. Juízes estaduais têm uma avaliação mais próxima da média amostral para os três

problemas, enquanto os juízes do trabalho consideram a falta de juízes e a precária situação das instalações mais relevantes para explicar a falta de agilidade da Justiça que outros ramos do Judiciário, com o oposto sendo verdade para os juízes federais.

**Tabela 10.6**

**Importância da insuficiência de recursos**

“Com relação à <i>insuficiência de recursos</i> , qual a importância dos seguintes fatores para explicar a <i>morosidade</i> da Justiça?”						
	Muito importante	Importante	Pouco importante	Sem nenhuma importância	Não sabe/ Sem opinião	Não Respondeu
Número insuficiente de juízes	80,3	13,6	3,1	0,4	0,1	2,4
Falta de informatização	60,2	31,7	4,5	0,8	0,1	2,7
Precariedade das instalações	51,6	32,8	11,7	1,1	0	2,8

O grande problema com o ordenamento jurídico cível vigente no país está na legislação processual, tanto em relação aos muitos meios de protelar decisões quanto no que respeita a possibilidade de recurso a um número excessivo de instâncias, considerados por quase 80% dos magistrados causas muito importantes da morosidade da Justiça no Brasil ([Tabela 10.7](#)). Assim, ainda que uma parcela importante dos magistrados tenha indicado que problemas com a legislação substantiva são relevantes para explicar a morosidade do Judiciário, particularmente no que concerne ao seu anacronismo e à sua instabilidade, esses problemas são percebidos como secundários quando comparados às falhas existentes na legislação processual. Essa conclusão é reforçada pela constatação de que a maioria dos respondentes (51,1%) considera o excessivo formalismo processual do Judiciário brasileiro uma causa muito importante da morosidade judicial.

**Tabela 10.7**

**Importância de problemas no ordenamento jurídico cível (%)**

“Com relação ao vigente ordenamento jurídico cível, o que lhe parece relevante para explicar a morosidade da Justiça?”						
	Muito relevante	Relevante	Pouco relevante	Sem nenhuma relevância	Não sabe/ Sem opinião	Não Res-pondeu
<b>Legislação substantiva:</b>						
Instabilidade	28,1	31,7	26,3	6,5	3,0	4,5
Anacronismo	28,3	38,3	20,5	5,3	2,7	4,9
Existência de contradições	16,9	31,8	33,6	10,0	2,7	5,0
Inadequação	24,2	38,1	23,9	6,3	3,1	4,5
<b>Legislação processual:</b>						
Muitas possibilidades de protelar decisões	78,0	14,2	2,7	0,3	0,8	4,0
Possibilidade de recurso a um número excessivo de instâncias	76,5	15,1	3,5	0,4	0,8	3,6

A [Tabela 10.6](#) indicou que a ineficiência administrativa tem uma importância apenas secundária para explicar a morosidade da Justiça, constatação corroborada pela [Tabela 10.8](#). Das três questões aí tratadas, a falta de uma administração ativa de casos é vista como o problema mais relevante, mas ainda assim de importância secundária quando comparada à falta de recursos ou às falhas na legislação processual. A importância em certo sentido secundária desse problema é consistente com os 59,1% dos magistrados pesquisados por Sadek que consideraram ser o fato de os “juízes estarem sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas” um obstáculo muito ou extremamente importante ao bom funcionamento do Judiciário — ou seja, uma proporção elevada mas inferior à de magistrados que têm a mesma opinião sobre outros problemas.

**Tabela 10.8**

**Importância de problemas administrativos (%)**

“Com relação à <i>ineficiência administrativa</i> , quais dos seguintes fatores o(a) senhor(a) considera que são importantes para explicar a <i>morosidade</i> da Justiça?”						
	Muito importante	Importante	Pouco importante	Sem nenhuma importância	Não sabe / Sem opinião	Não Respondeu
Ausência de uma administração ativa de casos*	34,0	39,5	17,1	4,7	1,9	2,7
Má gestão do fluxo físico de processos	27,1	48,9	16,5	3,6	1,1	2,8
Lentidão na notificação das partes	24,8	42,5	24,4	4,0	0,9	3,2

\*Por exemplo, agrupando e decidindo em conjunto processos com o mesmo conteúdo.

A importância secundária atribuída à ineficiência administrativa contrasta com estudos do Banco Mundial que apontaram que os juízes brasileiros despendiam 65% de seu tempo em atividades não judicantes.<sup>14</sup> Segundo os próprios magistrados, porém, três quartos deles não gastam mais do que 30% do seu tempo em atividades administrativas, com somente 5,1% dos entrevistados ocupando mais do que 50% do seu tempo com essas atividades. Dos motivos que levam os juízes a despendar uma significativa parcela de seu tempo em trabalhos administrativos, o arcaísmo das práticas administrativas é apontado como o mais importante, vindo em seguida a falta de preparo dos funcionários e de treinamento dos juízes nesse tipo de atividade ([Tabela 10.9](#)).

### **Tabela 10.9**

**Importância de fatores que levam o juiz a ocupar-se de tarefas**

“Que importância o(a) Sr.(a) atribui aos seguintes fatores como causas da significativa parcela de tempo que os juízes brasileiros gastam em tarefas administrativas?”						
	Muito importante	Importante	Pouco importante	Sem nenhuma importância	Não sabe/ Sem opinião	Não Respondeu
Falta de treinamento específico dos juízes em questões administrativas	25,9	41,4	21,9	5,1	2,0	3,6
Falta de preparo dos funcionários	36,8	45,1	10,7	2,8	1,1	3,5
Arcaísmo das práticas administrativas	47,4	37,8	8,0	2,7	0,9	3,2
Desejo dos juízes de controlar o que ocorre em suas comarcas ou tribunais	17,8	34,8	29,8	12,1	2,2	3,2

administrativas (%)

A forma de atuação dos advogados é percebida pelos magistrados como um fator muito importante para explicar a lentidão da Justiça ([Tabela 10.10](#)). Destaca-se como prejudicial nessa forma de atuação a tendência dos advogados a estender a duração dos litígios e a sua falta de preparo técnico, a qual, na visão de vários magistrados entrevistados, por vezes causa também a má representação de seus clientes. Juízes dos três ramos do Judiciário avaliaram de modo semelhante a relevância da preferência dos advogados por dilatar a duração das disputas como explicação para a morosidade da Justiça, enquanto os juízes estaduais se mostraram mais críticos em relação à falta de treinamento adequado dos advogados e os juízes federais deram maior importância à sua atitude excessivamente antagonista.

### **Tabela 10.10**

**Importância do desempenho dos advogados como causa da morosidade da**

“No que se refere à forma de atuação dos advogados, que fatores em sua opinião ajudam a explicar a morosidade da Justiça?”						
	Muito importante	Importante	Pouco importante	Sem nenhuma importância	Não sabe / Sem opinião	Não Respondeu
Falta de preparo técnico	57,5	32,0	6,9	0,7	0,0	3,0
Atitude excessivamente antagonista	32,0	38,2	22,3	3,5	0,7	3,4
Preferência por estender a duração dos litígios	59,4	28,3	8,1	1,1	0,1	3,0

## Justiça

Sadek também pesquisou a visão dos magistrados sobre os obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário ([Tabela 10.11](#)) e às causas da morosidade da Justiça em particular ([Tabela 10.12](#)). Seus resultados confirmam a importância atribuída pelos magistrados à falta de recursos, aí incluídos recursos materiais e humanos; ao excessivo formalismo dos procedimentos judiciais; à grande facilidade para recorrer a instâncias superiores; ao interesse das partes, inclusive o setor público, de prolongar a duração dos processos; e ao despreparo dos advogados. No todo, um diagnóstico muito semelhante ao obtido na pesquisa aqui apresentada, e que, como observado por Sadek, atribui pouca responsabilidade aos juízes propriamente ditos pela morosidade da Justiça.

### Tabela 10.11

#### Obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário (%)

Fatores	Importância *
Falta de recursos materiais	85,6
Excesso de formalidades nos procedimentos judiciais	82,3
Número insuficiente de juízes	81,1
Número insuficiente de varas	76,3
Legislação ultrapassada	67,4
Elevado número de litígios	66,5
Despreparo dos advogados (causas mal propostas etc.)	64,0
Grande número de processos irrelevantes	59,3

Juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas	59,1
Instabilidade do quadro legal	53,2
Insuficiência na formação do juiz	38,9
Extensão das comarcas	26,8
Curta permanência dos juízes nas comarcas	25,2

\*Soma das respostas “extremamente importante” e “muito importante”.

SADEK, M.T. “A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados da Pesquisa Quantitativa.” In SADEK, M. T. (Org.). *Uma introdução do estudo da Justiça*, Ed. Sumaré, 1995.

## **Tabela 10.12**

### **Causas da morosidade da Justiça (%)**

<b>Fatores</b>	<b>Importância (*)</b>
Alto número de recursos	73,2
Interesse dos advogados	58,4
Interesse das partes envolvidas no processo	53,5
Lentidão dos tribunais de Justiça	49,1
Interesse do Poder Executivo	48,2
Comportamento da polícia/delegacia	43,7
Comportamento dos cartórios	40,7
Morosidade dos juízes	35,6
Intervenção excessiva da promotoria	17,9

\*Soma das respostas “extremamente importante” e “muito importante”.

SADEK, M.T. “A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados da Pesquisa Quantitativa.” In SADEK, M. T. (Org.). *Uma introdução do estudo da Justiça*, Ed. Sumaré, 1995.

[Vianna et al. \(1996\)](#) reportam um padrão semelhante de avaliação. Assim, 74% dos magistrados consultados concordam muito com afirmação de que “a percepção corrente de ‘crise do Poder Judiciário’ decorre da estrutura do Poder Judiciário, que não se tendo modernizado em virtude da ausência de recursos e de pessoal qualificado tornou os seus serviços morosos e caros”. Além disso, 92% dos respondentes concordaram fortemente (soma de “essencial” e “muito importante”) com a assertiva de que “juízes sobrecarregados ou dispendo de poucos recursos materiais constituem-se obstáculos à maior eficiência da atividade judicial.” Da mesma forma, 42% e 44% dos magistrados apontaram que o excesso de formalidades característico dos procedimentos judiciais é uma causa “essencial” ou “muito importante”, respectivamente, das dificuldades atuais do Poder Judiciário. Além disso, “o comportamento ineficiente de agentes



externos [ao Judiciário], tais como o Ministério Público, os advogados, a polícia, os serviços de perícia etc.” foi considerado um problema essencial ou muito importante por 27% e 41%, respectivamente, dos magistrados consultados. De novo, um diagnóstico semelhante ao aqui obtido, ainda que não centrado diretamente na questão da morosidade.

## Falta De Previsibilidade

Como em relação à morosidade, a falta de previsibilidade das decisões judiciais foi analisada tanto em relação à forma de funcionamento da Justiça quanto no que respeita a fatores em certa medida externos ao Poder Judiciário. Desses, dois fenômenos têm sido frequentemente apontados como importantes: a “judicialização” do conflito político e a “politização” do Judiciário. Entende-se o primeiro como a tendência dos poderes políticos transferirem para o Judiciário disputas de caráter eminente político, que não são resolvidos nas esferas apropriadas. Um caso particular, mas muito importante, desse fenômeno diz respeito ao processo legislativo, no qual, na incapacidade de produzir maiorias que permitam aprovar leis bem definidas, aprovam-se textos gerais e, por vezes, ambíguos, que é o máximo factível em uma arena política muito fragmentada. Transfere-se depois o ônus de clarificar e resolver essas ambiguidades ao Judiciário, que fica responsável por arbitrar conflitos políticos, em vez de simplesmente aplicar a lei.<sup>15</sup>

Os magistrados consideram que a “judicialização” da política ocorre ocasional ou frequentemente, mas que não é um fenômeno muito comum — só 8,5% disseram ser muito frequente o juiz ter de arcar “com o ônus de decidir sobre questões que são de caráter essencialmente político e que, portanto, deveriam ser resolvidas pelos poderes políticos”. Muitos argumentaram que esse tipo de acontecimento fica, em geral, restrito aos Tribunais Superiores, sendo menos comum na primeira e segunda instância. Esse resultado é consistente com a proporção relativamente pequena (29,8%) de juízes que apontou as deficiências no ordenamento cível e judicial como muito relevantes para explicar a falta de previsibilidade. Nesse sentido, a visão predominante entre os magistrados é que a “judicialização” da política é provavelmente mais relevante para o sistema político do que para explicar os problemas enfrentados pelo Judiciário.

Enquanto a “judicialização” da política, em particular a transferência para o Judiciário da responsabilidade por tornar a legislação mais precisa e consistente, é uma fonte de imprevisibilidade imposta de fora para dentro, o seu fenômeno dual, a “politização” das decisões judiciais, resulta de um posicionamento dos próprios juízes. Esse posicionamento pode traduzir uma tentativa de favorecer



grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores, ou simplesmente a visão política do juiz sobre a questão em disputa. Na visão da maioria dos magistrados entrevistados, este último é um fenômeno real, mas que ocorre apenas ocasionalmente; para 20% dos juízes, porém, ele ocorre com frequência ([Tabela 10.13](#)). Ainda que na ausência de padrões internacionais de comparação seja difícil julgar se são proporções baixas ou altas, elas são suficientemente elevadas para que se considere a “politização” das decisões judiciais uma importante explicação de por que diferentes juízes chegam a decisões conflitantes em casos muito semelhantes.

**Tabela 10.13**

**Frequência com que as decisões judiciais refletem a visão política dos**

“No sentido oposto, argumenta-se que também o Judiciário se “politizou” muito nos últimos anos, o que faz com que, por vezes, as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma leitura rigorosa da lei. Na sua opinião, com que frequência isso ocorre?”	
Muito frequentemente	3,9
Frequentemente	20,2
Ocasionalmente	50,2
Raramente	20
Nunca	1,9
Não sabe/Sem opinião	1,6
Não respondeu	2,2

**magistrados (%)**

É nas decisões envolvendo a privatização que a visão política do magistrado influencia com mais frequência o comportamento do juiz: de acordo com 25% dos entrevistados, nesses casos a “politização” das decisões é muito frequente, sendo que para 31% deles ela é algo frequente ([Tabela 10.14](#)). Para apenas 5,5% dos magistrados, a “politização” nunca ou quase nunca ocorre em decisões envolvendo a privatização. Em um grau um pouco menor, a “politização” se mostra frequente também em causas trabalhistas, nas relacionadas ao meio ambiente e naquelas envolvendo a regulação de serviços públicos. As áreas em que a “politização” é menos comum são as que envolvem questões comerciais e de propriedade industrial, isto é, as mais diretamente ligadas às relações entre empresas. Note, porém, que ela é bem mais frequente em casos envolvendo operações de crédito do que outras transações comerciais, o que ratifica a visão de que o mercado de crédito é particularmente afetado por esse posicionamento dos juízes.

**Tabela 10.14****Frequência da “politização” das decisões judiciais por tipo de causa (%)**

"Em sua opinião, em que tipos de causas essa tendência a que as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que na leitura rigorosa da lei é mais frequente?"						
	Muito frequente	Algo frequente	Pouco frequente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe/ Sem opinião	Não Respondeu
Trabalhista	17	28,1	25,9	12	10,7	6,3
Tributária	10,5	28,1	34,3	9,9	9,2	8,1
Comercial	3,24	14,44	43,59	16,73	12,55	9,45
Propriedade Industrial	1,9	10,5	35,1	20,1	22,7	9,7
Direitos do Consumidor	12	29,6	25,8	13,4	10,9	8,4
Meio Ambiente	17,1	28,2	22,1	10,9	12,4	9,2
Inquilinato	4,9	15,2	35,1	22,7	12,8	9,3
Previdenciária	14,7	31,3	27,1	9,6	9,3	8
Mercado de Crédito (por exemplo, juros)	12	27,4	26,9	10,3	14,6	8,9
Privatização	25	31,4	17,5	5,5	11,9	8,6
Regulação de Serviços Públicos*	17,9	32,5	20,9	7,4	13	8,2

\* Inclui a regulação pelo setor público de setores como eletricidade, telecomunicações, rodovias, ferrovias, portos, água e saneamento.

A “politização” também resulta, como observado anteriormente, da tentativa de alguns magistrados de favorecer certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais. Os próprios magistrados, com frequência, se referem a esse posicionamento como refletindo um papel de promotor da justiça social que cabe aos juízes desempenhar, como já discutido. Para examinar a relevância desse fator, perguntou-se aos juízes por qual de duas posições extremas eles optariam, se necessário: respeitar sempre os contratos,

independentemente de suas repercussões sociais (A), ou tomar decisões que violem os contratos, na busca da justiça social (B). Uma larga maioria dos entrevistados (73,1%) disse que optaria pela segunda alternativa ([Tabela 10.15](#)).<sup>16</sup>

**Tabela 10.15**

**Opção entre garantir cumprimento de contratos e busca da justiça social — ponto de vista dos magistrados**

<p>“Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: <i>A. Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; B. O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais?</i>”</p>	
Concorda mais com a primeira (A)	19,7
Concorda mais com a segunda (B)	73,1
Não sabe / Sem opinião	2,8
Não respondeu	4,3

A proporção de juízes que concordam mais com a posição B (“o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos”) também varia conforme a área a que se refere a causa, sendo mais forte em disputas envolvendo direitos do consumidor, meio ambiente e disputas trabalhistas e previdenciárias ([Tabela 10.16](#)). Por outro lado, os magistrados posicionaram-se majoritariamente a favor da necessidade de respeitar contratos quando se trata de causas comerciais. Note-se que esse é o mesmo padrão observado na [Tabela 10.14](#), que reporta a frequência com que os juízes identificam as decisões judiciais como sendo “politizadas”. Mais uma vez, e também de forma consistente, nota-se que a politização ou não neutralida de do magistrado é algo mais comum em casos envolvendo operações de crédito do que em causas comerciais em geral.

**Tabela 10.16**

**Distribuição das opções entre cumprimento de contratos e busca de justiça social por área do direito**

<p><b>“Em que tipos de causas, em sua opinião, deve prevalecer a posição A (contratos devem ser sempre respeitados) ou a posição B (a busca da justiça social às vezes justifica decisões que violem os contratos)?”</b></p>							
	Deve sempre prevalecer a posição (A)	Em geral deve prevalecer a posição (A)	As duas posições têm igual chance de prevalecer	Em geral deve prevalecer a posição (B)	A posição B deve sempre prevalecer	Não sabe/ Sem opinião	Não Respondeu
Trabalhista	9,2	11,1	23,8	37,8	8	4,7	5,5
Comercial	16,9	32,8	25	10,5	2,7	5,7	6,5
Direitos do Consumidor	6,7	9,9	18,4	41,2	14,2	4,2	5,5
Meio Ambiente	8,2	8	15,5	36,8	18,8	6,3	6,3
Inquilinato	13	26,5	27,4	18,8	3,9	4,7	5,8
Previdenciária	10	14	21,1	32,5	9,6	6,5	6,3
Mercado de Crédito	13,5	24,7	23,8	17,3	6,2	8,6	5,9
Regulação de Serviços Públicos	11,6	15	26,9	23,1	10,3	7,4	5,8

Vários magistrados, quando apresentados aos resultados da [Tabela 10.15](#), apontaram que esse posicionamento refletia o anseio da sociedade por mais justiça social, o qual validaria a perspectiva flexível com que os juízes interpretam os contratos. Não é essa, porém, a conclusão extraída da [Tabela 10.17](#), pelo menos na medida em que se toma a visão das elites como representativa do posicionamento predominante na sociedade brasileira. Nessa tabela, apresentam-se as respostas à mesma pergunta feita na pesquisa aos magistrados, mas desta feita posta por Bolívar Lamounier e Amaury de Souza a uma amostra estratificada de representantes de vários segmentos da elite brasileira. Como se vê, o respeito aos contratos, independentemente de suas consequências distributivas, é o valor predominante na sociedade brasileira, com

as respostas dos membros do Judiciário e do Ministério Público destoando inteiramente da dos outros segmentos, exceto pelos representantes sindicais, religiosos e membros de ONGs.

**Tabela 10.17**

**Opção entre garantir cumprimento de contratos e busca da justiça social — ponto de vista dos magistrados**

<p>“Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: A. Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; B. O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais?”</p>				
	Concorda mais com a primeira (A)	Concorda mais com a segunda (B)	Outras respostas	Sem opinião
Grandes empresários	72	15	7	6
Lideranças do segmento de pequenas e médias empresas	45	50	5	0
Dirigentes de entidades de representação sindical	24	73	3	0
Senadores e deputados federais	44	39	17	0
Executivos do governo federal	77	15	8	0
Membros do Judiciário e Ministério Público	7	61	32	0
Imprensa	52	32	16	0
Religiosos e ONGs	22	53	22	3
Intelectuais	50	30	18	2
Total	48	36	14	2

LAMOUNIER, B. e SOUZA, A. “As elites brasileiras e o desenvolvimento nacional: fatores de consenso e dissenso, Idesp, 2002.

A não neutralidade do magistrado tem duas consequências negativas importantes do ponto de vista da Economia. Primeiro, os contratos se tornam mais incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos magistrados, dependendo

da forma com que ele encare a não neutralidade e a posição relativa das partes. Isso significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente “vale o escrito”, o que faz com que se introduzam prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral. Segundo, ainda que, como colocado na pesquisa de [Vianna et al. \(1996\)](#), a magistratura não esteja “comprometida com a representação de interesses”, a não neutralidade do magistrado significa que ele se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante. Isso faz com que, nos casos em que essa não neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então apenas alijados do mercado, pois a outra parte sabe que o dito e assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado, que buscará redefinir *ex post* os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado busca favorecer que se tornam as mais prejudicadas por essa não neutralidade.

Vários aspectos na forma de funcionamento da Justiça foram apontados pelos magistrados como contribuindo de forma relevante para reduzir a previsibilidade das decisões judiciais ([Tabela 10.18](#)). Destacam-se entre eles as deficiências no ordenamento jurídico, também apontadas como importante causa da morosidade da Justiça, o frequente recurso a medidas liminares e a tendência a decisões serem tomadas em função de detalhes processuais. Esses dois últimos fatores relacionam-se a um problema apontado por muitos dos entrevistados, o de que é comum as decisões judiciais não se basearem no mérito em si da questão. Note-se, ainda, que a maior parte dos problemas considerados na [Tabela 10.18](#) e identificados pelos magistrados como redutores da previsibilidade das decisões judiciais poderia ser corrigida através de uma mudança de incentivos e da legislação. Ou seja, sua solução não depende de que mais recursos sejam alocados ao Judiciário.

### **Tabela 10.18**

**Importância de fatores que prejudicam a previsibilidade das decisões**



<p><b>“Qual é, na sua opinião, a relevância dos seguintes fatores como obstáculos que reduzem a <i>previsibilidade</i> das decisões judiciais — isto é, a capacidade das partes de antecipar a decisão dos juízes, particularmente em se tratando de casos iguais ou semelhantes a outros já antes julgados?”</b></p>						
	Muito relevante	Relevante	Pouco relevante	Sem nenhuma relevância	Não sabe/ Sem opinião	Não Res- pondeu
Deficiências do ordenamento jurídico	29,8	39,0	20,2	6,1	1,1	3,8
Falta de preparo técnico dos juízes	10,9	29,6	37,8	15,7	2,6	3,5
Excessiva “politização” dos juízes	6,5	23,1	43,2	20,8	2,6	3,9
Falta de clareza nas decisões dos tribunais superiores	9,2	31,2	35,6	17,3	2,7	4,0
Tendência a decisões serem tomadas em função de detalhes processuais	18,4	44,5	22,8	7,8	2,3	4,2
Frequentes recursos a liminares	23,1	34,4	25,4	11,9	1,8	3,5
Equívocos na instrução dos processos	11,6	38,1	33,9	10,8	1,9	3,8
Estrutura monocrática do Judiciário brasileiro	8,1	16,3	33,6	34,8	3,2	3,9

judiciais (%)

## Visão sobre a economia

Uma das conclusões de nossos estudos anteriores sobre a relação entre Economia e Judiciário é que a importância deste último para o bom funcionamento da atividade produtiva aumentou com as reformas estruturais da década de 1990, como a privatização, a abertura comercial e a desregulamentação. Essas são reformas que transferem para o mercado a responsabilidade pelo investimento e pela produção em setores muito

dependentes de contratação — na infraestrutura, no setor imobiliário, no saneamento, no mercado de crédito *etc.* — o que os torna mais dependentes do apoio do Judiciário.

Nesse sentido, é preciso levar em conta que a intervenção estatal na Economia não era apenas uma opção de política, uma forma de orientar e executar a atividade econômica, ou o resultado puro e simples da disputa política entre grupos de interesse, mas também um arranjo institucional que buscava viabilizar atividades e mercados que, de outra forma, poderiam não se realizar ou existir, ou que só sobreviveriam de forma muito precária sem a presença do Estado. A extensa presença estatal na Economia tornava os contratos menos importantes, pois permitia decidir conflitos e impor regras pela via administrativa, sem a necessidade de recorrer à Justiça.

Nossa pesquisa mostrou que a maioria dos juízes tem consciência de que essas reformas tornaram o seu trabalho mais importante, do ponto de vista econômico, com quase a metade dos entrevistados concordando inteiramente com essa tese e um terço tendendo a concordar com ela ([Tabela 10.19](#)).

**Tabela 10.19**

**Importância do Judiciário para a Economia após reformas (%)**

“Tem-se afirmado que as reformas econômicas implantadas nos últimos dez anos, por reduzir muito a intervenção direta do Estado, aumentaram a importância do Judiciário para o bom funcionamento da economia. Nessa nova situação, a economia dependerá cada vez mais de um Judiciário ágil, acessível, previsível e imparcial. O(A) Sr.(a) concorda com essa afirmação?”	
Concorda inteiramente	48,7
Tende a concordar	33,1
Tende a discordar	9,3
Discorda inteiramente	4,0
Não sabe / Não tem uma opinião formada a respeito	1,5
Não respondeu	3,4

Também importante é a constatação de que a maioria dos magistrados concorda inteiramente ou tende a concordar com as reformas que foram ou vêm sendo implementadas no Brasil, em particular com o fortalecimento da proteção à propriedade industrial (marcas, patentes *etc.*), a maior facilidade de entrada do capital estrangeiro na indústria, a privatização de empresas industriais e a redução das barreiras às importações ([Tabela 10.20](#)).



**Tabela 10.20****Opinião sobre reformas econômicas**

"Gostaríamos de saber qual a sua opinião a respeito de algumas das reformas que foram ou vêm sendo implementadas no Brasil:"						
	Concorda inteiramente	Tende a concordar	Tende a discordar	Discorda inteiramente	Não sabe/ Sem opinião	Não Respondeu
Privatização de empresas industriais	28,9	38,9	17,7	8,4	2,4	3,8
Privatização da infraestrutura	8,4	27,9	34,8	21,1	3,4	4,5
Privatização dos bancos públicos	22,5	32	25,4	13,8	2,6	3,8
Redução de barreiras a importações	15,4	48	23,6	4,7	3,8	4,5
Maior facilidade de entrada do capital estrangeiro na indústria	19	54	15,1	4	3,8	4
Maior facilidade de entrada do capital estrangeiro na infraestrutura	14,6	39	26,7	10,5	5,4	3,8
Maior facilidade de entrada do capital estrangeiro no setor bancário	14,3	38,6	28,5	9,2	5,1	4,3

"Gostaríamos de saber qual a sua opinião a respeito de algumas das reformas que foram ou vêm sendo implementadas no Brasil:"						
	Concorda inteiramente	Tende a concordar	Tende a discordar	Discorda inteiramente	Não sabe / Sem opinião	Não Respondeu
Flexibilização da legislação trabalhista	19,2	36,6	23,2	14,4	2,7	3,9
Liberalização do câmbio	13,5	40,1	23,5	7,7	10,4	4,9
Fortalecimento da proteção à propriedade industrial (marcas, patentes etc.)	41,7	42,8	6,2	1,1	4,6	3,6
Prioridade dada ao controle da inflação em relação ao crescimento	13,1	31,6	33,1	11,9	6,3	4

Há também um apoio majoritário, ainda que menos intenso, à privatização dos bancos públicos, à flexibilização da legislação trabalhista e a uma maior facilidade para a entrada de capital estrangeiro na infraestrutura e no setor bancário. Por outro lado, os magistrados mostraram-se divididos em relação a priorizar o controle da inflação em relação ao crescimento e discordaram da privatização da infraestrutura, sendo que, para 21,1% deles, a discordância é por completo. A oposição à privatização é mais forte entre os juízes de Santa Catarina e é mais intensa entre os juízes trabalhistas do que entre os federais e estaduais. A idade e o gênero do magistrado não parecem influenciar a sua visão sobre essas questões.

Essa visão pró-redução da presença do Estado na Economia, predominante entre os magistrados entrevistados, é consistente com os resultados de [Vianna et al. \(1996\)](#). Esses autores obtêm que a maior parte dos magistrados apoia a integração da economia brasileira ao mercado mundial, com a supressão das restrições ao capital estrangeiro, sendo que é vista como uma alta prioridade por 31% dos magistrados, e com algum grau de prioridade pela maioria (52%). O apoio à privatização de empresas estatais é tão ou mais forte: 34% dos magistrados consideram uma alta prioridade, enquanto 46% lhe atribuem alguma prioridade e 14% baixa prioridade. Essas proporções contrastam com os 22%,

37% e 22% dos magistrados que atribuíram prioridade alta, alguma e baixa, respectivamente, a “implementar o desenvolvimento econômico, com a expansão do investimento público.” Agrupando essas várias respostas relativas à intervenção do Estado na Economia, [Vianna et al. \(1997\)](#) concluem que os magistrados são majoritariamente favoráveis a um baixo nível de intervenção do Estado.

Com a privatização da infraestrutura, muitos analistas têm manifestado uma preocupação de que a morosidade e a imprevisibilidade da Justiça possam dificultar a regulação dos serviços públicos. Uma sugestão foi feita, nesse sentido, de que, levando em conta a complexidade técnica de muitos casos decididos pelas agências reguladoras, o Judiciário deveria respeitar o mérito dessas decisões, quando tomadas pelo colegiado de diretores, limitando-se a garantir que as normas processuais tenham sido respeitadas. Como mostra a [Tabela 10.21](#), a maioria dos juízes discorda completamente dessa sugestão. Vale observar que essa é uma posição consistente com o desejo de preservar a independência decisória do Judiciário como um todo e do juiz singular, em particular, manifestada em outras respostas e pesquisas.

**Tabela 10.21**

**Opinião sobre distribuição de responsabilidades entre agências reguladoras**

<p>“As agências reguladoras de serviços públicos (ANATEL, ANEEL e outras) têm a atribuição de julgar conflitos entre concessionárias e destas com os consumidores. Propõe-se que nesses casos o Judiciário respeite as decisões tomadas pelo colegiado dessas agências, limitando-se a garantir o respeito às normas processuais, e evitando que o conteúdo da disputa seja julgado outra vez. O(A) Sr(a). concorda com essa proposta?”</p>	
Concorda inteiramente	4,5
Tende a concordar	16,6
Tende a discordar	23,2
Discorda inteiramente	50,6
Não sabe/Não tem uma opinião formada a respeito	2,7
Não respondeu	2,4

**e Judiciário**

## Observações finais

Este capítulo analisou o que pensam os magistrados brasileiros sobre os problemas enfrentados pelo Judiciário e a respeito das reformas econômicas dos

anos 1990. Para isso, utilizou-se uma pesquisa baseada em uma amostra estratificada de 741 magistrados que levou em consideração o ramo, o estado, o gênero e o estágio na carreira do magistrado. A amostra incluiu magistrados de 12 unidades da federação e cobriu as Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, contendo de juízes com pouca experiência a ministros dos Tribunais Superiores em Brasília. No todo, a amostra cobriu 6,5% de todos os magistrados, com proporções de magistrados e magistradas semelhantes às observadas para toda a magistratura.

De acordo com os magistrados, a morosidade é o principal problema do Judiciário. Ela é frequentemente agravada por indivíduos, firmas e grupos de interesse que usam a Justiça não para pleitear direitos, mas para postergar o cumprimento de suas obrigações. O governo, em particular, é visto como fazendo um mau uso contumaz da Justiça, utilizando-a como instrumento quase fiscal. Problemas internos ao funcionamento dos sistemas legal e judicial também são identificados pelos magistrados como causas relevantes da morosidade. Destacam-se entre eles o número insuficiente de juízes, os vários meios de se protelar uma decisão e o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores. Em um segundo grupo, em ordem descendente de importância, os juízes incluem a falta de equipamento de informática, a preferência dos advogados por estender a duração dos litígios, a falta de treinamento dos advogados, a ênfase excessiva no formalismo processual e a precária situação das instalações judiciárias.

Esse diagnóstico coincide em larga medida com os obtidos por Sadek e [Vianna et al. \(1997\)](#), sugerindo que as causas da morosidade do Judiciário são antigas e bem conhecidas. Ele também reforça a conclusão de Sadek de que os magistrados tendem a responsabilizar problemas alheios à sua própria atuação pela morosidade da Justiça. Observe-se, ainda, que enquanto a solução de alguns desses problemas pode exigir um aumento dos gastos públicos — por exemplo, para aumentar o número de juízes — e, portanto, teria de ser considerada à luz do custo de oportunidade de se utilizar esses recursos para essa e não outras finalidades (por exemplo, o combate à fome ou a melhoria da qualidade da educação), outras podem ser atacadas com mudanças nas leis e incentivos com que trabalham magistrados e advogados. Por exemplo, é possível reduzir a carga de processos com que trabalham os juízes, penalizando-se o recurso ao Judiciário pelas partes que apenas desejam explorar sua morosidade para evitar cumprir suas obrigações.

Vários juízes foram de opinião de que o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores também prejudica o Judiciário por reduzir a importância das decisões dos juízes de primeira instância e, por vezes, também de segunda

instância, já que a grande maioria de suas decisões sofre apelação por uma das partes. Uma consequência negativa desse fenômeno é a desmotivação dos magistrados, que veem diminuída a importância do seu trabalho. Obviamente, fica a questão da medida em que isso incentiva em alguns magistrados um menor compromisso com suas decisões, já que sabem que elas serão revistas. Duas razões foram aventadas em entrevistas abertas para explicar a dificuldade de mudar essa situação, a despeito do reiterado apoio dos magistrados a uma significativa mudança. Primeiro, o interesse dos advogados, que têm seu mercado de trabalho ampliado pela complexidade processual e as muitas oportunidades de recurso abertas pela legislação brasileira. Nas palavras de um magistrado, “este é um problema de mercado de trabalho.” Segundo, uma desconfiança da elite do Judiciário com relação à politização das decisões judiciais, mantendo-se a possibilidade de recurso aos Tribunais Superiores como uma forma de limitar o efeito final de decisões politizadas.

A “judicialização” da política — isto é, a tendência de os poderes políticos transferirem para o Judiciário a solução de conflitos políticos — não é percebida pela maioria dos juízes como um fenômeno frequente nas suas atividades profissionais, com alguns deles sugerindo que esse fenômeno tende a ficar restrito aos Tribunais Superiores. Esse resultado é consistente com a proporção (29,8%) de magistrados que apontou as deficiências do ordenamento legal e jurídico como muito relevantes para explicar a falta de previsibilidade das decisões judiciais. Ainda menos frequente, de acordo com os magistrados, é o fenômeno dual da “politização” das decisões judiciais — isto é, que as decisões judiciais sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que na interpretação rigorosa da lei. “Apenas” 3,9% dos entrevistados responderam ser esse comportamento muito frequente, e 20,2% que ele era frequente, com a maioria dos entrevistados (50,2%) respondendo que isso ocorre apenas ocasionalmente.

Na ausência de padrões de comparação, é difícil avaliar a relevância dessas proporções, mas não deixa de causar certa preocupação que quase um quarto dos respondentes ache que a politização das decisões judiciais é pelo menos frequente e que 74% reconheçam que ela ocorre. Mais impressionante é que essas proporções refletem essencialmente o que ocorre nas disputas comerciais, de propriedade industrial e em contratos de aluguel. Em áreas de Direito como meio ambiente, trabalho, previdência social, direitos do consumidor, crédito e tributária, a politização é vista como ainda mais frequente. Em casos envolvendo a regulação de serviços públicos, 17,9% dos entrevistados responderam que a politização era muito frequente; em litígios envolvendo a privatização essa proporção chega a 25,0%.

A politização das decisões judiciais costuma resultar da tentativa dos

magistrados de favorecer a parte mais fraca na disputa. Os juízes se referem a essa atitude como um papel social que o juiz tem de desempenhar. Em relação a essa questão, perguntou-se aos magistrados com qual de duas proposições eles concordavam mais: (A) que os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; ou (B) que a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. A grande maioria dos entrevistados (73,1%) respondeu que concorda mais com a segunda alternativa (B). Essa foi sem dúvida uma das mais importantes constatações dessa pesquisa, no sentido de que contradiz inteiramente a visão que economistas e responsáveis pela política econômica têm sobre a forma como os juízes pensam, ajudando nesse sentido a entender por que tantas iniciativas de política econômica frequentemente são bloqueadas na Justiça pelas partes afetadas.

A proporção de magistrados que favorece a segunda posição (B) varia de acordo com a área do Direito a que o caso se refere, sendo mais alta em litígios que envolvem o meio ambiente, os direitos do consumidor, a regulação dos serviços públicos e questões trabalhistas e previdenciárias. Por outro lado, a maioria dos magistrados considera que deve prevalecer o contratado em causas envolvendo questões comerciais, de crédito e aluguel de imóveis. Os magistrados que privilegiam a busca da justiça social ao estrito cumprimento dos contratos são maioria em todos os estratos da amostra, mas são relativamente menos preponderantes entre os juízes mais velhos e da Justiça Estadual.

A politização das decisões judiciais foi originalmente pesquisada por Sadek, e depois por [Vianna et al. \(1997\)](#), na forma de uma não neutralidade do juiz na interpretação das leis. Esses trabalhos revelam que o magistrado brasileiro se vê como responsável por promover a mudança social e em particular reduzir as desigualdades sociais, dispondo-se com frequência a ignorar não apenas os contratos mas também as leis na busca desse objetivo. Predomina a visão de que esse é um papel do juiz singular, mais do que do Judiciário enquanto instituição e que, nesse papel, o juiz deve não apenas impor o Direito feito pelo legislativo, mas fazer ele mesmo o Direito, buscando mais a “justiça” do que a certeza jurídica. Como observam [Vianna et al. \(1997\)](#), ao contrário do que em geral se imagina, considerando que o Brasil funciona em um sistema de *civil law*, o magistrado brasileiro age em larga medida como um juiz do *common law*, ainda que não aceite limitar-se por regras de precedente ou pelas decisões de tribunais superiores, que são os instrumentos que dão previsibilidade ao sistema de *common law*. Um resultado importante dessa pesquisa é que a não neutralidade do magistrado, que dá origem a decisões viesadas ou com pouca previsibilidade, pode ser um problema do ponto de vista da economia tão importante quanto a morosidade.

Essa posição dos juízes contrasta com a da maior parte de outros grupos da elite nacional. Pesquisa coordenada por Lamounier e Souza,<sup>17</sup> em que essa mesma pergunta foi colocada a uma ampla amostra de representantes políticos, empresariais, trabalhistas, acadêmicos etc., mostra que os membros do Judiciário, aí incluído o Ministério Público, têm uma visão mais radical sobre o grau em que a busca da justiça social valida o desrespeito aos contratos do que qualquer outro grupo pesquisado por esses autores. Em particular, esse resultado sugere que o posicionamento dos magistrados não reflete uma posição da sociedade a esse respeito.

A maioria dos magistrados concorda que as reformas dos anos 1990 fizeram seu trabalho mais importante do ponto de vista do funcionamento da Economia. Também observamos uma concordância majoritária com essas reformas, especialmente com a proteção mais forte à propriedade intelectual, a maior abertura ao capital estrangeiro no setor industrial, a privatização da indústria e a redução das barreiras às importações. A maioria dos entrevistados também apoia, ainda que menos fortemente, a privatização dos bancos públicos, a flexibilização das leis trabalhistas e um acesso mais fácil dos investidores ao mercado doméstico nos setores de infraestrutura e financeiro. Por outro lado, a maioria dos magistrados discordou da privatização da infraestrutura, além de discordar completamente da proposta de que os magistrados sigam, no mérito, as decisões tomadas pelo colegiado das agências reguladoras, limitando-se a garantir o respeito aos procedimentos.

No todo, a análise da pesquisa sugere três importantes temas para fins de novas pesquisas e considerações de política. Primeiro, que muito do que pode ser feito para melhorar o desempenho do Judiciário não requer uma expansão dos recursos orçamentários a ele alocados. Várias dessas iniciativas, como reformar o código de processo, são vistas pelos magistrados como muito relevantes. Uma linha interessante de pesquisa nessa área é investigar se o fato de essa reforma ainda não ter sido implementada é “apenas” um problema de ação coletiva, ou se há interesses organizados que buscam a manutenção do *status quo* (por exemplo, advogados que se beneficiam do trabalho adicional exigido pelos complexos e demorados procedimentos atuais).

Segundo, a pesquisa mostrou que existem diferenças significativas de visões entre os magistrados mais jovens e mais velhos sobre temas relevantes para o Judiciário, diferenças que nem sempre têm uma explicação clara. Por exemplo, por que os juízes mais jovens são menos favoráveis ao uso de indicadores quantitativos para avaliar o desempenho e decidir sobre a promoção dos juízes, se eles deveriam ser, a princípio, os principais beneficiários dessa política? É isso o resultado de um grau mais elevado de “politização” dos juízes mais



jovens?

E terceiro, o artigo sugere que a despeito de apoiarem as reformas dos anos 1990, os juízes têm uma postura relativamente politizada sobre a forma como os contratos e o mercado alocam riscos, posições que conflitam com a essência dessas reformas. Em particular, a maioria dos magistrados acredita que os juízes têm um papel redistributivista a desempenhar e que o objetivo de favorecer a parte mais fraca na disputa justifica a violação de contratos. Esse posicionamento reduz a segurança jurídica com que se desenrola a atividade econômica e pode fazer com que determinados mercados não se desenvolvam, prejudicando exatamente os grupos sociais que os juízes buscam beneficiar. A quase inexistência de um mercado de crédito imobiliário, em especial para as famílias de mais baixa renda, é um exemplo ilustrativo de como uma boa intenção pode terminar tendo o efeito oposto ao originalmente buscado. A importância desse posicionamento dos magistrados, notadamente por ser ele tão destoante do que pensam outros segmentos importantes da elite nacional, merece uma investigação mais profunda, analisando-se, por exemplo, em que medida ele também se observa em outros países.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. Este artigo é uma versão resumida do texto *Judiciário, Reforma e Economia: A Visão dos Magistrados*. publicado em PINHEIRO, A. C. (org.), *Reforma do Judiciário: Problemas, Desafios e Perspectivas*, Booklink Publicações, 2003.
2. Economista do IPEA e professor do Instituto de Economia da UFRJ.
3. Williamson O. *The Economic Institutions of Capitalism* Free Press 1985.
4. A pesquisa foi executada com a aplicação de um questionário especialmente desenhado a uma amostra de magistrados do Distrito Federal e 11 estados: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Mato Grosso, Pará, Roraima e Goiás, pertencentes às Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, indo de juízes de primeiro grau aos ministros dos Tribunais Superiores.
5. Pinheiro AC. *Judiciário e Economia no Brasil* Editora Sumaré 2000.
6. Ver, por exemplo, os artigos de magistrados de diversos países latino-americanos em ROWAT, M., MALIK, W. e DAKOLIAS M.



(eds.), “Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference”. World Bank Technical Paper 260.

7. Sadek MT. A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa. In: Sadek MT, ed. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Editora Sumaré 1995.

8. Vianna LW, et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira* Editora Revan 1997.

9. Ver, por exemplo, Djankov, Lopez-de-Silanes, La Porta, e Shleifer (2001).

10. No que segue, referências às opiniões dos empresários foram extraídas de PINHEIRO, A. C. (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. Ed. Sumaré, 2000.

11. Na pesquisa de Vianna et al. (1996), 35% e 42% dos magistrados entrevistados consideraram como problema essencial e muito importante, respectivamente, o fato de que “o acesso à Justiça é oneroso, ocasionando uma seleção social de seus beneficiários”, sugerindo que o custo pode ser um importante limitante do acesso ao Judiciário.

12. Nas tabelas com os resultados da pesquisa, reproduz-se ao topo a pergunta feita aos magistrados.

13. É interessante observar que, na pesquisa realizada por Sadek, a informatização dos serviços judiciais foi apontada por 93,2% dos magistrados como muito ou extremamente importante para agilizar o Judiciário. Os resultados da [Tabela 10.6](#) sugerem que, ainda que tenha permanecido muito relevante, esse problema perdeu um pouco de sua urgência na segunda metade da década de 1990, em função, possivelmente, de progressos nessa área em muitas comarcas e tribunais.

14. Dakolias M. Court Performance Around the World: A Comparative Perspective. *World Bank Technical Paper*. 1999;430.

15. Além disso, como observam Vianna et al. (vide nota 8): “Importa destacar que a ambiguidade constitutiva da Carta de 1988, adotando o presidencialismo depois de ter incorporado muitas das instituições do regime parlamentarista, também favoreceu essa nova centralidade assumida pelo Judiciário, levando-o a decidir os impasses institucionais entre o Executivo e o Legislativo.”.

16. Essa ampla maioria contrasta com a proporção elevada mas minoritária de magistrados que indicou que “o compromisso com a

justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei” (Sadek, 1995). Duas interpretações são plausíveis para explicar essa diferença. Primeiro, que a posição dos juízes que pensam ser seu papel fazer justiça social, independente da estrita observância das bases legais para isso, tenha crescido nos últimos anos. Segundo, que o respeito aos contratos seja, é claro, menor que às leis, até porque ela dá grande latitude ao juiz na hora de julgar a aplicação de um contrato, ficando muito dependente da cultura prevalecente na magistratura que, a julgar pelos resultados da [Tabela 10.15](#), valida esse tipo de atitude.

17. Lamounier B, Souza A. *As Elites Brasileiras e o Desenvolvimento Nacional: Fatores de Consenso e Dissenso* Idesp 2002.

## CAPÍTULO 11

# Brasil: um novo horizonte

Maílson da Nóbrega

### Introdução

O colapso do nacional-desenvolvimentismo nos anos 1980 tornou imperativa a construção de uma Economia orientada pelo mercado no Brasil. Felizmente, o processo se iniciou simultaneamente à exaustão daquele modelo. Os primeiros esforços para substituir o primitivo arranjo institucional das finanças públicas — que auxiliariam na geração das reformas estruturais e na estabilidade macroeconômica dos anos 1990 — ocorreram nos anos 1983 e 1984 e começaram a produzir mudanças logo após a democratização (1985).

Com o Plano Real, o processo de reforma do Estado se acelerou. No lado das finanças, incluiu a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal e a aquisição, pelo Banco Central, do status de organização autônoma na prática. A preservação da política econômica pelo governo Lula teve a influência dos sinais gerados pelas novas instituições, que apontavam riscos políticos, econômicos e sociais sérios caso fosse implementada a plataforma eleitoral do PT, que pregava uma ruptura na política econômica.

De fato, a percepção da inviabilidade das antigas ideias do PT é o que explica a divulgação da Carta ao Povo Brasileiro, assinada por Lula em junho de 2002, na qual apareceram os primeiros sinais formais da moderação que viria a caracterizar o seu governo. O documento assinalou o compromisso do então candidato com a geração de superávits primários e com o cumprimento dos contratos.

Este artigo está organizado como se segue: a segunda seção aborda a evolução do modelo do nacional-desenvolvimentismo, desde seus primórdios nos anos 1910 e 1920 — incluindo as ideias lançadas na segunda dessas décadas pelos tenentes — até o seu colapso nos anos 1980, quando começou a ficar clara a necessidade de construir instituições típicas do sistema capitalista. A terceira seção contém uma visão geral da importância das instituições para o

desenvolvimento. A quarta seção analisa as características das finanças públicas até meados dos anos 1980, indicando as razões do seu primitivismo institucional e as mudanças que puseram fim à “conta de movimento” do Banco do Brasil e às funções de fomento do Banco Central e permitiram a unificação orçamentária. A quinta seção contém uma apreciação dos efeitos mais visíveis das mudanças. A sexta seção conclui o artigo.

## **Nacional-desenvolvimentismo: ascensão e queda**

O nacional-desenvolvimentismo alcançou o auge entre os anos 1950 e 1970. Seu principal instrumento de política foi a substituição de importações, mas seria exagero afirmar que o modelo teria sido uma reprodução, em pleno século XX, das visões mercantilistas dos séculos XVI e XVII na Europa, as quais buscavam a prosperidade mediante a intervenção na Economia.

Para os mercantilistas, a riqueza de uma nação se media pela quantidade de metais preciosos, ouro e prata que possuísse. Se exportasse mais do que importasse, aumentaria sua riqueza. O objetivo era a autossuficiência e, por isso, o Estado deveria apoiar os que criassem novas indústrias. O estímulo à agricultura objetivava reduzir importações de alimentos e aumentar a base tributária. A regulação do comércio exterior fixava tarifas altas para bens manufaturados e tarifas baixas para matérias-primas. Entendia-se que uma frota naval poderosa permitiria o controle do mercado externo, evitaria a dependência de navios estrangeiros e geraria prestígio e poder militar.

Salvo o conceito de riqueza, as demais ideias permearam as estratégias de desenvolvimento da América Latina até os anos 1970. No Brasil, o intervencionismo estatal para proteger a indústria doméstica e a agricultura já aparecia no princípio do século passado: a nacionalização de ferrovias em 1901 e o convênio de Taubaté em 1906.<sup>1</sup> Os anos 1920 assistiram ao nascimento dos bancos estaduais e às primeiras demandas de apoio oficial a produtos específicos: açúcar, charque, algodão, fumo e arroz.

Por razões distintas do mercantilismo, a ideologia do intervencionismo adquiriu musculatura com os tenentes que protagonizaram atos de bravura nos anos 1920. Eles queriam livrar o Brasil do atraso e viam a saída em um Estado forte, autoritário e capaz de promover as transformações requeridas. Almejavam transformar o Brasil em uma potência militar e acreditavam que isso exigiria a formação de uma ampla base industrial. Afinal, diziam com razão, não há exemplo de potência militar sem uma indústria nacional.

Nóbrega<sup>2</sup> mostra que a Revolução de 1930 encontrou amplo apoio de diversos

segmentos da sociedade ao intervencionismo estatal: os industriais, os agricultores, os militares, os políticos, a classe média, os trabalhadores, a esquerda, a direita, os estudantes e os Estados. Havia também os exemplos do exterior, onde a intervenção era comandada por distintos regimes políticos: “New Deal” nos Estados Unidos, comunismo na União Soviética, nazismo na Alemanha e outras experiências autoritárias na Espanha, em Portugal e na Itália.

Nos anos 1930, surgiu o estado-empresário. O Banco do Brasil, antes um banco comercial com certas funções de banco central (redescontos, depósitos de instituições financeiras e fiscalização bancária), começou a se transformar em agente de programas de desenvolvimento. Ganhou em 1937 a Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, que viria a ser a grande fonte de financiamento setorial nos cinquenta anos seguintes.

Na década de 1940, foram criadas empresas estatais em setores básicos: Cia. Siderúrgica Nacional, Cia. Vale do Rio Doce, Fábrica Nacional de Motores, Cia. Nacional de Álcalis e Cia. Hidroelétrica do São Francisco. Nos anos 1950, foi a vez do BNDE (redenominado BNDES), do Banco do Nordeste, da Petrobras e da Eletrobrás. Nos anos 1960, já com os militares no poder, surgiram o BNH, a Embratel, a Telebrás, a siderbrás e as subsidiárias da Petrobras: a Petroquisa para a petroquímica e a Braspetro para as atividades no exterior.

Ao estado-empresário, se associou a doutrina da substituição de importações, que ganhou substância teórica com os trabalhos da Comissão Económica para América Latina — Cepal, órgão da ONU encarregado de auxiliar os governos da região a pensar suas estratégias de desenvolvimento. A Cepal teve grande influência na adoção de políticas de desenvolvimento baseadas na doutrina. Estratégias baseadas nas exportações, adotadas posteriormente pelos países asiáticos, não tiveram vez na região.

De fato, a América Latina vinha da experiência negativa da queda de preços de seus produtos tradicionais nos mercados externos durante a Grande Depressão e a Segunda Guerra. Seus líderes desconfiavam de modelos de promoção de exportações, mesmo daqueles focalizados nas vendas de manufaturados.<sup>3</sup> A escassez provocada pela guerra forçou o Brasil a produzir para substituir bens importados. Era natural que, nesse ambiente, o processo tenha se transformado em estratégia.

A ideia foi reforçada por um documento de 1948, preparado pelo secretário-geral da Cepal, Raúl Prebisch, no qual foi lançada a teoria da deterioração dos termos de intercâmbio, segundo a qual a América Latina perdia com o comércio exterior. Os produtos primários que exportava tinham preços declinantes; as importações de manufaturados tinham preços crescentes. Estudos posteriores questionaram a teoria, mas na época ela se encaixava perfeitamente nas crenças e

nos interesses da região.

Nos anos 1950, o nacional-desenvolvimentismo era uma tese vencedora, que podia ser resumida em três princípios: (1) industrialização por substituição de importações em setores industriais de alta prioridade, como a indústria automobilística e outros bens de consumo durável; (2) acumulação rápida de capitais mediante ampliação do acesso a fontes públicas e privadas de financiamento externo; (3) intervenção do Estado para incentivar e canalizar o investimento privado para as áreas prioritárias.

O nacional-desenvolvimentismo latino-americano tinha pontos comuns com o populismo econômico. Ambos prometiam a industrialização e a prosperidade. No Brasil, essa combinação apareceu com Juscelino Kubitschek. A construção de Brasília refletia o pensamento desenvolvimentista. O “cérebro das decisões nacionais”, como o presidente chamava a capital, iria para o centro do país, de onde irradiaria o desenvolvimento. Daí por que Brasília foi considerada a “metassíntese” do Plano de Metas de Kubitschek.

Os primeiros sinais das falhas do modelo apareceram com a inflação da segunda metade do mandato de Kubitschek, que se agravou no governo populista de João Goulart e contribuiu para formar o ambiente em que se deu o movimento militar de 1964. A chegada dos generais ao poder era a oportunidade de enfatizar os ideais dos tenentes. Alguns deles se tornaram figuras importantes do novo governo. Antes disso, já haviam influenciado a formação da doutrina de Segurança e Desenvolvimento da Escola Superior de Guerra.

O governo militar subjugou a inflação com medidas de austeridade fiscal e monetária. Ao mesmo tempo, promoveu mudanças institucionais que ampliaram o potencial de crescimento da economia: reforma tributária, criação do Banco Central, leis de mercado de capitais e de comércio exterior, eliminação de restrições ao capital estrangeiro, gestão moderna da dívida pública e assim por diante.

Não havia oposição à estratégia, mas restrições ao direito de greve e à liberdade de imprensa evitavam o surgimento de críticas. Sem depender de barganhas políticas, os militares recorreram a técnicos qualificados para gerir as políticas públicas, particularmente na área econômica, o que gerou ganhos inequívocos de eficiência.

O autoritarismo do período militar contribuiu, portanto, para o avanço do nacional-desenvolvimentismo. A rigor, a divergência entre os militares e a esquerda brasileira se limitava ao campo democrático, pois os dois não se diferenciavam na estratégia. Ambos favoreciam o nacionalismo econômico e a intervenção estatal na Economia.

O problema era a inibição do debate. Críticas podiam ser consideradas

impatrióticas. Ainda que a estratégia fosse consensual, a discussão poderia ter antecipado as falhas do modelo, entre elas a ausência de incentivos corretos à inovação, a baixa prioridade à educação e a pequena importância atribuída aos ganhos de produtividade. Em certos círculos, a inflação tampouco era preocupação. Ao contrário, muitos imaginavam que ela tinha uma função benéfica ao desenvolvimento.

seria despropositado desconhecer o êxito do modelo, particularmente no governo militar. No período do chamado milagre econômico, que vai de 1968 a 1973, a economia cresceu em média 11,1% ao ano, com a indústria se expandindo 13,5%. Foi um desempenho que dificilmente será igualado e tem semelhanças com o sucesso japonês dos anos 1970 e chinês da atualidade.

O modelo começou, todavia, a ruir sob o seu próprio peso. A industrialização via substituição de importações engendrou ineficiências estruturais derivadas da longa proteção contra a concorrência estrangeira. A busca da autossuficiência, que se acentuou após os choques do petróleo da década de 1970 e na crise da dívida externa dos anos 1980, deixou uma indústria acomodada e viciada no apoio estatal, que podia até mesmo livrá-la da falência com as diversas encarnações da chamada “operação hospital”.

Em meados dos anos 1970, o modelo já fazia água, mas seus problemas foram obscurecidos por causa da ausência do debate. Assim, em vez de revê-lo, o governo Geisel optou por aprofundá-lo. O segundo Plano Nacional de Desenvolvimento deu prioridade a uma nova etapa da estratégia de substituição de importações, agora centrada nos bens de capital, nos insumos básicos e em energia.

Os ambiciosos investimentos do II PND se beneficiaram da abundância de financiamento externo derivada da reciclagem competitiva dos petrodólares, o que deve ter contribuído para reduzir o rigor na análise dos respectivos projetos. A nova realidade imposta pela segunda crise do petróleo tornou necessário rever a estratégia do II PND, mas isso era quase impossível, dado que se tratava de investimentos indivisíveis. Na verdade, o pensamento dominante dizia o oposto: os projetos precisavam de maior ênfase, por causa de sua esperada contribuição para a redução do déficit da balança comercial.

A crise da dívida externa detonada pela moratória mexicana de agosto de 1982 inviabilizou de vez a estratégia, em virtude da interrupção dos fluxos de financiamento externo dos bancos e de sucessivas renegociações da dívida, a primeira já em dezembro daquele ano. Mais do que qualquer outro segmento, as empresas estatais federais responsáveis pelos investimentos do II PND sofreram o impacto da crise, seja por conta de seu elevado endividamento, seja pela dificuldade de reajustar suas tarifas e preços. O governo começara a restringir os

reajustes por causa do agravamento da inflação.

Os problemas não eram apenas de financiamento externo nem se cingiam às estatais. O modelo afundava. Os mecanismos de financiamento à agricultura e às exportações, que haviam exercido função decisiva na estratégia, começavam a dar mostras de esgotamento. O Orçamento Monetário, por onde tinham curso as operações de fomento do Banco Central e do Banco do Brasil, exibia sinais evidentes de inviabilidade.

O nacional-desenvolvimentismo dava seus últimos suspiros, mas sua exaustão deixava uma pesada herança, que atormentaria o Brasil por anos. Seu legado incluía uma indústria complexa, mas ineficiente. Ficaram as desigualdades sociais forjadas pela baixa prioridade à educação e pela concentração da renda nas mãos dos grupos beneficiários do modelo. Ainda do lado negativo, o nacional-desenvolvimentismo forjou uma mentalidade intervencionista nas elites, uma cultura paternalista e uma crise fiscal considerável.

A oportunidade da reviravolta teria sido a democratização de 1985, mas o novo governo incorporou políticos e grupos de esquerda que pensavam como os militares. Tampouco havia diagnóstico apropriado da situação. A democracia havia gerado a expectativa de que o fim do regime militar permitiria a volta do crescimento e a extinção das mazelas sociais. Em 1986, o êxito efêmero do Plano Cruzado deu a sensação de que a inflação poderia ser combatida sem dor e de que a retomada do crescimento dependia mais de vontade política do que de condições estruturais objetivas.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi instalada nesse contexto. A Constituição foi elaborada com os olhos no espelho retrovisor. Seu conteúdo econômico se pautou pelas ideias ultrapassadas do Estado interventor e paternalista. Duas ideias-força foram desastrosas no campo fiscal, a de que se deveria “resgatar a dívida social” via gastos públicos (em oposição ao resgate da dívida externa, condenada pelos defensores da moratória unilateral) e “garantir” direitos contra futuras investidas autoritárias. Direitos sociais foram constitucionalizados sem preocupação com sua viabilidade financeira.<sup>4</sup>

Paradoxalmente, a Constituição de 1988, que intentava revigorar o nacional-desenvolvimentismo, foi a sua pá de cal. Agravou a crise fiscal herdada do modelo, criou uma rigidez orçamentária sem paralelo, aprofundou as ineficiências e contribuiu para acelerar o processo inflacionário.

No final dos anos 1980, o debate e a crise começaram a contribuir para o diagnóstico dos problemas. Tornou-se evidente a necessidade de abrir a Economia, e as primeiras medidas foram adotadas em 1988 e 1989: revisão da estrutura tarifária e início da eliminação da lista de importações suspensas e de outras restrições. A privatização ganhou adeptos dentro e fora do governo. As



mudanças ganharam ímpeto em 1990, no governo Collor.

No campo das finanças públicas, as mudanças começaram em 1986, com base em estudos realizados entre 1983 e 1984, quando começou a ser percebida a necessidade de reforma do primitivo arranjo institucional das finanças públicas, que era incompatível com a democracia que se avizinhava. Nesse arranjo, inexistiam restrições orçamentárias fortes para proteger o Tesouro e a sociedade contra as pressões de grupos de interesse ou para barrar o populismo e o voluntarismo inconsequentes.

Apesar da sobrevivência de correntes adeptas da intervenção estatal do passado, os anos 1990 viram iniciar-se a percepção de que a única opção disponível era viabilizar um novo modelo de desenvolvimento, agora centrado em uma economia orientada pelo mercado. Era preciso reformar o Estado e construir as instituições adequadas ao funcionamento do novo modelo. Como se verá adiante, o Brasil já deu grandes passos na construção de suas instituições económicas.

## As Instituições E O Desenvolvimento

Os estudiosos mais recentes não têm dúvida sobre o papel das instituições no desenvolvimento. Instituições, segundo North,<sup>5</sup> são “as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, as restrições construídas pelo homem para forjar a interação humana. As instituições reduzem riscos e estruturam incentivos para as transações de natureza política, social ou económica entre as pessoas”. As instituições incluem também as organizações, a mídia independente e as crenças da sociedade.

As sociedades, a economia e o sistema político são estruturados segundo “uma complexa mistura de regras, normas, convenções e comportamentos, que juntos formam a maneira como operamos e determinam o sucesso em atingir nossos objetivos”.<sup>6</sup>

Para Rodrik,<sup>7</sup> países ricos são aqueles nos quais os investidores se sentem seguros em relação aos seus direitos de propriedade, o Estado de direito prevalece, os incentivos estão alinhados com objetivos sociais, políticas monetária e fiscal estão ancoradas em sólidas instituições, e os cidadãos gozam de liberdades civis e podem recorrer a mecanismos de representação política. Países pobres são aqueles nos quais esses arranjos inexistem ou são inadequados. Com o objetivo de realçar a importância das instituições para o desenvolvimento, o Banco Mundial dedicou ao tema um de seus relatórios anuais.<sup>8</sup> Easterly e Levine<sup>9</sup> encontraram forte correlação entre as instituições e o desenvolvimento.

As instituições viabilizam transações impessoais. A empresa não precisará conhecer pessoalmente o comprador de seu produto para efetuar a operação de venda. Ele se valerá de um conjunto de informações sobre o mercado, os preços, os meios de transporte, o financiamento e outras. Examinará a capacidade de pagamento do cliente, mas dificilmente considerará o risco de expropriação. Se concluir pela concretização do negócio, espera que, se necessário, o Judiciário fará cumprir o contrato.

Antes, as transações eram pessoais. A venda se baseava na reputação do comprador. O custo de transacionar com desconhecidos era elevado, o que inibia o desenvolvimento do comércio. Antes da criação do ambiente institucional que sustenta as trocas impessoais, a punição pelo não cumprimento de contratos era o ostracismo ou a violência. O constrangimento moral ou o temor da violência criavam incentivos ao bom comportamento, mas não garantiam que os contratos fossem cumpridos. Nesse ambiente, o comércio se restringia aos limites da vila.

De fato, para que o comércio ultrapassasse as fronteiras da comunidade, era preciso incorrer em custos para assegurar o recebimento do valor da venda das mercadorias. A saída era usar alguém de confiança, em geral um parente, para acompanhar a mercadoria e condicionar sua entrega ao prévio pagamento. À medida que as distâncias aumentaram, tornou-se necessário manter um cobrador-residente, o que implicava custos adicionais.

Antes da evolução iniciada século XVII, que gerou instituições para garantir direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos, a Europa pré-moderna conheceu arranjos organizacionais que viabilizavam a transação impessoal, qual seja o “Community Responsibility System — CRS”.<sup>10</sup> Por esse sistema, os comerciantes transacionavam com indivíduos cuja conduta não precisavam conhecer.

Depois da queda do Império Romano, o CRS constituiu o primeiro mecanismo a tornar possível a segregação entre a operação de compra e a de venda, no tempo e no espaço. O sistema se desenvolveu em cidades a oeste do Mar Báltico e ao norte do Mar Adriático, nas quais o comércio era conduzido sob regras estabelecidas pelas comunidades, que asseguravam o cumprimento de contratos e, assim, as transações impessoais.

O interesse dos membros dessas comunidades não era o de ministrar a Justiça, mas atender a seus interesses pessoais. Fazer parte da comunidade era um processo longo e custoso. Como assinala Greif, em Veneza um indivíduo somente adquiria a cidadania local depois de pagar impostos por 25 anos.

O CRS era um sistema solidário, cujos membros eram responsáveis financeiramente por todos. Uma regra do rei Henrique I, incorporada em licença concedida à City de Londres e que vigorou entre 1130 e 1133, determinava que

todos os devedores deveriam pagar suas dívidas ou provar que nada deviam. Caso se recusassem, os credores podiam buscar na comunidade o respectivo recebimento.

O CRS regulava transações comerciais entre os comerciantes ingleses e os de comunidades na Polónia, na Alemanha, em Flandres, na França, na Itália e na Liga Hanseática. Tratados do século XIII celebrados entre cidades mantinham seus membros responsáveis pela pontualidade no pagamento. Era difícil haver calote. Em Florença, para obrigar o faltoso a cumprir suas obrigações, a comunidade podia vender suas propriedades ou ameaçá-lo de banimento. Na Inglaterra, fundos comunitários cobriam débitos em atraso, que eram devolvidos em dobro pelo devedor.

As feiras das cidades medievais da Europa floresceram sob o estímulo do CRS. O comerciante que delas participasse tinha acesso a informações para manter transações com um membro de outra comunidade sem conhecê-lo pessoalmente. A autoridade poderia proibir o faltoso de participar das feiras. Na Alemanha e na França, o CRS era reconhecido em lei, o que indica a importância que lhe era atribuída. O sistema funcionava como um seguro de crédito, sob normas duríssimas derivadas das particulares condições políticas, econômicas e sociais da época, o que para alguns lhe conferia características bárbaras.

Em meados do século XIII, a falsificação de documentos e a dificuldade de verificar sua autenticidade começaram a minar a viabilidade dos CRS na Inglaterra. Na Itália, o sistema foi erodido porque os faltosos se evadiam, o que os livrava da perda de bens. Além disso, seu funcionamento começou a ficar politicamente inviável, dado que seus custos e benefícios não eram distribuídos de forma satisfatória.

No final do século XIII, o CRS foi abolido na Itália e em outros países, mas continuou funcionando onde certos aperfeiçoamentos mantiveram sua efetividade. Sua inviabilidade se tornou crescente à medida que as garantias de direitos civis começaram a nascer na Europa. As autoridades perderam o poder de invadir a residência do devedor. Surgiram as leis de falências para proteger o devedor contra a corrida de credores. Ao mesmo tempo, nasciam instituições do Estado de Direito, que baseiam o cumprimento de contratos na responsabilidade individual e não na responsabilidade coletiva típica do CRS.

Os historiadores adotam o ano de 1494, quando a França invadiu a Itália, como o início do fim do absolutismo na Europa,<sup>11</sup> mas a gênese das instituições econômicas modernas ocorreu na Inglaterra do século XVII.<sup>12</sup> Até então, o rei satisfazia às suas necessidades de recursos, principalmente para a guerra, por meio de normas arbitrárias, que impunham empréstimos compulsórios e

permitiam a expropriação dos credores. A Carta Magna (1215) exigia a prévia autorização do Parlamento para o aumento de tributos, mas o rei manteve o poder de elevar as despesas se as financiasse com empréstimos, o que dispensava anuência prévia. Era possível, assim, empreender guerras sem necessidade de recorrer ao Parlamento.

Havia uma corte especial para julgamento de processos dos quais a Coroa inglesa fosse parte. A “Star Chamber” era composta por juízes que podiam ser demitidos pelo rei. Os credores podiam recorrer a essa corte para reclamar direitos, mas as chances de sucesso eram praticamente nulas. Não é à toa que a “Star Chamber” se tornou uma organização odiada, o que determinou sua extinção em 1641 e a aprovação de lei pela qual todos os conflitos relacionados a direitos de propriedade passaram a ser julgados na Justiça comum.

Nessa época, tornou-se claro para a aristocracia inglesa e para os comerciantes que era preciso restringir o poder arbitrário e confiscatório do soberano. É o que aconteceu com a Revolução Gloriosa de 1688, que estabeleceu a supremacia do Parlamento e impediu definitivamente que o rei invocasse seus “direitos divinos” para se situar acima da lei. A Revolução Gloriosa foi também uma revolução fiscal. As limitações ao poder de tributar foram reafirmadas. O Parlamento adquiriu competência exclusiva para decidir sobre as despesas e para auditar as contas da Coroa.

A criação do Banco da Inglaterra, seis anos depois, completou o novo arranjo institucional. O banco recebeu a incumbência de gerir o endividamento público. Os títulos do Tesouro tiveram seu pagamento vinculado à arrecadação de impostos, o que aumentou tremendamente sua credibilidade e contribuiu para ampliar o acesso ao mercado. Os juros caíram a um terço de seu nível anterior. Antes de 1688, a dívida pública era de 2% do PIB. Dez anos depois, tinha aumentado para 40% do PIB, elevando consideravelmente a capacidade de investimento do setor público e de aparelhamento para a guerra. A Inglaterra venceria sucessivos confrontos com a França.

O Judiciário ganhou independência. Para demitir juízes, era preciso antes condená-los por crimes ou mau comportamento. A demissão era ato do Parlamento e não do rei. Os juízes adquiriram autonomia para julgar e para fazer cumprir a lei e os contratos.

As mudanças estabeleceram severos controles sobre o governo. A percepção de que a situação era irreversível e de que o Parlamento impunha uma política fiscal responsável contribuiu para criar um ambiente de elevada confiança, ou de *credible commitment*, na definição de North e Weingast.

A credibilidade dos papéis públicos e as inovações financeiras permitiram sua negociabilidade. Nasceu um mercado secundário, que mais tarde geraria espaço

para a colocação e negociação de papéis privados. O mercado de capitais e de crédito floresceu, assegurando a captação de poupanças e sua adequada alocação em empreendimentos privados. Surgiram bancos em Londres para intermediar a captação e a aplicação de recursos, constituindo a base para financiar a Revolução Industrial. Na segunda metade do século XVIII, a Inglaterra emergiu como potência mundial.

Nesse mesmo tempo, abriam-se as oportunidades geradas pela descoberta do Novo Mundo e do caminho para as Índias via Cabo da Boa Esperança. O comércio atlântico floresceu, impulsionado pela segurança e pela previsibilidade propiciados pelas novas instituições. Cinco países estavam preparados para beneficiar-se do novo ambiente: Inglaterra, Holanda, França, Espanha e Portugal, mas apenas os dois primeiros o fizeram de forma eficiente, dada a qualidade de suas instituições.

No dizer de Acemoglu, Johnson e Robinson,<sup>13</sup> “a evidência sugere que o crescimento do comércio atlântico exerceu um papel central no desenvolvimento da Europa Ocidental. De fato, sua ascensão entre 1500 e 1850 foi em grande medida a *Ascensão da Europa Atlântica*, cujas características são muito diferentes das que marcaram o crescimento pré-1500” (grifos do original). O crescimento europeu refletiu o surgimento de instituições que protegiam os direitos de propriedade e a livre entrada em negócios lucrativos. As instituições econômicas contribuíram para o desenvolvimento de instituições políticas que restringiram a ação da monarquia e dos grupos a ela ligados.

Ao iniciar-se o século XVIII, as instituições inglesas haviam criado, como assinala North,<sup>14</sup> um ambiente favorável ao crescimento. Talvez mais importante, “a supremacia do Parlamento e a incorporação dos direitos de propriedade no Direito consuetudinário colocaram o poder político nas mãos de homens ansiosos por explorar as novas oportunidades econômicas e lançara as bases de um sistema Judiciário capaz de proteger e encorajar a atividade econômica”.

Os avanços na Inglaterra influenciaram a construção institucional nos Estados Unidos. A Revolução Americana nasceu sob o signo da democracia, dos direitos dos cidadãos, do Judiciário independente e da descentralização federativa. A nova nação emergiu dotada das instituições capitalistas que teriam importância decisiva em seu desenvolvimento.

Enquanto isso, Espanha e Portugal e até certo ponto a França mantiveram sistemas centralizados, nos quais o Estado controlava as atividades do comércio exterior, garantindo monopólios e outros privilégios aos grupos que apoiavam a monarquia. Esses grupos se tornaram os beneficiários dos lucros derivados do comércio e da pilhagem do Novo Mundo e da Ásia.

A cultura e as instituições ibéricas tiveram influência inequívoca na formação da América Latina. Não é o objetivo deste texto analisar as razões pelas quais a região e os Estados Unidos divergiram em seu ritmo de desenvolvimento depois de exibirem níveis semelhantes de prosperidade no início do século XIX. Seja como for, essas regiões terminaram o século XX exibindo distâncias enormes no tamanho da economia e nos respectivos níveis de bem-estar.

Vários autores cuidaram desse tema, desmontando teses desenvolvidas no pós-guerra, baseadas em estudos pouco consistentes. Estudos interessantes podem ser vistos em Haber<sup>15</sup> e Harrison.<sup>16</sup> Parece não haver dúvida de que na origem da divergência estão as fracas instituições latino-americanas, o centralismo característico da cultura ibérica e a crença excessiva no papel da intervenção estatal no desenvolvimento.

## **Brasil: do primitivismo à solidez institucional nas finanças públicas**

O colapso do nacional-desenvolvimentismo nos anos 1980 revelou que as finanças públicas brasileiras eram tremendamente vulneráveis. Ficou claro que a dificuldade de implementar o programa económico apoiado pelo FMI em 1983 residia em grande parte na falta de transparência das contas públicas. O sistema de indexação, que perpetuava a inflação, inviabilizava o cumprimento de metas nominais do déficit público, mas tornara-se evidente que o problema era muito maior.

De fato, o arranjo institucional das finanças públicas padecia de sério primitivismo, conforme se pode ver em estudo de Nóbrega e Loyola.<sup>17</sup> O Tesouro Nacional, o Banco Central e o Banco do Brasil mantinham um relacionamento incestuoso que os transformava, na prática, em uma só organização. Os três se ligavam por mecanismos que seriam insustentáveis na nova democracia que se avizinhava e poderiam ameaçar sua sobrevivência. Vejamos:

- O Tesouro Nacional inexistia na prática. Era uma entidade virtual. O Orçamento fiscal era executado por um departamento do Banco do Brasil, que centralizava o caixa da União.
- A expansão da dívida pública era autorizada pelo Conselho Monetário Nacional — CMN, e não pelo Congresso. A gestão da dívida cabia ao Banco Central.
- Os recursos para as operações oficiais de crédito do Banco do Brasil, principalmente as de empréstimos subsidiados para a agricultura e as

exportações, provinham do caixa do Tesouro e de suprimentos automáticos de fundos pelo Banco Central, via “conta de movimento”. Essas operações não constavam do Orçamento fiscal aprovado pelo Congresso Nacional.

- O BB era também o depositário das reservas voluntárias e compulsórias dos bancos comerciais. Seu status de autoridade monetária era reforçado pela “conta de movimento”.

- O Banco Central possuía uma carteira de desenvolvimento, através da qual financiava, via operações de repasse e refinanciamento com o sistema bancário, programas de crédito de variada natureza. Os recursos se originavam de mecanismo semelhante à conta de movimento”, quais sejam os “adiantamentos para fundos e programas”.

- O BC arrecadava dois impostos: O Imposto sobre Operações Financeiras e o Imposto de Exportações, que formavam “reservas monetárias”. O CMN podia autorizar gastos com base na respectiva receita, como os de intervenções no mercado financeiro e concessão de subsídios. Nem a arrecadação nem as despesas transitavam pelo Orçamento fiscal, provavelmente um caso único no mundo.

- As operações do BB e do BC eram consolidadas em um documento denominado Orçamento Monetário, que incorporava atividades inequivocamente fiscais, mas a competência para sua aprovação era do CMN e não do Congresso.

- O BB e o BC detinham capacidade ilimitada de efetuar operações ativas. Em condições normais, isso conduziria a emissões explosivas de moeda, mas o respectivo efeito expansivo podia ser neutralizado mediante colocação de papéis do Tesouro no mercado, a critério do CMN.

- Esse poder de dispor sobre a dívida pública derivava da Lei Complementar nº 12, de 1971, pela qual o CMN poderia autorizar a emissão de dívida pública com objetivos de política monetária. Neutralizar o efeito das operações do BB e do BB era uma ação de política monetária, mas na prática a norma permitia que as duas instituições aumentassem seus empréstimos à custa do endividamento do Tesouro.

- As operações do BB e do BC não eram classificadas como despesa pública, o que era na época justificado por sua natureza de empréstimo, ou seja, o seu valor retornaria ao financiador. Afora o equívoco conceitual, uma vez que o Tesouro era na realidade a fonte de recursos, o esquema garantia a concessão de subsídios sem autorização legislativa. O subsídio estava implícito na diferença entre as taxas de juros dos empréstimos e o custo da dívida pública federal.

- Em resumo, o CMN tinha o poder de autorizar gastos e de garantir o



suprimento dos correspondentes recursos. Esse arranjo institucional conferia ao CMN poderes de matar de inveja um rei da Europa medieval.

Não existiam, portanto, restrições orçamentárias para proteger os governantes da sociedade de pressões para a ampliação de gastos nem para evitar o populismo económico, que havia de certa forma adormecido no período militar.<sup>18</sup> O presidente civil a ser eleito em 1985 herdaria um esquema insustentável.

Em 1983, o Ministério da Fazenda formulou o primeiro diagnóstico da situação. Não havia dúvida de que era preciso reformar o sistema de finanças públicas, incluindo as operações de fomento do Banco Central. Em princípios de 1984, com base em proposta dos ministros da Fazenda, Ernane Galvêas, e do Planejamento, Delfim Netto, o CMN aprovou a constituição de uma Comissão para examinar a matéria e propor medidas corretivas.

A comissão foi presidida pelo autor deste artigo, que à época exercia o cargo de secretário-geral do Ministério da Fazenda (equivalente ao atual secretário-executivo). Mais de cem técnicos dos dois ministérios, do BC e do BB foram mobilizados. Em novembro de 1984, seu relatório foi submetido à apreciação do CMN, com as seguintes propostas:

- Extinção da “conta de movimento” no BB.
- Extinção das funções de fomento do BC.
- Extinção do Orçamento Monetário e incorporação de suas operações fiscais ao Orçamento da União, que seria unificado.
- Transferência da execução do Orçamento da União, do BB para o Ministério da Fazenda.
- Transferência da gestão da dívida pública, do BC para o Ministério da Fazenda.
- Transferência do poder de autorizar a expansão da dívida pública, do CMN para o Congresso Nacional.
- Criação da Secretaria do Tesouro Nacional.

Na fase final dos trabalhos, irrompeu um movimento de funcionários do BB contra as medidas, movidos pela impressão de que se tramava a destruição do banco, sob orientação do FMI e do Banco Mundial. O movimento ganhou o apoio no Congresso, onde havia uma bancada de doze parlamentares funcionários do BB. O presidente do Tribunal de Contas da União, também funcionário do BB e amigo do presidente da República, João Figueiredo, engrossou a corrente e conspirou para bloquear as medidas.

O clima tomou as páginas dos jornais. Um deputado, Élquisson Soares (PMDB/BA), moveu uma ação popular contra as medidas e obteve uma liminar em dezembro de 1984, a qual determinou o arquivamento dos estudos e a



revogação da extinção da “conta de movimento”.

Parecia que a reforma havia morrido, mas a força de suas ideias era maior do que as pressões para manter o *status quo*. Assim, pouco mais de um ano depois, em fevereiro de 1986, o assunto voltou à baila, provocado pelo próprio Banco do Brasil. O BB havia anunciado que seu lucro teria sido um reforço à receita do Tesouro Nacional, via pagamento do respectivo Imposto de Renda. As áreas técnicas do Ministério da Fazenda fizeram ver ao ministro Dílson Funaro que, em termos práticos, o caixa do Tesouro permanecera o mesmo, pois o “desembolso” era uma operação meramente contábil, via “conta de movimento”. O ministro determinou ao seu secretário-geral, João Batista de Abreu, que examinasse formas de mudar a situação.

Abreu, que havia sido o vice-presidente da comissão de reforma, informou que bastaria desarquivar os estudos e submetê-los novamente ao CMN. É o que foi feito. Naquele mesmo mês, o Conselho aprovou novamente a extinção da “conta de movimento”. O deputado soares voltou à carga, e a mesma juíza determinou uma vez mais o arquivamento, mas os tempos eram outros. O Ministério da Fazenda conseguiu derrubar a liminar. A marcha da reforma foi retomada.

Ainda em 1986, criou-se a Secretaria do Tesouro Nacional. Pela primeira vez, o Ministério da Fazenda iria contar com uma equipe permanente e estruturada para administrar o Tesouro, o que teve indiscutível importância nos passos posteriores para construir um sistema decente de finanças públicas federais.

Em maio de 1987, voltei à Secretaria-Geral do Ministério da Fazenda, agora sob o comando do ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. Estava em curso um plano de estabilização monetária (o Plano Bresser), e o ministro me convocou uma tarde para informar que eu teria a função de preparar os estudos para conferir ao titular da pasta poderes para controlar efetivamente os gastos públicos. Disse-lhe que a saída não seria ganhar, mas *perder* poderes, explicando que a falta de restrições orçamentárias era o grande empecilho ao exercício de uma política fiscal austera. Entretanto, os estudos já estavam prontos. Bastava concluir a reforma.

O ministro aprovou a ideia. Menos de um mês depois, em 12 de junho, o governo anunciou três medidas: a extinção das funções de fomento do Banco Central, a transferência da gestão da dívida pública, do Banco Central para a Secretaria do Tesouro Nacional, e a unificação do Orçamento da União, com a consequente extinção do Orçamento Monetário. Ainda em 1987, proposta encaminhada ao Congresso contemplava pela primeira vez a unificação orçamentária. O Orçamento de 1988 seria executado pela equipe econômica chefiada pelos ministros que haviam sido presidente e o vice-presidente da

comissão de reforma. Eu e Abreu havíamos-nos tornado, respectivamente, ministro da Fazenda e ministro do Planejamento. Estava concluído o processo. Agora era avançar em novas áreas.

## **Novas medidas reforçam arranjo institucional. Sinais dos novos tempos**

Medidas adicionais de ajuste à nova situação foram adotadas já a partir de 1989. O Banco Central, livre de funções estranhas à sua missão de defender a estabilidade da moeda, iniciou um profundo processo de modernização. A partir de 1994, a estabilidade econômica proporcionada pelo Plano Real e as mudanças mentais em curso na sociedade deram impulso a um novo ciclo de reforma do Estado, que incluiu a aceleração da privatização das empresas estatais, bem como a correspondente criação de marcos regulatórios e de agências reguladoras autônomas.

Na área fiscal, surgiu a Lei de Responsabilidade Fiscal — LRF, aprovada em 2000. A LRF é o ponto culminante do processo de reforma de finanças públicas aqui comentado. Sua importância institucional deriva, em primeiro lugar, de seu status de lei complementar, que constitui um nível hierárquico típico do constitucionalismo brasileiro. A lei complementar regulamenta dispositivo da Constituição e, por isso, tem abrangência nacional, obrigando todas as unidades da Federação. Ao contrário de sua similar na Argentina, a LRF não é uma lei federal: a União, os Estados e municípios devem observar suas normas e limites.

Em segundo lugar, a LRF é consequência da evolução mental da sociedade. O largo apoio de que a lei desfruta na opinião pública é o reflexo de uma nova cultura de responsabilidade fiscal. Para se ter ideia da mudança, em novembro de 2004 o governo de Minas Gerais colocou um anúncio nos principais jornais do país destacando que o Tesouro estadual havia alcançado o déficit zero, o que indicaria a seriedade na gestão pública e a atratividade do Estado para realizar investimentos. Ao que me consta, essa foi a primeira vez que o déficit zero foi utilizado no Brasil como instrumento de marketing.

A LRF se tornou uma unanimidade na mídia brasileira. No seu início, a lei foi recebida com ceticismo, pois muitos imaginavam tratar-se de mais uma das tentativas frustradas de estabelecer restrições orçamentárias fortes no Brasil. Duvidou-se da resistência da LRF a pressões comuns das eleições.

Na verdade, a lei superou esse pessimismo e se firmou. Passou incólume por três eleições e tem resistido às investidas de governadores e prefeitos para flexibilizar suas regras. Quando estava na oposição, o PT apelou ao Supremo

Tribunal Federal para mudar aspectos relevantes da lei, no que foi derrotado. Agora no governo, o partido se tornou um defensor dos princípios da LRF.

Por último, a LRF fixou limites para o endividamento público em todas as esferas de governo, bem como para os gastos de pessoal. Estabeleceu também restrições à contratação de funcionários durante as eleições. Empréstimos do sistema financeiro concedidos sem a observância das regras podem ser considerados nulos de pleno direito. Adicionalmente, foi aprovada lei que tipificou o crime de responsabilidade fiscal, a que estarão sujeitos os administradores que não cumprirem a LRF. As penas vão da perda de direitos políticos à prisão. A LRF tem sido elogiada por organizações multilaterais como o FMI e o Banco Mundial, que a consideram um exemplo a ser adotado por outros países.

A evolução institucional do Banco Central não é menos impressionante. Como se viu, o BC vivenciou um relacionamento incestuoso com o BB e o Tesouro Nacional, que foi saneado. Com o Plano Real, o BC se transformou em verdadeiro guardião da estabilidade da moeda, função que nunca exercera desde sua fundação em 1965.<sup>19</sup> Em 1994, a criação do Comitê de Política Monetária introduziu a decisão colegiada para a taxa de juros, com divulgação prévia e ampla das datas da reunião. Antes, cabia ao diretor de política monetária decidir solitariamente sobre a matéria, sem tempo certo e às vezes mediante consulta ao presidente do banco.

Com o regime de metas de inflação inaugurado em 1999, o BC elevou substancialmente o grau de transparência da política monetária. Passou a divulgar a ata das reuniões uma semana depois. A cada três meses, sai o relatório de inflação, o qual contém os modelos utilizados pelo BC em seus exercícios de projeção e as variáveis-chave consideradas para decidir sobre a taxa de juros.

Essa situação de *full disclosure* contribuiu para a formação de uma rede de especialistas (*watchers*) nas consultorias e nos departamentos económicos das instituições financeiras, os quais aprenderam como o Copom decide e passaram a antecipar as decisões com razoável precisão. Esses *watchers* imputam semanalmente nos computadores do Banco Central suas estimativas para as variáveis mais relevantes. Mensalmente, o BC divulga uma lista dos *top five*, indicando os *watchers* mais bem-sucedidos nas projeções de indicadores macroeconômicos. Esse mecanismo estabeleceu uma competição entre os especialistas, pois ter o nome na lista se tornou uma fonte de prestígio ou de preservação da base de clientes.

Na área de regulação, também houve avanços importantes. O Conselho Administrativo da Defesa Económica — Cade — se consolidou na área de defesa da concorrência e tem sido administrado por profissionais de elevada

qualidade técnica e recrutados nos melhores centros, inclusive nas universidades. O mesmo se pode dizer das agências reguladoras dos serviços de infraestrutura, que também se tornaram autônomas e têm resistido a tentativas de captura pelo governo federal.

Esses três avanços institucionais — LRF, Banco Central e regulação — criaram uma nova realidade no Brasil, que foi reforçada por uma mídia eficiente e independente, tornando impossível a manipulação da opinião pública pelo governo. Antes, essas áreas podiam ser utilizadas com fins políticos. Agora, ações voluntaristas para manipular o Orçamento, a política monetária ou as tarifas dos serviços públicos serão detectadas instantaneamente pela mídia e pelos especialistas, que poderão antecipar os seus efeitos negativos e disseminar suas conclusões nos mercados e na opinião pública.

Suponha, por exemplo, que o presidente da República determine ao Banco Central uma redução da taxa de juros básica e que a diretoria do BC se curve a essa ordem (o que seria pouco provável). No momento do anúncio da nova taxa, identificar-se-á instantaneamente seu cará-ter populista. Instalar-se-á uma crise de confiança, cujas consequências serão subida do dólar, queda das bolsas e incertezas nos mercados de juros e câmbio. Negócios serão adiados, operações de financiamento serão suspensas. O país começará a parar. O governo será punido pela chamada disciplina de mercado.

Movimentos punitivos também ocorrerão em outras áreas. A integração que o país já tem com o mundo fará com que os efeitos da crise de confiança interna se reproduzam e se amplifiquem nos mercados internacionais. Os prêmios de risco dos papéis brasileiros dispararão. Haverá um aumento da aversão ao risco do país, o que começará a bloquear os fluxos de recursos externos. Em pouco tempo, as exportações e as importações sofrerão os efeitos da interrupção do financiamento externo. As empresas multinacionais começarão a rever seus planos e podem interromper investimentos até que a situação desanuvie.

No *front* interno, a crise receberá ampla cobertura da mídia. A opinião pública reagirá imediatamente, como aconteceu em casos semelhantes, mediante atitudes mais conservadoras no consumo de bens, em especial os que dependem de financiamento. O clima levará os bancos a puxar o freio de suas operações de empréstimo. A postura desses dois lados desembocará numa crise de crédito, que agravará a situação. A percepção de que o país vai piorar influenciará as avaliações do governo e do presidente, que tenderão a experimentar quedas intensas de sua popularidade. O governo se verá diante da necessidade de reverter o erro ou enfrentar o severo julgamento das urnas. No limite, o presidente sofreria um processo de *impeachment* por conduta irresponsável.

Esse cenário recorre às hipóteses mais favoráveis de funcionamento das

instituições económicas, mas dificilmente seria muito diferente. Basta ver o que aconteceu no governo atual. O presidente Lula preservou as linhas básicas da gestão macroeconómica do governo anterior porque amadureceu politicamente, e, sobretudo, por ter assimilado a nova realidade. Mudar, como pensara, seria suicídio político. A convicção de que tomou o único caminho disponível e de que não pode brincar com a política económica é um dos mais impressionantes aspectos de seu comportamento como chefe do governo. Lula transmite a impressão de que se deu conta não apenas dos riscos, mas também de que o fracasso seria imputado somente a ele perante a História.

O Brasil tem inúmeros problemas a resolver, derivados do colapso do nacional-desenvolvimentismo e do envelhecimento das estruturas erguidas durante o período Vargas e nos governos militares. São destaques o caos tributário, a rigidez orçamentária, o anacronismo da legislação trabalhista, a morosidade e a imprevisibilidade do Judiciário, além das falhas na educação e na distribuição da renda. São problemas difíceis, cuja solução exigirá complexas mudanças institucionais ao longo de sucessivos governos.

Felizmente, estamos no caminho certo para enfrentá-los. A democracia se enraizou e dá sinais continuados de vitalidade. A opinião pública se tornou intolerante à inflação e à corrupção. Os avanços institucionais puseram o governo sob forte controle social. Há sinais de uma descentralização inédita, que antecipa como será o futuro.

O desempenho favorável do agronegócio é talvez o efeito mais conspícuo desse novo Brasil. Os avanços complementares de que precisamos vão requerer tempo e paciência, dada a natureza incremental das transformações em sociedades democráticas. Não pode haver dúvida, todavia, de que podemos ter entrado em um processo irreversível de mudanças, que conduzirão o Brasil a materializar todo o seu enorme potencial.

## Conclusão

O nacional-desenvolvimentismo teve indiscutível êxito, particularmente durante o regime militar. Nos seus setenta anos, o Brasil se tornou uma das economias de maior crescimento do mundo e chegou a ocupar o 8º lugar na classificação pelo tamanho do PIB. Tratava-se, todavia, de modelo sem sustentação de longo prazo, seja pelos seus custos fiscais, seja pela ausência de incentivos corretos à inovação e aos ganhos de produtividade. A educação exerceu papel secundário no processo. O modelo se exauriu em meio à crise fiscal irrompida no final dos anos 1970, que se agravou com o choque do petróleo (1973 e 1979), com a

elevação dos juros nos Estados Unidos (1979/1980) e com a crise mundial detonada com a moratória mexicana (1982).

O nacional-desenvolvimentismo engendrou uma base industrial complexa, mas pouco competitiva. Legou-nos um padrão mental intervencionista e paternalista, uma péssima distribuição de renda e acentuadas desigualdades sociais. A Constituição de 1988, guiada por ideias envelhecidas, tentou reerguer o modelo e ampliou substancialmente a despesa pública em favor de grupos de interesse. O excesso de dirigismo e seus efeitos fiscais estão na raiz das dificuldades para que a economia volte a crescer muito e de forma sustentada. Paradoxalmente, a Constituição colocou uma pá de cal no modelo. Os problemas que criou aceleraram o processo inflacionário e contribuíram para formar consensos sobre a necessidade de mudanças.

Malgrado a existência de correntes que continuaram defendendo o modelo intervencionista, nos anos 1990 ampliou-se a percepção de que a alternativa viável era construir as instituições para viabilizar uma economia orientada pelo mercado.

Instituições são as regras do jogo em uma sociedade, ou seja, as restrições construídas pelo homem para forjar a interação humana. As instituições reduzem riscos e estruturam incentivos para as transações de natureza política, social ou económica entre as pessoas. As instituições viabilizam transações impessoais e contribuem para o desenvolvimento.

A construção de instituições políticas e económicas constitui um dado novo da realidade brasileira. A partir de 1986, iniciou-se a reforma das finanças públicas, que resultou no fim da “conta de movimento” do Banco do Brasil, na extinção das funções de fomento do Banco Central e na unificação orçamentária.

Nos anos 1990, uma nova fase teve início com a privatização e outras reformas estruturais. O Plano Real contribuiu para acelerar o processo. Em 2000, foi aprovada a Lei de Responsabilidade Fiscal. O Banco Central adquiriu o status de instituição autónoma na prática. O Conselho de Defesa Económica — Cade — se firmou como instituição autónoma de defesa da concorrência e foram criadas as agências reguladoras independentes.

A construção de instituições económicas fortes criou restrições ao exercício do populismo económico. A preservação da política económica pelo presidente Lula é o mais importante efeito dessas mudanças. Assim, ainda que restem inúmeros problemas estruturais a resolver, a consolidação da democracia e as mudanças no padrão mental da sociedade constituem os instrumentos para diagnosticar, enfrentar e resolvê-los.

O Brasil está construindo uma economia orientada pelo mercado, na qual caberá ao Estado fornecer, mediante instituições fortes e estáveis, os incentivos

para que o mercado e os empreendedores criem riqueza e bem-estar. Estamos diante de um novo horizonte.

## Notas E Referências Bibliográficas

1. O convênio de Taubaté foi firmado pelos três principais estados produtores de café (São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro) com o objetivo de estabelecer um esquema de intervenção para assegurar preços mínimos mediante a formação de estoques e controle da produção cafeeira. Foi um predecessor de esquemas semelhantes adotados pelo governo americano nos anos 1930 no contexto do *New Deal* e por vários outros países no pós-guerra. Mecanismos institucionais permanentes para assegurar preços mínimos a certos produtos agrícolas foram criados no Brasil nos anos 1950 e ampliados vinte anos mais tarde.
2. Nóbrega M. In: Ouvindo o Brasil Bolívar Lamounier, ed. *Presença do Estado na Economia e na Sociedade*. São Paulo: Editora Sumaré; 1992.
3. Sikkink K. *Ideas and Institutions: Developmentalism in Brazil and Argentina* Cornell University Press 1991.
4. Nóbrega M. *O Brasil em Transformação* Editora Gente 2000.
5. North Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* Cambridge University Press, 1990 1990.
6. North DC, Summerhill W, Weingast BR. Order, Disorder and Economic Change: Latin America vs North America. In: Bruce Bueno, Mesquita, Hilton Root, eds. *Governing for Prosperity*. Yale University Press 2000.
7. RODRIK, D. Getting Institutions Right. *CESifo DICE Report*, 2004.
8. World Bank. Growth and Institutions. *In World Economic Outlook*, abril, 2003.
9. Easterly W, Levine R. *Tropics, Germs, and Crops: How Endowments Influence Economic Development* NBER 2002.
10. GRIEF, A. Institutions and Impersonal Exchange: The European Experience. Stanford Law School, J. M. Olin Program in Law and Economics, *Working Paper* Nº 284, 2004.
11. Alesina A, Spolaore E. *The Size of Nations* The MIT Press 2003.
12. North DC, Weingast B. Constitutions and Commitment: the Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-

century England. In: *Empirical Studies in Institutional Change*, Lee J Alston. Cambridge University Press 1996; Thráinn Eggertsson and Douglass North (editors).

13. Acemoglu D, Johnson S, Robinson J. *The Rise of Europe: Atlantic Trade, Institutional Change and Economic Growth* EUA: NBER; 2002.

14. North D. *Structure and Change in Economic History* W. W. Norton 1981.

15. Haber S. *Political Institutions and Economic Growth in Latin America* Hoover Institution Press 2000; HABER, S. *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America*. Hoover Institution Press, 2002.

16. Harrison LE. *Subdesenvolvimento é um Estado de Espírito* Editora Record 1985.

17. Nóbrega M, Loyola G. *The Long and Simultaneous Construction of Fiscal and Monetary Institutions in Brazil. Apresentação em Seminário sobre Bancos Centrais no Brasil e na Turquia* Center for Brazilian Studies. Oxford University 2002.

18. No regime autoritário, os militares não precisavam usar o Orçamento nem o crédito subsidiado para angariar apoio popular. O populismo econômico foi um fenômeno associado a regimes democráticos. A grande exceção é o primeiro governo de Perón, na Argentina.

19. Antes do Plano Real, o controle de inflação no Brasil dependia essencialmente de instrumentos heterodoxos como controles e tabelamento de preços, restrições às exportações para favorecer o abastecimento interno e intervenções no mercado por intermédio de estoques reguladores de produtos sensíveis como carne e leite. Entre 1986 e 1990, houve cinco tentativas frustradas de vencer a inflação mediante congelamento de preços e salários. Embora o BC tenha se envolvido no passado em esforços de controle da expansão monetária, sem muito êxito, foi a partir de 1994 que o banco começou a assumir ares de um verdadeiro banco central. Entre 1994 e 1999, seu principal instrumento foi a taxa de câmbio, que exerceu função crucial na manutenção e consolidação da estabilidade. A partir de 1999, entrou em cena o regime de metas de inflação, que tem na taxa de juros seu principal instrumento. Trata-se de experiência inteiramente nova no Brasil.



## CAPÍTULO 12

# Um olhar adiante

Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn

O nosso envolvimento com áreas de interface do conhecimento tem sido iluminador da nossa ignorância. A limitação que nos impomos ao escolher um prisma teórico ou, ainda, uma determinada área do conhecimento, para atacar os problemas da sociedade, representa limitação cognitiva talvez insuperável. Navegar em mares desconhecidos, no campo teórico, implica enfrentar jargões, abordagens e métodos estranhos e, portanto, nos obriga ao exercício da humildade precavida aliada à insistente curiosidade científica.

Ocorre que, ao longo do tempo, algumas das explorações interáreas de conhecimento acabam por consagrar-se, gerando novos campos com jargões e métodos próprios. Assim, parece-nos ser o campo da Análise Econômica do Direito e das Organizações. Na verdade, a análise econômica não compete, mas adiciona relevante perspectiva seja metodológica seja de escopo teórico-prático, amplificando as propostas que venham a ser formuladas para aumentar ou aperfeiçoar as relações intersubjetivas. Isso vale tanto para a área do Direito como das Ciências das Organizações, onde queremos agregar a Administração e as Ciências Contábeis, tal como estabelecidas no Brasil. No Direito, ao desafiar os profissionais, pesquisadores e aplicadores das leis a perceber os impactos de segunda ordem das instituições e das decisões judiciais; inibir condutas oportunistas, dar valor à confiança, boa-fé e, sobretudo, induzir à responsabilidade individual, fazendo-a instrumento da responsabilidade social. O método da economia positiva traz novas perspectivas para a pesquisa em Direito que, para bom entendedor, delineia uma avenida aberta para trabalhos empíricos, testes de hipóteses e utilização dos dados que dormem nas gavetas dos tribunais.

No campo da Administração, a análise econômica abriu perspectivas similares. A tradição da pesquisa normativa nesse campo, o da administração, pode ser ampliada com a introdução da perspectiva da análise e metodologia de pesquisa econômica. A teoria microeconômica tradicional, desenhada para o

estudo dos mercados e das firmas, vistas como função de produção, tem sido acrescida pela perspectiva de uma família de teorias que tomam como base a visão contratual da firma. Assim, estão à disposição do pesquisador e do praticante a Economia dos Custos de Transação, a Teoria da Agência, a Teoria com Base em Recursos, a Teoria dos Direitos de Propriedade, entre outras. Mais uma vez, abrem-se oportunidades para as escolas de Economia que decidem incorporar o debate da moderna Teoria da Firma ao fundamento da análise da firma como função de produção, esta última pouco útil para o exercício da estratégia. Certamente com base na firma do mundo real, proposta por Coase, pode-se desenvolver pesquisa com base na sua estrutura contratual, o que traz, também, uma avenida empírica a nos permitir análise positiva, aplicação de testes de hipóteses e o uso de instrumentos analíticos consagrados.

Caminhar nas interfaces do conhecimento tem implicações substantivas. Em primeiro lugar, é de reconhecer que nossa alçada é limitada e pode ser ampliada pela outra área. A divisão das ciências em áreas distintas leva ao desenvolvimento de jargões, que nada mais são do que signos que facilitam a comunicação intramembros e, em boa medida, dela excluem os estranhos. Todavia, como decorrência, surge a dificuldade de comunicação entre distintos clãs científicos. A Análise Econômica do Direito e das Organizações enfrentou o problema da comunicação, o que vem sendo superado com a ação conjugada e a exposição ao debate em vários países, em mediação que tem nas universidades seu centro nervoso.

Ao longo da organização dos Diálogos, observamos a generosidade e o espírito científico dos colaboradores que se despojaram dos jargões, ouviram e debateram em terreno desconhecido. Também encontramos obstáculos daqueles que consideram o esforço inútil e desnecessário e posicionaram-se como fiéis defensores dos seus bastiões. Não consideramos que nenhuma posição seja desrespeitadora; pelo contrário, assumimos que só existe uma maneira de responder às críticas, que é através da produção de pesquisa de boa qualidade, seguida pelo debate criterioso, pelo reconhecimento de eventuais erros ou equívocos e sua reparação. Isso não se faz em ritmo que não seja aquele ritmo seguro da geração de conhecimento, pela pesquisa bem estruturada e debate aprofundado. Estamos falando em um tempo artesanal, o que implica que ganhar etapas pode ser acompanhado de riscos. O processo muito tem de artesanal. Certamente o amadurecimento de um programa de pesquisa indicará caminhos a evitar e veios a explorar no campo de conhecimento novo e interdisciplinar que se abre.

No bojo dos cinco anos de atuação do Centro de Estudos de Direito, Economia e Organizações (CEDEO), outrora denominado Centro de Estudos de

Organizações, Economia e Instituições (CEOI), observamos uma gama de temas para serem explorados. Os impactos das decisões do Judiciário, o estudo do desenho dos contratos e o ordenamento privado dentro e entre firmas, o tema da racionalidade, a análise econômica dos contratos complexos, sua incompletude e os custos de transação, estudo dos impactos das mudanças institucionais, o papel do Estado na garantia de direitos, especialmente o de propriedade, impactos da regulação ambiental são apenas algumas das áreas à espera de maior empenho dos acadêmicos e pesquisadores na perspectiva interdisciplinar. A tônica que propomos é a da análise institucional comparativa em um mundo de custos de transação positivos. Muito nos importam as sugestões de alternativas de arranjos institucionais que possam demonstrar duas qualidades: a primeira a da factibilidade, posto que sugestões de mudanças institucionais impossíveis têm oferta abundante e geram expectativas a que se seguem frustrações. A segunda, da eficiência, que é um conceito necessariamente comparativo entre opções factíveis. As mudanças macro e microinstitucionais implicam impactos distributivos, o que explica a defesa de interesses e a lentidão, quando não há impossibilidade de efetuar mudanças supostamente eficientes. Impactos distributivos associados ao entrincheiramento das posições institucionais representam desafio que deve pautar nossas ações.

No campo da educação, cabe um repensar dos conteúdos dos cursos de Economia ensinados nas escolas de Direito e dos de Direito ensinados nas escolas de Economia, Administração e Ciências Contábeis. As disciplinas, geralmente pouco palatáveis aos alunos, podem ser transformadas em fontes relevantes de estímulo e de formação rigorosa; a funcionalização das disciplinas serve para estimular visão crítica, o que contribui para o diálogo entre os profissionais. O erro mais comum é perder-se na tentativa da abrangência impossível em vez de buscar os princípios básicos que dão o fundamento ao conhecimento do futuro praticante em sua área de atuação. O descaso ou desconhecimento de qual o enfoque mais apropriado para o ensino é fato gerador de imperfeições futuras no funcionamento do Judiciário, cuja solução apresenta custo proibitivo.

Neste livro, tangenciamos alguns dos aspectos considerados essenciais. Deixamos muitos outros para futuros diálogos. A motivação que deu origem a essa parceria entre unidades da Universidade de São Paulo, e os resultados até agora atingidos, promissores que são, podem e devem servir de estímulo para a criação de outros núcleos de geração de conhecimento.