



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

**PARÂMETROS ANALÍTICOS DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL: por um ponto de equilíbrio entre os discursos de
Direito, Estado, Economia e Sociedade**

BRASÍLIA
2016

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

**PARÂMETROS ANALÍTICOS DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL: por um ponto de equilíbrio entre os
discursos de Direito, Estado, Economia e Sociedade**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima.

BRASÍLIA
2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

PARÂMETROS ANALÍTICOS DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: por um ponto de equilíbrio entre os discursos de Direito, Estado, Economia e Sociedade.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Brasília/DF, em _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima
(Orientador – Presidente)

Prof. Dra. Ana Frazão
(Titular)

Prof. Dr. Hércules Alexandre Benício da Costa
(Titular)

Prof. Dr. Valcir Gassen
(Suplente)

Ao Supremo Arquiteto do Universo, Deus,
que entregou ao ser humano a liberdade de
construir o seu próprio destino com o
conhecimento.

À doce Leilinha, querida esposa, titular da
arte de me surpreender diariamente com as
suas virtudes.

AGRADECIMENTOS

Tenho que a parte dos agradecimentos é a mais relevante de qualquer trabalho acadêmico. É nela que o pesquisador explicitamente reconhece que o resultado de sua obra não é fruto exclusivo de seu esforço pessoal, mas decorre primordialmente das mais variadas formas de contribuições advindas de milhares de outras pessoas.

A primeira e mais importante saudação eu atiro aos céus, rendendo meus mais sinceros agradecimentos Àquele que cria a vida, gera a aurora, dá luz ao dia, apascenta a tarde e alumia a noite, credenciando qualquer um a sonhar e a desenhar o seu próprio caminho. Disparo ao alto, a Deus, os primeiros agradecimentos.

A minha meiga, doce, inspiradora e talentosa esposa Leilinha não fica de fora dos meus agradecimentos, pois o seu incontinente apoio à longa jornada que teve de ser enfrentada para a conclusão do mestrado foi fundamental. Ela é legitimamente uma coautora de todas as obras que, em vida, eu busco fazer. Tenho muito mais do que amor por ela; nutro também inefável sentimento de gratidão.

Além disso, nasci recebendo várias virtudes do meu amado pai, que sempre exerceu a advocacia com a admirável energia de um intransigente lutador pela Justiça. Uma delas foi a incontida inquietação de questionar como o Direito pode ser útil ao cotidiano das pessoas. Desde pequeno, ouvia atentamente o meu pai falando sobre as diversas causas que patrocinou e sobre as produções jurídicas de meu avô Elias de Oliveira e Silva, com quem não pude conviver fisicamente, a não ser por meio de sua obra *Criminologia das Multidões* e das histórias que ouvi. Agradeço, portanto, ao meu genitor pela inspiração.

Não me furto a averbar caloroso agradecimento à minha queridíssima e amada mãe, Martha Loanda Santiago de Oliveira, que, além de ter-me inspirado com o seu caráter de uma pessoa valente, combativa e forte, sempre foi determinada em proporcionar-me todo o apoio para essa jornada. Por não ser viável retratar, com a pobreza semântica das palavras, as suas formidáveis virtudes, entendo o porquê da popular tautologia: “mãe é mãe”.

Percebo que, se eu seguir buscando honrar devidamente cada um dos que merecem meu agradecimento, a extensão dessa seção do trabalho deixará corado o restante da dissertação. Lançarei minhas saudações com mais laconismo, mas deixando claro que essa economia de palavras e a eventual ausência do nome de amigos devem-se aos limites espaciais deste trabalho, que não suporta o registro da infinitude do meu sentimento de agradecimento.

Na minha graduação em Direito da UnB, quatro grandes docentes se destacaram como referência para mim, todos confluindo para o cultivo do braço mais empolgante do Direito, o Direito Privado. A dívida que tenho a eles é impagável.

O primeiro deles é o Professor Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima, que ora honra este trabalho por dele ter sido o orientador. As suas aulas sempre foram muito mais do que uma mera transmissão da dogmática do Direito Civil. As lições por ele ministrada vão muito além desse direito pobre que se baseia em textos. O professor Viegas desperta nos alunos a face mais importante do Direito: o olhar crítico do Direito diante da sociedade. Foi dele que colhi, na graduação e no mestrado, a convicção de que o Direito precisa estar atento à realidade concreta das coisas e de que o jurista não pode se contentar com os limitados muros que distanciam o Direito da realidade.

A Professora Dra. Ana Frazão é essa outra referência que me fez ver o Direito como um poderoso instrumento de realização da Justiça. Tive o privilégio de, na graduação, integrar a primeira turma de Direito Empresarial que ela dirigiu na UnB. A vastidão de seu conhecimento fazia o limitado tempo das aulas da graduação serem insuficientes. Cada segundo da aula era rigorosamente aproveitado pela Professora Dra. Ana Frazão, que, com sua incrível didática, deixava-me ainda mais curioso em aprender mais. Minha alegria se exasperou quando, no mestrado, pude renovar a minha condição de aluno dessa notável jurista, cujas lições e escritos – os leitores verão – ocupam papel fundamental nesta obra.

O outro docente que, com o seu inspirador talento, guiou-me desde os primeiros raios de estudos jurídicos é o Professor Dr. Hércules Alexandre da Costa Benício. Tenho uma impagável dívida perante ele não apenas pelos densos, robustos e aprofundados conhecimentos transmitidos nas suas empolgantes aulas de Direito das Coisas na graduação, mas também pela sua amigável disponibilidade

de compartilhar com qualquer um o riquíssimo e variado arsenal de saber que o singulariza. Não foi à toa que, na minha monografia de conclusão da graduação de Direito, qualifiquei-o como um polígrafo das artes jurídicas: o Professor Dr. Hércules transita confortavelmente em absolutamente qualquer debate jurídico. O preço da inspiração que ele me outorgou pelo Direito vai muito além das minhas possibilidades de adimplência.

O quarto docente é o Professor Dr. Marcos Faro de Castro, que, na graduação, transmitiu-me as primeiras lições de Filosofia do Direito e que, na pós-graduação, introduziu-me no fantástico mundo dos principais debates entre Filosofia, Direito, Economia, Estado e Sociedade. O seu repositório de conhecimento é flagrantemente robusto. Suas aulas costumeiramente extravasavam o limite regulamentar do horário como reflexo da sua dedicação notável como docente e da profundidade de seu conhecimento. As lições colhidas em suas aulas – registro – também estão entre os alicerces deste trabalho.

A minha promessa de laconismo no agradecimento não se cumpriu até o presente momento, mas, para evitar censuras do leitor, prometo que doravante a honrarei, penitenciando-me perante todos os demais amigos, amigas, professores e professoras que, citados ou não neste trabalho, possuem função estrutural nos meus estudos.

Rendo meus efusivos agradecimentos ao genial amigo Francisco Schertel, com quem tenho a honra de compartilhar a honrosa missão profissional da Consultoria Legislativa do Senado Federal. Foi dele que veio a ignição para eu me inscrever no processo seletivo do mestrado, pois eu erroneamente planejava prorrogar esse projeto. Schertel repreendeu-me com a sua lealdade fraterna quando lhe expus esse equivocado pensamento num dia que se avizinhava do fim do prazo de inscrição.

Sou penhorado, também, pela incondicional disposição do amigo Fernando Meneguim de, a qualquer momento, mesmo em meio ao seu extenuante pós-doutoramento em Berkeley, apaziguar minhas inquietações acerca da *Law and Economics*.

Fico também em profundo estado de gratidão pela generosidade amiga do Pedro Felipe, que nunca hesitou em fornecer subsídios à minha pesquisa, mesmo durante o seu intenso período de estudos de mestrado em Harvard.

Devo também muito ao Professor Dr. Luciano Benetti Timm, que, na sua atarefadíssima missão de um dos mais respeitados juristas da contemporaneidade, honrava-me separando um tempo para responder às minhas mensagens de dúvidas sobre temas relevantes, como os relacionados à *Law and Economics*.

Igual dívida tenho perante o Professor Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, que se disponibilizou a ensinar-me muito sobre as reflexões do *Critical Legal Studies* e de Roberto Mangabeira Unger.

Não é menor minha dívida para com o Professor Dr. Pablo Malheiros, que, com a sensibilidade jurídica própria de um grande docente, amigavelmente compartilhou comigo relevantíssimas lições de Direito Civil Constitucional a qualquer momento.

Tenho inúmeros outros credores, que, com conhecimento e amizade, são legitimamente coautores desta obra. Pago parcialmente a dívida com meus agradecimentos; o restante da dívida – confesso – ficará em aberto diante da minha impossibilidade de adimplir tão imensa obrigação.

Agradeço, assim, a meus queridos parentes (Dudu, Eliane Oliveira, Luana Oliveira, Danielle Mendonça, Eduardo Sobrinho, Paula Francinetti, Cíntia Schwantes, Natália Cunha e outros que deixam de ser citados por conta dos limites deste trabalho), aos amigos da Consultoria Legislativa do Senado Federal (como os geniais Márcio Tancredi, Omar Abudd, Benjamin Tabak, Ricardo Viterbo, Roberto Sampaio, Rogério de Melo, Fábio Hage, Valtércio Magalhães, Gil Wadson, Victor Carvalho, Paulo Henrique Dantas, Danilo Aguiar, Caetano, Luiz Renato, José Dantas, Rafael Simões, Flávio Palhano, Elton Edmundo, Haroldo Tajra, Luiz Ricardo e outros cujos nomes os limites deste trabalho não me autorizam averbar), aos notáveis amigos e amigas da Biblioteca do Senado Federal (como o Osmar Arouk, a Cintia, a Fabíola, a Patrícia, a Carliane, a Clara, que foram tolerantes com minha assiduidade contínua ao rico repositório bibliográfico), aos amigos de profissão e de vida (Guilherme Ghethi, Pâmela Ghetti, Thiago Noronha, Raimundo Noronha e Meiriele Noronha), aos amigos de pós-graduação (o casal Fernando e Ana Letícia, Paulo Emílio, Pablo Reja, Victor Rufino, André Erhardt, Raphael Marcelino e outros que deixam de ser citados por conta das restrições do trabalho), aos professores e amigos juristas (Marcos Ehrhardt Jr., Atalá Correia, Paulo Roque Khouri, Ivo Gico,

Paulo Palhares, Christiano Cassettari, Sérgio Jacomino, Flauzilino, João Pedro, Marco Antonio Barreto, João Henrique Barbosa e outros) e a todos os demais amigos e parentes que também são coautores desta obra (como Wander Palhano, Raphael Marcelino, Jorge Galvão e outros).

Afinal, uma tese não é uma simples compilação de dados, mas sim uma nova maneira de compreender determinada matéria.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau¹.

¹ MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. xx.

APRESENTAÇÃO

Desde os meus primeiros raios de estudos jurídicos, sempre insisti em buscar achar parâmetros objetivos para tratar do Direito. Minhas derrotas sucessivas não me desanimavam. Atiçavam-me mais para ler o máximo de autores possíveis e interar-me de novas correntes de pensamento.

O meu ingresso no mestrado abriu mais esse leque de alternativas de leituras. Busquei o máximo de leituras disponíveis, oscilando entre vertentes antagônicas, sempre com postura crítica e de resistência às seduções da retórica que são comuns em qualquer discurso acadêmico.

Nos estudos das várias correntes, sempre me deparei com algum obstáculo ao lado de outras vantagens categoriais. Achei virtudes e vícios em todas. Nenhuma me contentou. Percebi que diversas correntes de pensamentos apenas dissentem no enfoque de determinado aspecto e, por isso, acabam desaguando em resultados que me pareciam incompletos. É como se cada corrente disparasse em uma direção diferente, quando o alvo – a meu sentir – só seria atingido com a mescla das virtudes das várias armas. O diálogo entre várias correntes pareceu-me incontornável.

Cheguei à tarefa de confeccionar a dissertação de mestrado. E só agora, depois de muitos anos no Direito, finalmente capitulei-me: é impossível definir um parâmetro cartesiano de conhecimento jurídico. O Direito inevitavelmente sempre terá de bailar ao som da lógica do razoável de Ricasens Siches e da turbulenta interação conflituosa das facções de Aristóteles.

Isso explica o porquê de todo e qualquer trabalho científico em Direito estar exposto a críticas, ora por suposta falta de precisão (que decorrem do iniludível emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas abertas), ora por excesso de casuísmos, ora por exorbitância de formalismo metafísico.

Depositei, na presente dissertação, as convicções que, com incontáveis leituras, aquietaram – ainda que temporariamente – minhas angústias de balizar parâmetros ao Direito Civil Constitucional. O motivo desse foco no Direito Civil Constitucional decorreu do fato de frequentemente verificar juristas e juízes valerem-se da expressão Constitucionalização do Direito Civil como se ela fosse uma vara mágica que legitimaria qualquer solução jurídica. O que me pareceu mais

grave é que, ao brandir essa arma mágica, pouquíssimos eram os civilistas que imergiam expressamente na análise da viabilidade concreta de suas soluções. Poucos eram também os juristas que se permitiam uma visita a várias correntes distintas (e, por vezes, conflitantes) de pensamento para, após ouvir o diagnóstico de cada uma delas, guiar-se por uma posição intermediária. Em uma palavra, pareceu-me que pairava certa irresponsabilidade em algumas formas de manuseio da ferramenta da Constitucionalização do Direito Civil.

Neste estudo, buscou-se um ponto de equilíbrio entre os mais diversos discursos contemporâneos de Direito, Estado, Economia e Sociedade para fixar critérios de análise ao Direito Civil Constitucional sob os ares normativos do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Inevitavelmente os parâmetros analíticos darão ensanchas a diversidades de resultados, a depender de quem o manejar. O subjetivismo do ator – ou, na expressão de Miguel Reale, o culturalismo – não pode ser ignorado. Seja como for, hauriu-se de diversas linhas de pensamento aquilo que nos afigurou virtuoso para, ao final, estabelecer uma diretriz híbrida, composta por todos esses ingredientes em dosagens diversas. Trata-se de um coquetel que concilia diversas substâncias em graus diversos com o objetivo de encontrar o resultado mais saboroso. O resultado foi a elaboração de parâmetros analíticos que, embora deem margem de manobra a quem o manusear, censura veementemente a adoção de posições extremadas, monocráticas e descompromissadas com a interdisciplinaridade. O manuseio desses parâmetros pelo civilista-constitucional reivindica esforço de diálogo entre os mais diferentes ramos do conhecimento, desde a Sociologia e a Antropologia até a Matemática, a Economia, a Política e o Direito.

Essa plasticidade é saudável à ciência jurídica, que nunca estabelecerá trégua com o discurso monofônico, que, quando subjuga o Direito, fá-lo sob a forma de uma ditadura normativa que, qual uma panela de pressão, ameaça explodir a qualquer momento. O Direito nunca se resigna com a mesmice nem com o monólogo, pois o seu objeto – a sociedade – vive em ininterrupta transformação. E, diante de toda essa complexidade, o Direito tem de cuidar para não resvalar para o niilismo, nem para o excessivo conservadorismo. O niilismo gera a instabilidade de ignorar a tradição e de constantemente fazer reiniciar “do zero” a sociedade. O

conservadorismo excessivo engessa a sociedade e neutraliza a liberdade criativa dos indivíduos. Seja como for, a temporariedade dos consensos é inafastável. A transformação paradigmática é certa, ainda que demorada. Como lembrava Richard POSNER (2009, p. 16), “*nossa história, nossas tradições e nossos antepassados não são nossos senhores, mas nossos instrumentos*”. O Direito sempre terá de encontrar conforto no meio-termo, pois, como ensinava Aristóteles, *virtus in medium est*.

RESUMO

Este estudo objetiva delinear parâmetros analíticos que devem guiar o Direito Civil Constitucional no cenário do Estado Democrático de Direito, tudo em sintonia com os principais discursos contemporâneos sobre a interrelação entre Direito, Estado, Economia e Sociedade. Para atingir o seu objetivo, o estudo contextualiza o perfil do Estado Democrático de Direito atual, passando pelos três principais paradigmas do constitucionalismo contemporâneo: o do Estado de Direito, o do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. O estudo também aponta que, no seio desse Estado Democrático de Direito, conflitam duas principais concepções de Estado de Direito: a concepção *light*, que é associada ao projeto neoliberal global, e a concepção densa, que se conecta ao projeto neoconstitucional global. Antes de discutir a conciliação entre essas concepções, o estudo minudencia as principais premissas dos discursos atualmente existentes sobre a conexão entre Direito, Estado, Economia e Sociedade. Trata-se, portanto, destes discursos: (1) a Análise Econômica do Direito – AED –, que recebeu um tratamento mais detalhado por dois motivos: a incipiência da literatura acadêmica sobre a AED e a confusão conceitual que conduz respeitados autores a atacarem-na sob premissas equivocadas; (2) o Institucionalismo, com atenção nas suas diferentes vertentes, como o Antigo Institucionalismo, a Nova Economia Institucional e Neoinstitucionalismo de Karl Polanyi, e com passeio nas instituições informais brasileiras a partir dos pensamentos dos famosos intérpretes weberianos: Raymundo Faoro, Vianna Moog e Sérgio Buarque de Holanda; (3) o Novo Direito e Desenvolvimento; (4) a Análise Jurídica da Política Econômica; (5) o *Critical Legal Studies*, com atenção ao construtivismo de Roberto Mangabeira Unger; e (6) o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, com passagem no Direito Achado na Rua. Diante desses inúmeros discursos, o estudo caminhou para estabelecer uma conciliação entre esses vários discursos e entre as diferentes concepções de Estado de Direito, desaguando na criação de cinco parâmetros analíticos, que, além de se abeberarem dos vários discursos atuais sobre Direito, Estado, Economia e Sociedade, servem-se do “Paradigma da Essencialidade” como uma ferramenta teórica adicional. Esses cinco parâmetros analíticos são: (1) a análise de viabilidade material; (2) a análise de essencialidade do direito; (3) a análise de criatividade institucional; (4) a análise de democracia responsável; e (5) a análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais. Delineados esses parâmetros sob uma perspectiva própria do Direito Constitucional, o estudo passou a ter o conforto para enfrentar o objeto principal da pesquisa: definir as diretrizes de análise do Direito Civil Constitucional. Assim, após explicar o movimento da Constitucionalização do Direito Civil e após realçar a necessidade de sujeição do Direito Civil ao Direito Constitucional, o estudo transpôs os retrocitados parâmetros analíticos para o plano do Direito Civil Constitucional como faróis a iluminarem as investigações aí desenvolvidas.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional, Estado Democrático de Direito, Análise Econômica do Direito, Antigo Institucionalismo, Nova Economia Institucional, Neoinstitucionalismo de Karl Polanyi, Novo Direito e Desenvolvimento, Análise Jurídica da Política Econômica, *Critical Legal Studies*, Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Direito Achado na Rua, Paradigma da Essencialidade.

ABSTRACT

This research aims to delineate analytical parameters which should guide Constitutional Civil Law in the context of the Democratic State of Right, in harmony with the main contemporary discourses on the inter relation between Law, State, Economy and Society. In order to achieve this aim, we contextualize the profile of the contemporary Democratic State of Right, going through the three main paradigms of contemporary constitutionalism: the Rule of Law, the Social State and the Democratic State. We also point out that, inside such Democratic State, the two main conceptions of Democratic State conflict with one another: the mild conception, associated to the global neoliberal project, and the dense concept, connected to the neoconstitutional global project. Before discussing the conciliation between both conceptions, we minutely describe the main premises of the contemporarily existing discourses on the connection between Law, State, Economy and Society. They are: (1) the Economic Analysis of Law, which received a more detailed treatment on account of two reasons: the lack of academic literature on it and the conceptual confusion which leads respected author to attack it on wrong premises; (2) the Institutionalism, with attention to its different versions, such as the Old Institutionalism, the New Institutional Economy and the Neo Institutionalism by Karl Polanyi, going through the thought of famous Weberian interpreters as Raymundo Faoro, Vianna Moog and Sérgio Buarque de Holanda; (3) the New Law and Development; (4) the Juridical Analysis of Economical Politics; (5) the Critical Legal Studies, with attention to Constructivism by Roberto Mangabeira Unger; and (6) the New Latin American Constitutionalism, passing through *Direito Achado na Rua* (Rights Found in the Street). Facing these many discourses, we tried to establish conciliation between them and between the different conceptions of State of Right, ending in the creation of analytical parameters which, besides being based on the various contemporary discourses on Law, State, Economy and Society, make use of the “Paradigm of Essentiality” as an additional theoretical tool. These five analytical parameters are: (1) analysis of material viability; (2) analysis of the essentiality of the right; (3) analysis of institutional creativity; (4) analysis of responsible democracy; and (5) analysis of monitoring of the concretization of essential rights. Once these parameters are delineated under a perspective proper of Constitutional Right, the present study became comfortable to address the main object of our research: to define the lineaments for the analysis of Constitutional Civil Right. Thus, before explaining the movement of Constitutionalizing of Civil Right and before reinforcing the need of subjection of the Civil Right to Constitutional Right, we transported the aforementioned analytical parameters to the plane of Constitutional Civil Rights as beacons to illuminate the investigations to be developed in the field.

Key words: State, Law, Economy, Society, Constitutional Civil Right, Democratic State of Right, neoliberal project, neo constitutional project, Economic Analysis of Law, Old Institutionalism, New Institutional Economy, Neo Institutionalism by Karl Polanyi, New Law and Development, Juridical Analysis of Economical Politics, Critical Legal Studies, New Latin American Constitutionalism, *Direito Achado na Rua*, Paradigm of Essentiality.

LISTA DE ABREVIATURAS

AED – Direito e Economia

AJPE – Análise Jurídica da Política Econômica

CLS – *Critical Legal Studies*

ED – Estado de Direito

EGD – Estado Global de Direito

ERC – Experimentos Randomizados e Controlados

EUA – Estados Unidos da América

IFE – Índice de Fruição Empírica

NDD – Novo Direito e Desenvolvimento

NEI – Nova Economia Institucional

NIE - *New Institutional Economics*

OIE - *Old Institutional Economics*

PVJ – Padrão de Validação Jurídica

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	25
1.1. Breve histórico do constitucionalismo contemporâneo	25
1.1.1. Paradigma do Estado de Direito	25
1.1.2. Paradigma do Estado Social.....	26
1.1.3. Paradigma do Estado Democrático de Direito	27
1.2. Modelos conflitantes de Estado de Direito	30
2. PRINCIPAIS ABORDAGENS DE DIREITO, ECONOMIA E SOCIEDADE	34
2.1. Considerações gerais	34
2.1.1. Antecedentes históricos.....	34
2.1.1.1. Jusnaturalismo e juspositivismo	34
2.1.1.2. Correntes de pensamento pós-positivistas	37
2.2. Análise Econômica do Direito – AED	40
2.2.1. Escritos embrionários da AED e desenvolvimento posterior	40
2.2.1.1. Germes da AED e a contribuição de Ronald Coase	40
2.2.1.2. Outros pioneiros da AED e o quadro da arte atual.....	53
2.2.2. O que é AED?	60
2.2.2.1. Desfazendo equívocos conceituais	60
2.2.2.2. Contorno conceitual.....	72
2.2.2.3. AED positiva e normativa	76
2.2.2.4. Metodologias da AED	79
2.2.2.4.1. Escassez e custo de oportunidade.....	79
2.2.2.4.2. Racionalidade limitada	82
2.2.2.4.3. Interdisciplinaridade.....	86
2.2.2.4.4. Equilíbrio e eficiência.....	88
2.2.2.4.5. Individualismo metodológico	91
2.2.2.4.6. Modelos de aproximação à realidade.....	93
2.2.2.5. Principais vertentes de conexão entre eficiência e justiça	104
2.2.2.5.1. Diversidade de abordagens.....	104
2.2.2.5.2. Versão fundacional.....	108
2.2.2.5.3. Versão pragmática	109
2.2.2.5.4. Versão regulatória	112
2.2.2.5.5. Diálogo entre as versões.....	115
2.3. Institucionalismo	115
2.3.1. Espécies de institucionalismo	116
2.3.2. Antigo Institucionalismo	117
2.3.3. Nova Economia Institucional.....	119
2.3.3.1. Considerações gerais.....	119
2.3.3.2. Nova Economia Institucional sob a perspectiva de Douglass North	121
2.3.3.2.1. Desenvolvimento das ideias de North	121
2.3.3.2.2. Delineamentos teóricos de North	127
2.3.3.3. Breves considerações sobre o pensamento de Oliver Williamson.....	131
2.3.4. Neoinstitucionalismo de Karl Polanyi.....	134
2.3.5. Ponto de conciliação entre as vertentes institucionais: vantagens da NEI.....	139

2.3.6. Proximidade da NEI à AED.....	142
2.3.7. Um pouco sobre a matriz institucional brasileira: bandeirantes, Macunaímas e Malasartes.....	144
2.4. Novo Direito e Desenvolvimento.....	153
2.5. Análise Jurídica da Política Econômica – AJPE.....	156
2.6. <i>Critical Legal Studies</i>	159
2.6.1. Sobre o movimento.....	159
2.6.2. Nas asas da imaginação institucional de Roberto Mangabeira Unger	161
2.7. Novo Constitucionalismo Latino-Americano.....	166
3. PONTO DE EQUILÍBRIO: ESTADO, DIREITO, SOCIEDADE E ECONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	173
3.1. Metodologia na busca do equilíbrio	173
3.2. Paradigma da essencialidade.....	177
3.3. Ponto de equilíbrio entre os vários discursos.....	180
3.3.1. Em busca de parâmetros analíticos.....	180
3.3.1.1. Análise de viabilidade material	180
3.3.1.2. Análise de essencialidade do direito	182
3.3.1.3. Análise de criatividade institucional	183
3.3.1.4. Análise de democracia responsável.....	184
3.3.1.5. Análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais	187
3.4. Por uma conciliação entre ED light e ED denso: as diretrizes teóricas do Estado Democrático de Direito	188
4. O DIREITO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: rumos para a constitucionalização.....	200
4.1. Constitucionalização do Direito Civil	200
4.2. Da sintonia do Direito Civil e o modelo de Estado de Direito	204
4.3. Parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional	205
4.3.1. Considerações gerais	205
4.3.2. Análise de viabilidade material	206
4.3.3. Análise de essencialidade do direito.....	214
4.3.4. Análise de criatividade institucional	216
4.3.5. Análise de democracia responsável	217
4.3.6. Análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais.....	218
CONCLUSÃO	220
REFERÊNCIAS.....	224
Jurisprudência.....	224
Legislação	224
Vídeos.....	224
Imprensa e outras notícias na Internet.....	225
Livros e artigos	227

INTRODUÇÃO

A diversidade de discursos contemporâneos que interrelacionam Direito, Estado, Economia e Sociedade impressiona. A multiplicidade de vertentes de pensamento reflete a complexidade da enigmática trama com a qual se depara o jurista diariamente.

Os riquíssimos estudos tidos por este pesquisador no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como fruto da sua frequência a disciplinas tão variadas e profundas, foram capazes de despertar o problema principal deste estudo: quais os parâmetros de análise devem guiar as reflexões do que se conhece como Direito Civil Constitucional no ambiente atual de um mosaico de concepções teóricas sobre Direito, Estado, Economia e Sociedade?

O corte temático do presente trabalho para focalizar a busca de parâmetros analíticos no Direito Civil Constitucional não demitiu a necessidade de a pesquisa investigar as diretrizes que devem – qual o leme – servir de guia ao timoneiro na navegação pelas turvas e turbulentas águas do Direito, Estado, Economia e Sociedade, o que implica imersões em debates milernamente confinados dentro do muro do Direito Público.

A segregação entre Direito Privado e Direito Público já foi proscrita há décadas. Nem os escombros do muro separatista entre essas disciplinas remanescem. Não é possível distinguir, com nitidez, as cores das linhas com as quais são urdidas as soluções jurídicas. As reflexões em questões tradicionalmente reservadas ao Direito Privado inelutavelmente dependerão de profundo conhecimento das questões de Direito Público, e vice-versa. O entrelaçamento entre todas disciplinas jurídicas se espelha na profusão de vertentes de abordagem jurídicas de vocação interdisciplinar, de que é exemplo o movimento da constitucionalização do Direito Civil.

A perplexidade que inspirou a pesquisa é que, em meio ao multifário universo de discursos reivindicatórios da condição de guia das reflexões jurídicas, mingnam-se os estudos que, recusando-se a colonização imposta por apenas uma espécie de abordagem, buscam encontrar um ponto de equilíbrio entre as diversas vertentes com olhos para o Direito Privado, especificamente para o Direito Civil.

Este estudo não tem a arrogância de preencher essa lacuna com uma fórmula única, universal e rígida, como se estivesse a elaborar uma solução alquimista capaz de transformar em ouro as mazelas enfrentadas pela sociedade. Não ambiciona ser uma panaceia de metodologia analítica. Ao contrário, o seu intento é, com ousadia e com abertura a novos diálogos, buscar contribuir para bosquejar parâmetros de análise que possam fazer o Direito Civil Constitucional caminhar por um caminho que aglutine realidade e imaginação.

Diversos estudos acadêmicos e inúmeras formulações de juristas pecam por, a pretexto de suscitar diálogo entre o Direito Civil e a Constituição, enfrentarem questões complexas sem as submeter a um teste de análise sob diferentes óticas, enclausurando-se na sandice das rígidas camisas de força de apenas uma única abordagem, numa postura de verdadeiros ciclopes intelectuais, que só possuem um olho para enxergar a realidade.

O resultado é a edição de normas, decisões judiciais, pareceres jurídicos, políticas públicas, negócios jurídicos e outros atos que ora se cobrem com o manto da covardia de venerar as instituições tradicionais, ora deliram em fantasiosas panaceias desconectadas da realidade concreta da vida. Trata-se de uma postura intelectual contra a qual o Direito Civil Constitucional precisa se insurgir exitosamente.

Nesse quadro, este estudo – com o objetivo de encontrar parâmetros analíticos que robusteçam o Direito Civil Constitucional no tratamento da realidade complexa da contemporaneidade – tomará o cuidado de, após historiar os principais paradigmas de Estado de Direito que forraram a História Contemporânea, transitar pelos mais variados discursos atuais de Direito, Estado, Economia e Sociedade, sistematizando as proposições de cada um e, quando necessário, aprofundando as suas premissas. É evidente que ficarão de fora dessa análise inúmeros outros esforços de compreensão, mas isso se deve a dois motivos. O primeiro é o fato de que os seus enunciados podem estar direta ou indiretamente contemplados nas vertentes abordadas neste trabalho. O segundo é o de que os cortes epistemológicos feitos neste trabalho desaconselharam dilações.

E, servindo-se da riqueza dos principais discursos hodiernos, este estudo avançará para construir parâmetros analíticos que logrem haurir criticamente as principais virtudes de cada um dos discursos e que credenciem o jurista a,

desvencilhado das amarras de um monólogo teórico, tratar o Direito Civil Constitucional sob uma perspectiva que harmonize o papel transformador e emancipador do Direito com o seu papel de estabilização da sociedade.

O presente trabalho se arroja a pinçar as principais vantagens analíticas de diversos discursos sobre Direito, Estado, Economia e Sociedade, a criticar os seus principais vícios e a construir parâmetros analíticos que, em diálogo recíproco, guiem as reflexões jurídicas. É evidente que os mecanismos de viabilização desse diálogo não serão pautados em uma lógica cartesiana nem em um processo pacífico, pois o objeto de análise - a sociedade - nada tem de cartesiano ou de pacífico. A sociedade marca-se pela dinâmica efusiva própria das interações entre os grupos de interesse em um regime democrático.

Um dos marcos teóricos fundamentais da presente pesquisa hospeda-se nas produções acadêmica do professor Frederico Henrique Viegas de Lima, catedrático da Universidade de Brasília, laureado com o doutorado e o pós-doutorado em Direito Civil respectivamente na Espanha (*Universidad de Valladolid*) e na Suíça (*Université de Genève*). Em seus escritos, colhe-se a advertência de que as análises de Direito Civil Constitucional não podem descurar-se dos efeitos concretos das soluções jurídicas, sob pena de, a pretexto de promover o bem-estar social, patrocinar a falência da sociedade. A obra que ascendeu o catedrático à cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito de Brasília – cujo título é “*Propriedade, Estado e Mercado*” (LIMA, 2010) – ilumina o presente estudo ao demonstrar a importância da atenção de os juristas não se esquecerem de analisar as instituições proprietárias de modo a equilibrar o Direito com as constantes inovações e a redesenhar instituições tradicionais (como, por exemplo, a versão hermética do *numerus clausus* dos direitos reais) com olhos nas repercussões práticas dessas medidas. E, nesse contexto, o eminente civilista imerge em uma profunda análise empírica em diversos locais de caótica formatação proprietária (Pará, Recife e no bairro da Rocinha), para demonstrar que a formalização criativa dessas ocupações irregulares poderia redundar em progresso econômico e social de todo o país.

Outra referência teórica destes estudos foram as riquíssimas lições colhidas da professora Ana Frazão, titular de uma das cadeiras de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília e proprietária de um histórico acadêmico e

profissional apoteótico. Além dos ensinamentos colhidos nas suas aulas de *Constituição e Iniciativa Privada* no Mestrado da Faculdade de Direito da UnB, este estudo se abeberou das ponderadas reflexões deitadas no seu vasto trabalho intitulado *Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico*. O reconhecimento da complexidade da sociedade e a inexistência de um caminho certo a ser seguido estão presentes em sua obra, que instiga o jurista a, com ousadia e criatividade, arriscar-se em edificar soluções jurídicas e, com responsabilidade, pensar e assumir as consequências.

Esses nortes teóricos, por sua riqueza, fizeram abrir este estudo a um rico carrossel de alternativas reflexivas, com abordagens de diversos outros pensamentos, como os procedentes da Nova Economia Institucional, do Neoinstitucionalismo de Mangabeira Unger entre outros.

E, em reunião crítica desses vários pensamentos, este trabalho se esforçará por verificar a possibilidade de criar parâmetros analíticos ao Direito Civil Constitucional. A hipótese inicial é a de que essa tarefa é viável.

Para alcançar esse intento, valer-se-á de uma metodologia que jungirá o revolvimento bibliográfico com a constante preocupação com a realidade empírica. Essa atenção empírica, diante dos limites próprios do trabalho, expressar-se-á mediante exemplos com fatos concretos de notória sabença, relatados na imprensa e conhecidos pela experiência comum. É verdade que, em muitos casos, alguns fatos trazidos à tona como ilustração das reflexões teóricas a serem suscitadas dariam ensanchas a uma investigação acadêmica autônoma para garantir acuidade na sua análise, mas – por obviedade – o presente estudo se absterá de descarrilar e seguirá rumo ao seu objetivo de construir parâmetros analíticos para o Direito Civil Constitucional, deixando essas questões incidentais para futuras pesquisas científicas.

No primeiro capítulo, inicia-se o itinerário a ser percorrido para buscar engendrar referenciais de análise para o Direito Civil Constitucional. Com efeito, a busca por parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional conduz o presente estudo a previamente mergulhar na análise histórica dos principais paradigmas de Estado de Direito que orquestraram o mundo ocidental nos séculos posteriores às primaveras racionais que minaram as bases do Absolutismo. Lança-se mão de uma didática evolução de paradigmas do constitucionalismo contemporâneo desenhada

pelo professor Menelick de Carvalho Neto para, ao final, situar os tempos atuais no âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito. No mesmo capítulo, em busca de sistematizar os principais embates no seio desse paradigma, o trabalho vale-se da distinção feita por César Rodríguez Garavito entre dois modelos conflitantes de Estado de Direito (ED): a versão *light* de ED, que se conecta ao projeto neoliberal, e a versão densa, que se reporta ao modelo neoconstitucional.

No segundo capítulo, o estudo revolve as principais abordagens contemporâneas de Direito, Estado, Economia e Sociedade. E, nessa faina, após contextualizar essas correntes como pós-positivistas no âmbito da história da Filosofia do Direito, o estudo desafia criticamente as premissas desses pensamentos.

Em primeiro lugar – não sem razão –, a Análise Econômica do Direito – AED recebe tratamento detalhado, destacado e aprofundado. É que a AED gaba-se do condão de dar um choque de realidade nas reflexões jurídicas, por exigir do jurista a necessária atenção aos efeitos concretos de suas formulações. Apesar das suas inegáveis vantagens analíticas, a AED recebe inúmeras críticas de autores de escol, que, em uma verdadeira *aberratio ictus* (erro na execução), se baseiam em uma concepção equivocada das suas premissas teóricas. Essa miopia quanto aos reais contornos conceituais da AED, aliada à relativamente incipiente produção acadêmica dessa vertente no Brasil, intimou este trabalho a sistematizá-la com o maior detalhamento que este espaço limitado permitiu, o que justificou a hospedagem desse tema em um dos mais extensos capítulos deste trabalho.

Em segundo lugar, o trabalho envereda pela abordagem institucional, que, por associar a importância das instituições à dinâmica social, política e jurídica, dá um pano de fundo adequado às reflexões entre Direito, Estado, Economia e Sociedade. O trabalho cuida de tratar das várias vertentes de institucionalismo, desde o antigo institucionalismo até as versões conhecidas como Nova Economia Institucional e o neoinstitucionalismo de Karl Polanyi. E, após expor o ponto de equilíbrio entre esses vários matizes institucionais, avança para conectar esse pano de fundo com a AED e para lembrar a natureza Malasarte que impregna as instituições informais brasileiras e que não pode ser ignorada pelo jurista brasileiro.

Ainda no segundo capítulo, o trabalho expõe as abordagens do Novo Direito e Desenvolvimento, da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), da

Critical Legal Studies – com atenção especial ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger – e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

A conexão entre as diferentes abordagens de Direito, Estado, Economia e Sociedade com vistas a encontrar um ponto de equilíbrio é reservado ao terceiro capítulo. E, na busca desse ponto de equilíbrio, o trabalho acrescenta a essa análise o paradigma da essencialidade, de que trata Teresa Negreiros, de modo a, no final, indicar parâmetros analíticos a serem empregados pelos juristas quando interrelacionarem o Estado, o Direito, a Economia e a Sociedade. Igualmente, de posse desses parâmetros analíticos, o trabalho aponta como deverá ser formatado o paradigma do Estado Democrático de Direito diante do conflito entre as versões *light* e densa de Estado de Direito.

Por fim, no capítulo quatro, o trabalho encontra o terreno fértil para, após demonstrar a necessária sintonia do Direito Civil à Constituição a partir das lições patrocinadas pelo movimento da constitucionalização do Direito Civil, semear os parâmetros analíticos que devem guiar as reflexões dos juristas que lidam com questões privadas.

1. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

1.1. Breve histórico do constitucionalismo contemporâneo

Para compreender os modelos de Estado de Direito ao longo da Idade Contemporânea², tomar-se-á de Menelick de Carvalho NETTO (1998) a divisão da história do constitucionalismo contemporâneo em três paradigmas³: o do Estado de Direito, que corresponde ao período do Estado Liberal; o do Estado Social, referente à época do *Welfare State*; e o do Estado Democrático de Direito, que sucedeu à derrocada do Estado intervencionista.

1.1.1. Paradigma do Estado de Direito

No final do século XVIII, o mundo ardia, inflamado pelos ideários liberais.

O apelo à contenção do Estado perante a economia era acentuado, sob a concepção de que o exercício da livre iniciativa, por si só, sem as ingerências estatais, geraria automaticamente a distribuição de riquezas entre os indivíduos, por ação da célebre alegoria da "mão invisível", de Adam Smith⁴. Trata-se do *laissez-faire*, expressão que resume a tese liberal de deixar o mercado livre das intervenções estatais.

O liberalismo, corrente econômica então imperante, preconizava a figura de um Estado mínimo, que se abstinhasse de intervir positivamente na propriedade, nos contratos e na economia.

Nesse ambiente, a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória (resumido no brocardo latino *pacta sunt servanda*) eram quase que absolutos e intangíveis. Nem mesmo a cláusula *rebus sic standibus*, que anuncia a

² O marco inicial da Idade Contemporânea é a Revolução Francesa, em 14 de julho de 1789. Todavia, sabe-se que, antes dessa data, houve outras revoluções liberais, como a Gloriosa (1668, Inglaterra) e a Americana (1776, Estados Unidos).

³ Acerca da concepção de paradigma, remete-se à teoria científica de transição paradigmática de Thomas S. KUHN (2001).

⁴ É verdade que o liberalismo assumiu diferentes matizes entre os pensadores econômicos, vacilando entre um liberalismo menos radical, preocupado em garantir o mínimo existencial, e um liberalismo de egoísmo mais exacerbado, como o enxergado a partir da famosa "Fábula das Abelhas", de Bernard MANDEVILLE (1724).

revisão contratual por eventual onerosidade excessiva nascida por motivos supervenientes, era bem recepcionada, por ameaçar o acordo de vontades. É por essa razão que CATALAN e GERCHMANN (2012, p. 150) associa o Estado Liberal ao período da "legitimação dos pactos fáusticos", numa alusão a Fausto, personagem de Goethe que devia, custe o que custar, cumprir seu pacto firmado com o diabo.

Em suma, no relevante ao presente estudo, o individualismo, a igualdade formal entre os indivíduos, o abstencionismo do Estado perante a economia e a intangibilidade quase que absoluta dos contratos singularizam o paradigma do Estado de Direito.

1.1.2. Paradigma do Estado Social

A liberdade não controlada dos atores econômicos, com base na falaciosa igualdade formal entre os indivíduos, acirrou os ânimos da maior parte da população, que padecia de péssimas condições de vida e amargava com a concentração desenfreada de riquezas num ambiente de profusão de grandes grupos econômicos.

A experiência liberal incitou as massas às revoluções sociais e ao cultivo de ideários socialistas⁵. Foi, também, uma das concausas do banho de sangue que cobriu a Europa, obnubilada por duas guerras mundiais.

Não havia mais espaço para os abusos ocasionados pela concepção de igualdade formal. O socialismo, o fantasma que rondava a Europa, era uma séria ameaça à sobrevivência das classes dominantes, o que forçou "uma conciliação entre os interesses do capital e do trabalho" (TOMASEVICIUS FILHO, 2006, p. 191).

Nesse contexto, o Estado é intimado a intervir na economia, para garantir a igualdade material entre os indivíduos. É o florescer do Estado Social, do Estado Intervencionista, do *Welfare State*, do Estado de Bem-estar Social, que se abeberou do keynesianismo como pensamento econômico em voga.

⁵ No filme "Tempos Modernos", nascido em 1936, de Charlie Chaplin, retrata-se magistralmente o cenário de insustentável exploração do proletariado.

Pululam-se os direitos de índole social prestados pelo Estado. Os contratos passam a sofrer intervenção estatal em prol da parte vulnerável, num fenômeno conhecido como dirigismo contratual. Leis de ordem pública proliferam-se para garantir a igualdade material entre os contratantes. A força obrigatória dos contratos cedia a uma visão mais flexível e sensível à função social do direito.

Enfim, a livre iniciativa é atenuada substancialmente no ambiente do paradigma do Estado Social.

Ocorre que a hipertrofia do Estado, que assumira o papel central e praticamente exclusivo de redistribuição de riquezas, revelou sinais de fadiga e de insuficiência.

O Estado Social, com sua pretensão de libertar a sociedade da necessidade e do risco e de assegurar igualdade material absoluta, acabou por assumir a condição de agente central de redistribuição de riquezas, sem integrar os indivíduos aos processos político-decisórios. Como ensina Ana Frazão, "o Estado Social gera clientela e não cidadania" (LOPES, 2006, p. 203).

O alto custo financeiro desse encargo, sem uma efetiva compensação política, unida a outros fatores macroeconômicos – como a instabilidade monetária, a inflação, a queda das receitas tributárias, o aumento das despesas públicas e a crise do petróleo na década de 70 – aluiu as estruturas do Estado Social. E, além disso, o Estado Social estimulou a criação de regimes totalitários, em afronta fatal à democracia.

Na lição de Cristiano Araújo Pinto (*apud* LOPES, 2006, p. 203), "a crise do Estado Social não é exclusivamente fiscal ou administrativa; mas ela é, antes de tudo, uma crise de déficit de cidadania e de democracia".

1.1.3. Paradigma do Estado Democrático de Direito

Com o malogro do Estado Social, nasce o paradigma do Estado Democrático de Direito, cujos contornos não são nítidos nem unívocos.

No plano do pensamento econômico, diversas correntes ganharam força, entre as quais se incluem os "libertários", assim designados os cultivadores do

neoliberalismo, a exemplo de Friedrich von Hayek, Milton Friedman, Ludwig von Mises e Robert Nozick. Não se pode definir qual corrente prepondera, visto que o neoliberalismo encontra forte resistência entre diversos pensadores e em muitos Estados.

O arranjo político-econômico que mais bem parece se ajustar ao paradigma do Estado Democrático de Direito é aquele que encontra um equilíbrio entre a intervenção estatal e a livre iniciativa e que consegue integrar os indivíduos ao círculo de debates das decisões políticas. Nesse cenário, o Estado não pode ser o único agente de redistribuição de riquezas, mas também os indivíduos devem assumir esse mister.

Não há, todavia, nortes unívocos de atuação. É preciso tomar em conta essas diretrizes genéricas para, nos casos concretos, buscar a melhor solução. Pode haver erros, mas é necessário assumir os riscos e decidir em busca de um Estado que assegure o bem-estar de seus indivíduos. "Afinal, como diz Mangabeira UNGER (1999, p. 186), os riscos são também esperanças" (LOPES, 2006, p. 219). É de Ana Frazão (LOPES, 2006, pp. 219-220) esta lúcida síntese dessa orientação, *in verbis*:

É inequívoco que a intervenção estatal na economia pode se mostrar ineficaz ou desastrosa. Mas a questão que se coloca, no atual contexto, é se caberia ao Estado e ao Direito renunciarem aos seus respectivos papéis porque podem errar. Ora, o risco é inerente à ação humana, de forma que apenas o determinismo e a defesa ideológica do *status quo* podem levar à passividade e não à busca do acerto.

(...)

(...) Nesse sentido, é imperiosa a referência a POPPER (2001), que bem demonstra a falibilidade da ciência e a inexistência de verdades absolutas. O conhecimento não deixa de ser uma conjectura, que sempre estará sujeita à crítica.

No cenário do Estado Democrático de Direito, os indivíduos devem passar a assumir a corresponsabilidade pela implementação dos ideais liberais e sociais. A execução dos ideais de justiça distributiva não é de incumbência exclusiva do Estado, mas de todos os indivíduos, que também terão de suportar os ônus financeiro desse solidarismo⁶.

⁶ Como destaca Teresa NEGREIROS (2006, pp. 284-285), Eros Roberto Grau afirma que a proteção a consumidores não decorre do sentimento de solidariedade, mas sim de uma estratégia para promover a fluência do mercado. NEGREIROS (2006, pp. 284-285) critica-o com esta lúcida consideração:

Com a devida vênia, o autor parece esquecer que sentimentos altruístas, a partir do momento em que sejam acolhidos pela normativa constitucional, se recobrem

Não há espaço, igualmente, para o egoísmo cego das correntes liberais mais radicais, nem ao falacioso discurso de igualdade formal. No âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito, cada indivíduo deve ter a consciência de que "existe alguém além de mim", na expressão de CATALAN e GERCHMANN (2006, p. 158).

E é sob as asas desse paradigma que os institutos de direito civil, entre os quais o contrato, devem ser lidos à luz da Constituição Federal (constitucionalização do direito civil), da dignidade da pessoa humana (repersonalização e despatrimonialização do direito civil) e da função social do direito⁷.

Caberá ao operadores do Direito buscar, no caso concreto, soluções que conciliem os ideários liberais e sociais que modelam o paradigma do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 desenha esse paradigma, ao recusar a aparente contradição entre os valores liberais e os sociais e ao assentar um regime jurídico em que estes se fundem em uma tábua axiológica única e harmônica. Ela inclui, como um dos fundamentos da República, os valores sociais da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, além de objetivar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que reduza as desigualdades sociais (arts. 1º e 3º).

Igualmente, a Carta Magna, ao modelar a ordem econômica pátria, associa a livre iniciativa ao escopo de assegurar a todos a existência digna,

de força vinculante, deixando de ser sentimentos para se transformarem em princípios e valores constitucionais. Assim, o constituinte não pode pretender, é certo, que as pessoas se sintam solidárias umas com as outras; mas poderá, sim, exigir que se comportem como se o fossem. Nesse sentido, ensina Maria Celina Bodin de Moraes: "Não se quer exigir que alguém, intimamente, *sinta* algo de bom pelo outro; mas apenas *que se comporte como se o sentisse*. Um único exemplo será o bastante para demonstrar que não há dificuldades em se exigir não apenas do Poder Público, mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com o(s) outro(s). O patrão que dava ao seu empregado favorito, além do salário, uma quantia às vésperas das festas natalícias foi, durante algum tempo, julgado bondoso, generoso, solidário. O legislador, entendendo que não devia contar com esse comportamento voluntário, e que devia estendê-lo a todos os empregados, estabeleceu a *obrigação de ser solidário* aos empregadores, por ocasião do Natal, determinando o pagamento do chamado 13º salário" ("O princípio da Solidariedade", in *Os princípios da Constituição de 1988*, Manuel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (orgs.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 188).

⁷ Acerca dos novos ventos axiológicos que sopram sobre o Direito Civil, reporta-se aos estudos de Pablo Malheiros da Cunha FROTA (2012) e Luiz Edson FACHIN (2012).

conforme os ditames da justiça social e com respeito à função social da propriedade, à livre concorrência, à defesa do consumidor, à proteção do meio ambiente e à redução das desigualdades sociais (art. 170).

Assim, a autonomia da vontade na formação dos contratos não será absoluta, mas deverá ser harmonizada com esse pavimento axiológico plural da Constituição Federal, o que exigirá dos operadores do Direito a ousadia de arriscar soluções, sem medo de errar, nos termos das lições supracitadas.

Em suma, numa simplificação didática, o paradigma do Estado Democrático de Direito endereça ao Estado e a todos os indivíduos o recado de que não se devem admitir contratos, leis e atos que nasçam apenas de uma livre iniciativa compromissada com o interesse egoístico de um indivíduo, mas com o interesse de construir um País que assegure a todos uma existência digna.

É no caso concreto que os nortes do Estado Democrático de Direito poderão densificar-se e materializar-se por meio dos atores políticos, jurídicos, sociais e econômicos bem como por intermédio da participação efetiva da sociedade civil. Dessa forma, não se repetirá o déficit de cidadania do Estado Social e garantir-se-á faticidade (positividade) e validade (legitimidade) às decisões tomadas⁸.

1.2. Modelos conflitantes de Estado de Direito

Esse cenário turbulento de definição de identidade do Estado Democrático de Direito transpõe os limites nacionais e alcança dimensão transnacional. Nesse sentido, GARAVITO (2011) analisa o movimento mundial de expansão do Estado de Direito (ED) para todos os Países do mundo, o que pode ser designado de Estado Global de Direito (EGD). Esse fluxo transnacional envolve, na sua origem, dois grupos de concepções de ED e dois projetos transnacionais ideológicos e políticos no campo do EGD que estão potencialmente em conflito.

No tocante às concepções de ED, a primeira é batizada de versão *light* de ED. As concepções *light* – cuja formulação básica procedeu de Friedrich Hayek –

⁸ Para Habermas, o Direito não pode impor-se só pela ameaça de sanção (faticidade, positividade). Ele precisa ser aceito pelos indivíduos (validade, legitimidade). "Nos termos da síntese de Marcelo NEVES (2001, p. 119), *o direito vale não apenas porque é posto, e sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos*" (LOPES, 2006, p. 244).

privilegiam a função estabilizadora do ED, enfatizando aspectos que inspiram segurança jurídica ao mercado mediante a previsibilidade das regras jurídicas e a repressão à criminalidade⁹. A universalização dessa versão *light* de ED é apoiada por economistas (mais do que por juristas) e por ações e financiamentos de agências internacionais, como fundações privadas (ex.: Fundação Ford), diversas empresas transnacionais e associações profissionais, o Banco Mundial, a USAID (*United States Agency for International Development*) e, na América Latina, o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento). No entanto, GARAVITO (2011, p. 251) adverte que, na sua visão, essas concepções conseguem conviver harmonicamente com regimes autoritários e não democráticos:

As concepções *light* incluem correntes que são indiferentes ao conteúdo das leis que proporcionam segurança jurídica (e, portanto, são compatíveis com regimes não democráticos) e outras que, sublinhando a ordem pública e a liberdade econômica, defendem os direitos civis e políticos como limites ao poder estatal.

O segundo grupo de versões reporta-se à concepção “densa” de ED, que enfatiza “uma compreensão expansiva dos direitos civis, políticos e sociais” (GARAVITO, 2011, p. 251), valorizando a promoção de direitos sociais, econômicos e culturais. E, embora GARAVITO seja omissa a respeito, é certo que essas concepções densas também conseguem coexistir com regimes autoritários e antidemocráticos, os quais amiúde se disfarçam como democráticos, a exemplo dos regimes totalitários da Venezuela de Nicolás Maduro e da Nicarágua de Daniel Ortega. Este último, além de mudar a Constituição para permitir reeleições indefinidas, introduziu um sistema unipartidário para eliminar a oposição no Congresso (ZERO HORA, 2016). Esses casos exemplificam o que metaforicamente Uta THOFEM (2016) qualifica como “ditaduras socialistas com verniz democrático”.

Relativamente aos dois projetos ideológicos e políticos em voga, o primeiro é o “projeto neoliberal global”, ou seja, o “neoliberalismo global” (GARAVITO, 2011, pp. 250-252 e 279), o qual se baseia nas concepções *light* de ED. O segundo é o “projeto neoconstitucional global”, ou seja, o

⁹ “Na prática, essas funções [manter clima estável de investimento com regras de jogo previsíveis e garantir ordem pública] se traduzem em um programa político de reforma judicial que tem dois eixos principais e foi desenvolvido nas obras de influentes economistas neoliberais na América Latina e em outros lugares (ALESINA, 2002; KLUGER e ROSENTHAL, 2000; CLAVIJO, 2001). Em primeiro lugar, para manter a previsibilidade das normas que regulam os mercados, os juízos de direito privado devem fazer cumprir os contratos e não recorrer ao ativismo judicial redistributivo. Em segundo lugar, para garantir a paz e a ordem, os tribunais penais e outros organismos estatais dedicados ao controle social devem ser eficientes na prevenção e repressão da criminalidade” (GARAVITO, 2011, p. 257).

“neoconstitucionalismo global” (GARAVITO, 2011; pp. 250-252 e 279), o qual envolve uma combinação de elementos das versões *light* e densas de ED.

GARAVITO, diante dos embates entre esses dois projetos na reforma do sistema judicial colombiano, sustenta que o neoliberalismo e o neoconstitucionalismo globais vivem em constante conflito e costumam acordos provisórios e em constante remodelação na definição das diretrizes político-jurídicas, mas sempre há uma hegemonia do projeto liberal. Essa aproximação tímida do neoconstitucionalismo perante o hegemônico neoliberalismo é designado como “neoconstitucionalismo repreendido”¹⁰, o qual está presente não apenas na Colômbia, mas em todo o mundo como uma dinâmica típica do campo do EGD. Exemplificam-no: (1) a mitigação, na Colômbia, do ativismo judicial redistributivo da década de 1990, como fruto de um rendição parcial “a críticas dos economistas e a diversas tentativas do Governo de suprimir poderes da Corte Constitucional” (GARAVITO, 2011, p. 277)¹¹; e (2) “a aproximação de um neoliberalismo em ascensão e um ativismo judicial cada vez mais moderado nos casos paradigmáticos da Índia (RAJAGOPAL, 2007) e da África do Sul (BILCHITZ, 2007)” (GARAVITO, 2011, p. 279).

Seja como for, o paradigma do Estado Democrático de Direito tem de posicionar-se diante desse conflito entre a concepção *light* de Estado de Direito, que está vinculada ao projeto neoliberal global, e a concepção densa de Estado de Direito, que se atrela ao projeto neoconstitucional global. Garavito assinala que o projeto neoliberal tem prevalecido com algumas concessões ao neoconstitucionalismo, razão por que se poderia falar em neoconstitucionalismo repreendido. Garavito faz essa constatação com ar de crítica e de lamento, por demonstrar afeição pela prevalência de um modelo denso de Estado de Direito.

Todavia, após tratarmos das linhas de pensamento contemporâneos que interrelacionam Direito, Estado, Economia e Sociedade, exporemos a compreensão de que o modelo dito de neoconstitucionalismo repreendido não necessariamente é censurável e que, no lugar de “repreendido”, o adjetivo mais

¹⁰ A tradução, em português do texto de Garavito, serve-se da expressão “neoconstitucionalismo arrependido”, mas temos por mais compatível o vocábulo “repreendido”.

¹¹ Esse recuo do ativismo da Corte colombiana é ilustrado com “a declaração de constitucionalidade da reforma trabalhista de 2002, que, ao flexibilizar as condições de contratação e demissão dos trabalhadores, adotava uma das principais propostas dos economistas críticos da Corte” (GARAVITO, 2011:277).

adequado seria “prudente” para o estado de conciliação entre os projetos neoliberal e neoconstitucional.

2. PRINCIPAIS ABORDAGENS DE DIREITO, ECONOMIA E SOCIEDADE

2.1. Considerações gerais

Com o objetivo de enriquecer os debates relativos à identificação de parâmetros que guiam as abordagens do jurista no seio de um Estado Democrático de Direito, convém trazer à baila as principais abordagens que interrelacionam o Direito com outras disciplinas, especialmente com a Economia e com a Sociedade.

Para o efeito do presente estudo, deitar-se-ão holofotes sobre a Análise Econômica do Direito (AED), o institucionalismo, o Novo Direito e Desenvolvimento (NDD), a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), o *Critical Legal Studies* (CLS) e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Essas correntes darão os principais suportes teóricos para as reflexões aqui erguidas. Estender-se-á mais no detalhamento da AED e do institucionalismo, não apenas em razão da relevância dessas ideias para o referencial teórico deste trabalho, mas principalmente em razão do fato de o caráter ainda incipiente da produção acadêmica brasileira sobre essas vertentes de pensamento causar confusões nos juristas acerca dos seus reais limites conceituais.

2.1.1. Antecedentes históricos

2.1.1.1. Jusnaturalismo e juspositivismo

Na história do pensamento ocidental, o jusnaturalismo gabava-se de posição privilegiada no discurso jurídico até o século XVIII, vinculando a noção de justo a um direito natural, que seria uma obra da natureza, e não do homem, e que se sobreporia ao direito positivo, lavrado pelos homens. O jusnaturalismo pode ser associado à tradição filosófica de Platão, que enxergava a virtude como uma expressão metafísica acessível apenas pelo filósofo, figura que conseguiu se libertar dos grilhões da caverna. Desde a Idade Média, como fruto do constante embate entre o poder secular e o religioso, o direito natural “ora se assentava na razão ou na natureza (logo, independentemente da igreja), ora em Deus” (GICO JR., 2012, p. 3).

Nesse cenário, a discussão jurídica girava em torno dos valores morais e éticos do jurista, com vistas a identificar o conteúdo do direito natural.

No século XVIII, sob as vigas filosóficas de Kant, o direito é separado da moral, o que infirmava as bases do jusnaturalismo. O direito é um objeto de preocupação do jurista, ao passo que a moral, do filósofo. Kant sustentava que cabia ao jurista “afastar-se de questões morais (o que é justiça?) e da realidade fática e preocupar-se com as normas escritas, pois apenas elas revelariam a vontade geral”, como lembra GICO JR. (2012, p. 4).

A partir das ideias kantianas, nasce, no século seguinte (século XIX), o juspositivismo, que se contrapõe ao paradigma jusnaturalista. Em suma, o juspositivismo era filho da diretriz urdida com os fios do positivismo de Comte, segundo o qual era necessário:

aplicar à sociedade (e, portanto, ao homem) os métodos bem-sucedidos das ciências naturais, pois eles seriam os únicos capazes de fornecer respostas verdadeiras aos problemas humanos e sociais (GICO JR., 2012, p. 4).

O positivismo decorria da exaltação provocada nos cientistas sociais pelo sucesso das ciências naturais em explicar o mundo, de modo que os métodos das ciências naturais passaram a ser estendidos aos estudos das ciências sociais. Foi daí que decorreu, por exemplo, a proposta de criar uma física social, que, posteriormente, foi consolidada como sociologia. O positivismo rejeitava o metafísico e o teológico para “centrar-se no que era lógico e empiricamente verificável” (GICO JR., 2012, p. 4).

O juspositivismo enxergava na lei o elemento objetivo e neutro (escoimado de valores individuais) que constituía o Direito. A sua principal característica é a de negar a existência de um direito natural e a de separar o direito da moral e da política. Para o juspositivismo, o direito é um fato social e existe independentemente de qualquer atributo metafísico (como o de ser justo). Isso não significa que os atributos metafísicos devem ser desprezados pela filosofia do direito, mas “apenas que o direito *existe* independentemente deles” (GICO JR., 2012, p. 5). Para o juspositivismo, o direito deve ter objeto próprio – a norma – e independência metodológica.

A Escola História alemã – conhecida pela sua vinculação ao objetivismo histórico de Savigny – foi uma das primeiras a absorver o juspositivismo. Essa escola almejava “demonstrar que a história não é fruto da razão, como diziam

os iluministas, mas sim que o homem é um ser individual e variável de acordo com sua história” (GICO JR., 2012, p. 4). Essa variabilidade do homem no curso da história implica, necessariamente, que inexistente um direito único, universal e válido para todos os tempos e lugares, visto que o direito “é sempre um produto de um processo histórico que, como todos os fenômenos sociais, varia no tempo e no espaço” (GICO JR., 2012, p. 4).

O juspositivismo acabou adotando uma perspectiva formalista, ao considerar que o direito é um “sistema lógico, fechado e coerente de regras” (GICO JR., 2012, p. 5), de maneira que a solução jurídica correta sempre é fruto de uma análise lógica e autônoma do direito posto. O direito, sob a perspectiva do juspositivismo, deveria se preocupar com uma análise positiva (com o que efetivamente é), e não com uma análise normativa (com o que o direito deve ser).

Para o juspositivismo, o direito, por meio de suas normas, pode ser um instrumento de mudanças sociais, razão por que, embora não necessariamente seja racional, “pode e deve sê-lo” (GICO JR., 2012, p. 5). O direito consuetudinário não seria, assim, um caminho adequado de mudanças sociais, pois ele decorreria do costume antecedente dos povos. Quem desempenharia esse papel de organização do direito e de transformação social com mais precisão seriam “as grandes codificações” (GICO JR., 2012, p. 5).

O reflexo negativo dessa concepção formalista do direito acabou sendo o de desestimular diálogos interdisciplinares por parte dos juristas e o de prestigiar análises positivas (o que é) em detrimento de perquirições normativas (o que deve ser). Por conseguinte, os juristas ficaram sem munições intelectuais para realizar prognósticos de suas interpretações e terminaram por abraçar uma retórica formalista desprovida de “preocupações empíricas falsificáveis e pragmáticas” (GICO JR., 2012, p. 6). Em uma palavra, à luz da visão juspositivista, o direito “não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas” (GICO JR., 2012, p. 6).

Essa realidade formalista do juspositivista ainda permeia o ensino jurídico brasileiro contemporâneo, que se debruça no revolvimento retórico de princípios e regras, sem se preocupar com o necessário diálogo com outras disciplinas (como Economia, Sociologia, Ciência Política, Psicologia etc.) para criar ferramentas analíticas adequadas a uma análise positiva (o que é) e normativa (o

que deve ser) conectada com a realidade material, social, política e econômica (GICO JR., 2012, p. 6).

2.1.1.2. Correntes de pensamento pós-positivistas

Espocaram, em vários países, reações ao formalismo do positivismo.

Na França, por exemplo, os fundamentos da Escola da Exegese, firmados no reducionismo do direito à interpretação da norma codificada, foram contestados pela Escola da Livre Investigação, que enxergava maior liberdade na atividade do intérprete, que deveria ser cientificamente respaldada.

Nesse contexto, o Realismo Jurídico surge com dois diferentes enfoques. Na Escandinávia, ele se foca “na análise dos conceitos jurídicos fundamentais” (GICO JR., 2012, p. 7). Já nos EUA, para usar as esclarecedoras lições de Ivo GICO JR. (2012, p. 7), *in verbis*:

(...) o jusrealismo combate o formalismo langdelliano (doutrinalismo)¹² para demonstrar que: (a) o direito é indeterminado, no sentido de não fornecer uma única resposta; (b) as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e, portanto, (c) o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o direito, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico).

O realismo norte-americano desferiu lancinantes ataques ao formalismo juspositivista, exigindo que o direito deva estabelecer contato intenso com outras disciplinas a fim de se aproximar da realidade. O realismo jurídico, com o objetivo de aproximar o direito à realidade, “era extraordinariamente eclético, apelando para a economia, sociologia, teoria da psicologia, antropologia, linguística e estatística” (Oliver Williamson *apud* ZANATTA, 2012, p. 32). O escopo dos realistas jurídicos “era o de estudar as leis como elas de fato funcionavam, ao invés das leis conforme previstas nos códigos e livros” (SALAMA, 2008, p. 10). Por conta disso, o realismo jurídico incitava os juristas a buscarem conhecimento em outras disciplinas das ciências sociais, com especial destaque para a Antropologia e a Sociologia, com o intento de desvelar a realidade, diálogo interdisciplinar esse que pode ser considerado um dos seus maiores legados para o Direito nos anos

¹² O formalismo langdelliano se assemelha muito com o juspositivismo, com a principal diferença que se desenvolveu no seio do sistema do *commom law*, e não no do *civil law* (GICO JR., 2012, p. 7).

posteriores (SALAMA, 2008, pp. 10 e 45). Rafael ZANNATA (2012, pp. 28-29) lembra que Oliver Wendell Holmes Jr. – um influente pragmático da Universidade de Havard – considerava impensável a separação do direito em relação à economia e exigia que o jurista sempre atentasse para as consequências reais de suas soluções. As ideias de Holmes Jr. influenciaram as discussões tratadas posteriormente pelo realismo jurídico.

Esse “choque de realidade” do realismo norte-americano gerou diversos movimentos de pensamento que, em comum, mantinham a valorização de um direito mais realista e pragmático, embora, em outros aspectos, guardassem, entre si, divergências. Um ponto comum é o que todos os realistas concordavam “que a lei e as regras de direito eram racionalmente indeterminadas, motivo pelo qual a análise do processo de decisão deveria ir além da lei em si” (ZANNATA, 2012, p. 32). Entre os movimentos deflagrados por influência do realismo norte-americano, destacam-se o *Law and Economics* – também designado de Análise Econômica do Direito (AED) – e o *Critical Legal Studies* (CLS)¹³ – traduzido como Estudos Críticos de Direito.

Nos países ocidentais de tradição romanista, com inclusão do Brasil, o neoconstitucionalismo foi um dos principais movimentos que contestaram o formalismo juspositivista, ao proclamar a insuficiência do raciocínio lógico-formal para responder a questões axiologicamente complexas e ao conectar o discurso jurídico com reflexões morais. Certamente, o fracasso do juspositivismo em conter a Segunda Guerra Mundial e os terrores do Nazismo conduziu os juristas “a sustentarem que o direito não poderia ser desprovido de conteúdo moral e que, portanto, esse só faz sentido quando combinado com valores éticos que o limitem e guiem” (GICO JR., 2012, p. 8).

O neoconstitucionalismo aproximou o direito da filosofia, admitindo a flexibilização da norma escrita em prol do que, a partir de princípios jurídicos fundamentados na Constituição, for tido por justo e razoável. Não se confunde com o jusnaturalismo, porque o parâmetro de análise do justo pelo neoconstitucionalismo não está em uma ordem metafísica, e sim em princípios jurídicos constitucionais.

¹³ Conforme se exporá mais a frente (capítulo 2.6.), o *Critical Legal Studies* se ramifica em várias vertentes, entre as quais se destaca a do construtivismo de Roberto Mangabeira Unger.

Sob o paradigma neoconstitucionalista, não há consenso quanto à metodologia de análise dos princípios jurídicos para a obtenção do justo. Pululam tentativas. Como anota Ivo GICO JR. (2012, p. 9-10):

Na busca por critérios operacionalizáveis de justiça e de como tomar uma decisão jurídica racional, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio teórico em filósofos que vêm tentando criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas, como a postura “minimax” por detrás do véu da ignorância de John Rawls, a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas, os mandados de otimização de Robert Alexy ou o juiz hercúleo de Dworkin e sua decisão correta.

O fato é que, embora lance seus olhos aos valores, aproximando corretamente o direito da moral (e, portanto, da filosofia), o neoconstitucionalismo peca por não buscar criar critérios que permitam visualizar as reais consequências das soluções jurídicas obtidas. A preocupação do neoconstitucionalismo com a realidade social não é acompanhada pelo desenvolvimento de metodologias idôneas a investigar as consequências práticas, o que não é desejável, especialmente em razão do fato de que “a mera intuição do intérprete e aplicador do direito perante o caso concreto, principalmente os mais complexos, não é suficiente” (GICO JR., 2012, p. 11). Sob essa perspectiva, a AED se gaba de vantagens, por investigar as consequências práticas das soluções jurídicas por meio das metodologias da ciência econômica.

Em resumo, estas são as correntes que surgiram em reação ao juspositivismo: (1) a Escola da Livre Investigação na França; (2) o realismo jurídico na Escandinávia; (3) o realismo jurídico norte-americano, o qual influenciou estas várias correntes: (3.1.) a AED; (3.2.) a CLS; (3.3.) o Novo Direito e Desenvolvimento – NDD; (3.4) a Análise Jurídica da Política Econômica – AJPE; (4) o neoconstitucionalismo nos países de tradição europeu-continental; (5) o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que se aproxima das premissas do Direito Achado na Rua, que inspira o conceito de Constitucionalismo Achado na Rua.

Em razão dos cortes temáticos necessários, para efeito do presente estudo, serão abordadas as discussões acerca da AED, da Nova Economia Institucional (NEI), do NDD, da AJPE, do CLS e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Uma ressalva convém ser feita. Richard POSNER (2007 e 2009), rejeitando o reducionismo das discussões jurídicas ao dualismo formalismo-realismo, aponta que a AED decorre de uma abordagem do pragmatismo, e não propriamente

do realismo. A propósito do pragmatismo de Posner, deitar-se-ão esclarecimentos mais a frente¹⁴.

2.2. Análise Econômica do Direito – AED

2.2.1. Escritos embrionários da AED e desenvolvimento posterior

2.2.1.1. Germes da AED e a contribuição de Ronald Coase

O movimento AED surgiu, nos EUA, especialmente no seio das Universidades de Chicago, com Ronald Coase, e de Yale (New Haven), com os escritos de Guido Calabresi. Suas ideias se espalharam “primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo” (SALAMA, 2008, p. 12).

Em termos de nomenclatura, o movimento (para alguns, teoria¹⁵) da AED surgiu sob o nome *Law and Economics*, que, no Brasil, foi traduzido como “Direito e Economia”, alcunha que alguns autores preferem utilizar, como SALAMA (2008). Sob a influência de Posner e de Williamson, o movimento também foi designado de *Economic Analysis of Law*, cognome que se popularizou no Brasil como Análise Econômica do Direito, cujo acrônimo é AED (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 4). Embora entendamos que a primeira expressão “Direito e Economia” seja mais precisa, por não insinuar haver uma colonização do Direito pela Economia, cedemos ao emprego da AED por se tratar de uma expressão mais conhecida. Rejeitamos, porém, a interpretação de que essa nomenclatura anunciaria um desnível hierárquico entre o Direito e a Economia. Como destaca POSNER (2009, p. 21), a AED não pretende “substituir o estado de direito pelo império dos economistas ou de quaisquer outros especialistas”. Há, todavia, quem distinga a *Law and Economics* da AED, associando esta última mais aos pensamentos de *Richard Posner*, como anota o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Carlos FERREIRA (2016, p. XXXII), mas, no presente trabalho, preferimos a sinonímia das expressões.

Nos EUA, o histórico do movimento da AED é dividido em quatro etapas (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 9):

¹⁴ Reporta-se ao capítulo 2.2.2.5.

¹⁵ Nesse sentido, Rachel SZTAJN e Decio ZYLBERSTAJN, 2005, p. 4.

- a) lançamento entre os economistas (1957 a 1972);
- b) aceitação do paradigma pelo juristas (1972 a 1980);
- c) debates sobre os fundamentos da AED (1980 a 1982); e
- d) ampliação do movimento da AED (1982 e seguintes).

Nesse histórico, especialmente após 1975, o movimento passou a lançar sementes em outros países do mundo.

Não se desconhece que, antes da década de 1950, houve provocações importantíssimas para a discussão da interrelação entre Direito e Economia. Por exemplo, em 1937, com a obra *The Nature of the Firm*, Ronald Coase “demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 1). O custo de transação é terminologia que foi empregada por Coase na sua posterior obra *The problem of Social Cost*, de 1960, em complementação ao que, em *The Nature of the Firm*, foi expressado como “o custo de utilizar o mecanismo de preços”, “o custo de realizar uma transação por meio de uma troca no mercado aberto” ou, simplesmente, *marketing cost*¹⁶.

Em suma, os custos de transação se referem “aos distintos impedimentos à negociação” (PORTO e GRAÇA, 2013, p. 42). Os custos de transação são os atritos que dificultam o fluxo das engrenagens da negociação. Nas palavras de Carl J. Dahlman (*apud* COASE, 2016-A, p. 7), os custos de transação¹⁷ envolvem o somatório dos (1) custos de busca e de informação, referentes à necessidade de descobrir com quem negociar e de informá-la acerca do interesse na celebração de uma transação; (2) custos de barganha e de decisão, relativos aos esforços para a condução das negociações a um acordo com a redação final do contrato; (3) custos de monitoramento e de cumprimento, atinentes aos gastos com

¹⁶ Essa expressão pode ser traduzida “como ‘custos associados à utilização do mercado’ ou ‘custos para realização de transações de mercado’” (COASE, 2016-A, p. 6).

¹⁷ Além do custos de transação, há também os custos de transformação, que se reporta aos gastos para transformar os insumos ou os esforços em produtos ou serviços, no que se podem incluir “as entradas de recursos na forma de terra, trabalho e capital que participam na transformação dos atributos físicos de um bem (tamanho, peso, cor, composição química)” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2011, p. 555). Assim, os custos totais de **produção** decorrem do somatório dos custos de transação com os custos de transformação.

monitoramento da execução contratual e, se necessário, com o emprego de medidas de cumprimento forçado do acordo¹⁸.

Esses custos são majorados não apenas em razão da racionalidade limitada e das incertezas próprias do meio, mas também em virtude da “possibilidade de que os agentes manifestem uma conduta oportunista, tentando fugir aos compromissos assumidos nos contratos” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2011, p. 55). Na lembrança de Oliver WILLIAMSON (2012, pp. 353-354), os custos de transação podem ser *ex ante*, quando se referem aos custos para a formação dos acordos, ou *ex post*, que se reportam aos custos posteriores ao acordo. A propósito desses custos *ex post*, WILLIAMSON (2012, pp. 353-354), afirma que eles, *in verbis*:

(...) incluem os custos de configuração e de funcionamento da estrutura de governança à qual o monitoramento é designado, e para o qual se referem e se resolvem as disputas; os custos de falta de adaptação em que são incorridos pela falha em restaurar posições na curva de contratos que se desloca; os custos de regatear que aparecem nos ajustes (ou na falta deles); e o custos de vinculação de efetuar comprometimentos seguros.

Nessa categoria dos custos de transação, não se pode ignorar o papel negativo da assimetria de informações, assim entendido o fato de que alguns agentes possuem mais informações do que outros. Como exemplo, pode-se citar “o caso de um tomador de um empréstimo, o qual conhece sua própria capacidade de pagamento muito melhor do que aqueles que emprestam” (BELO e BRASIL, 2006, p. 50).

É inegável que a assimetria informacional majora os custos transacionais, conforme o clássico “Problema dos Limões”, formulado no texto *The Market for “Lemons”*, da lavra de George A. AKERLOF (1970). A metáfora da expressão “limões” diz respeito à gíria popularmente empregada nos EUA para se referir aos veículos usados que estão em um mau estado de conservação conhecido apenas pelo vendedor. Com base nessa metáfora, AKERLOF (1970) identifica que, nesse mercado de venda de carros velhos, o vendedor – ao contrário do comprador – possui pleno conhecimento da situação do veículo, de maneira que o comprador – com o receio de comprar um veículo com defeitos (um “limão”) – tenderá a oferecer

¹⁸ Essas três subspecies de custos transacionais podem também ser representados de outra forma. É possível considerar que os custos de transação podem ser divididos em dois: “os primeiros são os custos de mensuração (e outros surgidos antes que a transação seja concretizada), que se relacionam às dificuldades dos agentes em definir claramente o objeto da transação; os segundos são os custos de *enforcement* (ou seja, os vinculados com a efetivação daquilo que foi pactuado), que, por sua vez, vinculam-se, entre outras coisas, à incerteza que os agentes têm com relação à propriedade do bem a ser trocado e, portanto, relacionam-se com problemas de legitimidade da transação a ser efetuada” (AGUILAR e FONSECA, 2011, p. 555).

um preço baixo pelo bem. Daí decorre que o proprietário de um veículo seminovo em bom estado de conservação tenderá a não querer vendê-lo diante do preço baixo oferecido pelos compradores. A consequência desse cenário é que o mercado poderá entrar em uma espiral descendente, por tender a ficar povoado por produtos de baixa qualidade, o que fará com que os compradores – assaltados por uma progressiva desconfiança – queiram sempre pagar um preço menor. As ideias ventiladas por Akerlof contestaram as bases da concepção de “informação perfeita”, que havia dominado a economia neoclássica desde a época de Alfred Marshall (ANDERSON, 2013)¹⁹. Como se vê, a assimetria informacional é um componente essencial no engorduramento dos custos transacionais.

Igualmente, entre os custos transacionais, devem-se levar em conta obstáculos não econômicos que devem ser enfrentados, como aqueles que são oferecidos pela Sociologia, pelas Ciências Políticas, pela Antropologia etc. Assim, por exemplo, a cultura “Malasarte”, que ainda dá provas de vigor no Brasil, contribui para majorar os custos de transação, por elevar a desconfiança dos contratantes diante da probabilidade de haver comportamento de má-fé do outro.

Ronald Coase enfrentou a necessidade de investigar os efeitos dos custos transacionais e, na sua obra *The Nature of the Firm*, tece as considerações seminais que ainda hoje alicerçam as discussões econômicas. Nesse ponto, Otávio Luiz RODRIGUES JUNIOR (2013) dá interessante contextualização histórica desse texto pioneiro de Coase:

Em 1932, Ronald H. Coase, aos 22 anos incompletos, proferiu uma palestra histórica em Dundee, na qual apresentava as principais ideias de um artigo publicado em 1937, cujo título é *The Nature of the Firm*. Nesse estudo, Coase indaga: a) por que existem as empresas (há aqui um problema sério de tradução, pois, no Brasil, o termo consagrado é *firma*); b) quais os fatores determinantes de seu tamanho? Na tentativa de responder a essas perguntas, o então professor da LSE desenvolveu o conceito de “custos de transação”: uma empresa, ao firmar um contrato ou ao decidir rompê-lo, incorre em custos. O que é mais vantajoso? Sob a óptica puramente jurídica, a ruptura do contrato é vista como uma conduta desvaliosa, um ilícito, salvo quando se está autorizado por uma excludente (fortuito; exceção do contrato inadimplido). Mas, sob a análise econômica, pode ser mais oneroso manter esse contrato, o que implicaria reconhecer o pagamento da cláusula penal como algo mais interessante. Outro ponto de interesse está na necessidade de que os agentes econômicos tenham informações, possam processá-las e negociar com os outros agentes.

¹⁹ Faça-se a ressalva que há diferentes abordagens acerca da necessidade de intervenção estatal para a redução das assimetrias informacionais, com inclusão daqueles que defendem que o mercado, sozinho, poderia reduzir a assimetria informacional e debelar os seus efeitos deletérios (ANDERSON, 2013).

Em *The Nature of The Firm*, Coase defende que a firma – assim entendida como uma organização que converte insumos em produtos (COASE, 2016-A, p. 6) – é criada para reduzir os custos de transação, pois aglomera os diversos fatores de produção sob uma única estrutura contratualmente harmônica. A maioria das atividades econômicas ocorrem com a participação de firmas, que são as responsáveis pela maior parte dos empregos e pela esmagadora maioria das operações negociais. Não se pode ser cego ao “que acontece dentro dessas moléculas econômicas” (COASE, 2016-A, p. 6). Se a atividade econômica fosse exercida de modo individual, os custos de transação seriam muito maiores. Assim, por exemplo, se um restaurante for estruturado em forma de firma (*rectius*, de uma sociedade empresária), o agrupamento de funcionários e do gestor sob uma organização hierárquica facilitará a continuidade da atividade e reduzirá os custos transacionais. Se esse restaurante não assumir uma forma de firma, cada um dos indivíduos envolvidos (funcionários e gestores) terão de fazer contratos isolados, aumentando diversos custos de transação e talvez até inviabilizando a atividade. A firma depende de relações negociais com outras firmas por meio de arranjos contratuais, de modo a garantir a execução da atividade. É fato que, com o desenvolvimento tecnológico e das técnicas de gestão de negócios, os custos transacionais reduzem, pois se torna mais fácil o controle da cadeia de suprimentos da atividade, o que permite horizontalizar a estrutura das firmas. Daí decorre o surgimento de novos modelos mais horizontais para as firmas, como “a descentralização e a terceirização” (FERREIRA, 2016-A, p. XLII).

As reflexões de Coase a propósito das firmas, ao considerá-las como uma alternativa ao mercado para suavizar os efeitos do mecanismo de preços (lembre-se de que, para encontrar o preço de mercado, há custos transacionais e informacionais a serem suportados), confrontam a ideia de “Adam Smith (e também sustentada pela Economia Neoclássica) segundo a qual os mercados corresponderiam a um produto instintivo da procura individual por interesses não menos individuais” (FERREIRA, 2016-A, p. XLII).

Deveras, Ronald Coase critica a visão dos economistas tradicionais, que, com base em premissas da economia neoclássica, formulavam teorias divorciadas da realidade, analisando os negócios “sem qualquer especificações de seu marco ou espaço institucional” (COASE, 2016-A, p. 3). Recrudescendo essa

crítica, assim prossegue a crítica de COASE (2016-A, p. 4) a propósito dessa concepção irreal dos economistas tradicionais:

Temos [na visão dos economistas tradicionais], portanto, consumidores sem humanidade, firmas sem organização e até mesmo trocas sem mercados. O maximizador racional de utilidade na teoria econômica não tem qualquer semelhança com o homem médio razoável que pega um ônibus (*“the man on the Clapham bus”*²⁰), ou, na verdade, com qualquer homem (ou mulher) em qualquer ônibus. Não há qualquer motivo para supor que a maioria dos seres humanos esteja ocupada em maximizar seja o que for, a não ser sua infelicidade, e, mesmo assim, com sucesso limitado. Knight expressou muito bem esta ideia:

“... [o] argumento dos economistas ... de que os homens pensam e trabalham para se livrarem de problemas é, ao menos pela metade, uma inversão dos fatos. As coisas pelas quais trabalhamos são ‘importunadoras’ com a mesma frequência que as que ‘causam satisfação’; despendemos tanta energia para nos encrencarmos quanto para sair das encrencas e, de qualquer modo, o suficiente para nos mantermos eficientemente encrencados. ... Aquele que não tem nada com o que se preocupar imediatamente se ocupa em criar alguma coisa, entra em um jogo eletrizante, se apaixona, se prepara para conquistar algum inimigo, ou caçar leões ou ir ao Polo Norte, ou o que for”.

Para COASE (2016-A, p. 5), não se pode deixar de atentar para o papel das instituições no funcionamento do sistema econômico, especialmente das principais instituições desse tipo de sistema: o mercado, a firma e o direito. É inegável que a economia se sujeita a estímulos irradiados por essas instituições e, também, por outras instituições sociais que, embora sejam reconhecidas por Coase como influentes, não são detalhadas nos seus principais textos por questão de corte metodológico. Afinal de contas, Coase era aberto à multidisciplinaridade, assim como o é a AED em geral.

Na década de 1950, vários economistas se aventuraram a começar a aplicar as ferramentas da economia a outros ramos, a exemplo de Downs, que, em 1957, formulou “uma teoria econômica da democracia” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 9). Outra ilustração é dada por MACKAAY e ROUSSEAU (2015, p. 9):

(...) Em 1965, Mancur-Olson publica sua análise da lógica da ação coletiva. Existe problema de ação coletiva sempre que um resultado não possa ser alcançado senão mediante a participação de quase todos os interessados, mas que, uma vez atingido, serve a todos, mesmo àqueles que não participaram. É grande, portanto, a tentação da “carona” sobre os esforços dos outros. Os exemplos são abundantes. Uma greve só produz efeitos se todos os trabalhadores dela participarem, mas cada um prefere continuar a trabalhar se souber que os demais farão greve²¹. Outro exemplo. Todos concordam que é

²⁰ Essa expressão inglesa se reporta ao homem comum. *Clapham* é um bairro muito popular de Londres, de modo que a referência a um homem em um ônibus nesse local reporta-se a uma situação comum.

²¹ O autor – suponha-se – presume que essa conduta decorre do fato de que, durante a greve, os trabalhadores em greve ficariam sem remuneração, o que estimularia que houvesse os oportunistas que iriam tender a continuar

preciso limitar a pesca para evitar a extinção das espécies de peixes; uma vez aprovadas as restrições, cada um tem interesse em enganar, o que leva, exatamente, ao efeito que se desejaria evitar²².

Nessa senda, em 1958, sob a batuta da Universidade de Chicago, é lançada a revista *Journal of Law and Economics*, em cujas páginas seriam inscritas as reflexões principais do movimento da AED.

E foi, sobre esse terreno, que foi disparado o tiro de largada da AED, com a publicação em 1960 do artigo “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase, na supracitada revista da Universidade de Chicago. Por conta da influência notável de suas ideias, Ronald Coase recebeu o prêmio Nobel em 1991.

Coase, em sua obra, desenvolve a discussão acerca dos custos de transação²³, os quais exercem inegável repercussão no arranjo social. Nos seus escritos, Coase enxergou a importância do Direito no alcance dos resultados econômicos diante do seu papel perante os custos de transação. De fato, *The Problem of Social Cost* é um marco ao abordar “a influência do direito no funcionamento do sistema econômico” (COASE, 2016-A, p. 11).

Coase ponderou que, somente num mundo ideal, inexistiriam custos de transação, caso em que os agentes – independentemente da distribuição inicial – haveriam de negociar de modo a alcançarem uma alocação eficiente dos recursos, razão pela qual as instituições seriam irrelevantes para o desempenho econômico nesse cenário imaginário. Em outras palavras, quando os custos de transação forem zero, as negociações serão eficientes. Isso decorre do fato de que cada agente está em melhor condição de estimar os bens em negociação e, portanto, fará a negociação se encerrar de modo a que cada um fique com o bem que mais valoriza. Essa concepção foi batizada como o “Teorema de Coase” por sugestão não de Coase, e sim de George Stigler (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 7).

trabalhando para garantir a sua remuneração e, mesmo assim, beneficiar-se da greve feita pelos demais. De passagem, lembre-se de que, no Brasil, “é pacífica a jurisprudência, em conformidade com a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é lícito o desconto dos dias não trabalhados em decorrência de movimento paredista” (STJ, AgRg no REsp 1377047/RN, 2º Turma, Rel. Ministra Diva Malerbi – desembargadora convocada –, DJe 31/03/2016).

²² É evidente que essas tentativas de aplicação das ferramentas econômicas para explicar condutas humana dependeria da análise de outros fatores, como a cultura e os valores de cada indivíduo. Nem sempre o comportamento do indivíduo é oportunista. Para tanto, as noções da NEI – por contemplar a cultura e os valores na noção de estrutura institucional – tornaria mais adequada a análise. Sobre a NEI, reportamo-nos ao capítulo 2.3.3.

²³ “George Stigler acrescentou os custos de informação” (POSNER, 2009, p. 456). Na realidade, a expressão “custo de transação” já envolve o custo de informação, embora haja quem segregue essas rubricas (ver capítulo 2.3.3.2.2).

Conforme reconhece Coase, há, na vida real, custos de transação positivos que impedem a alocação eficiente dos recursos entre os agentes. Nesse contexto, à luz do Teorema de Coase, quanto mais baixos forem os custos de transação, maior será a tendência de os agentes envolvidos conseguirem negociar de modo a chegar a um resultado eficiente para ambos.

Daí se segue que as instituições devem atuar para reduzir os custos de transação, o que haveria de favorecer a alocação eficiente dos recursos – que são escassos. O Direito possui esse papel, pois pode “incentivar a negociação, ao diminuir os custos de transação” (PORTO e GRAÇA, 2013, p. 44). O Direito pode “lubrificar” as negociações privadas, reduzindo os custos de transação. Como se vê, “as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2).

O Teorema de Coase deságua em duas conclusões relevantes, como destaca PORTO e GRAÇA (2013, p. 43-44). A primeira – que pode ser batizada de “hipótese da eficiência” – consiste em destacar que, se inexistirem custos de transação e se os direitos de propriedade forem bem definidos, as negociações entre os agentes inevitavelmente chegarão a um resultado de alocação eficiente de recursos. A segunda – aqui cognominada de “hipótese da invariabilidade” – é a de que, naquelas condições ideais de custo transacional nulo e de direitos proprietários bem definidos, “a alocação final de recursos será invariável sob atribuições alternativas dos direitos” (PORTO e GRAÇA, 2013, p. 43). Para essa última versão, se os custos de transação forem zero, “a estrutura das leis não importará, porque a eficiência resultará em todos os casos” (Michell A. Polinsky *apud* PORTO E GRAÇA, 2013, p. 43).

Outra ilação que se haure do Teorema de Coase é que, no mundo real, por existirem custos de transação, a atribuição inicial dos direitos de propriedade é relevante, pois os agentes não terão condições de negociar de modo eficiente para ambos. O ponto de partida dos agentes é relevante para o resultado final da alocação de recursos.

A propósito das ideias seminais do *The Problem of Social Cost*, Ejan MACKAAY e Stéphane ROUSSEAU (2015, pp. 9-10) averbam o seguinte:

(...) Se a ação de A tem efeitos indesejáveis sobre B, sem que A os sinta, o conhecimento vigente entre os economistas, e que Coase prende a Pingou, considera que se produz uma “externalidade”, isto é, um descompasso entre o

custo privado, de A, e o “custo social”. Esse deslocamento enseja a má alocação de recursos. O custo pago por A por sua atividade é muito barato. Torna-se essencial corrigir essa má alocação. Papel que caberia ao governo.

Para Coase, tal análise não aprofunda a questão. O problema, segundo ele, está mal posto. Não há, necessariamente, má alocação, porque as pessoas afetadas podem, contratualmente, dispor a respeito dos ônus de sua interação, se isto lhes for conveniente. B, que deve suportar o ônus da externalidade causada por A, pode compor-se com este e pagar-lhe para prevenir a externalidade. Um acordo nesse sentido é, pois, interessante, ou, se se preferir, proveitoso – para as duas partes. Se não houver acordo, ainda que proveitoso para ambos, é preciso analisar os fatores impeditivos. Coase propõe para esse fator a expressão *custo de transação*. O estudo dos custos de transação se converteu em um dos pilares da análise econômica do direito.

Em verdade, a abordagem suscitada no *The Problem of Social Cost* cuida do tema da externalidade²⁴ de modo inovador, pois, até então, as ideias agitadas pelos economistas eram no sentido de que o Estado deveria intervir para limitar a ação dos agentes econômicos que estiverem produzindo externalidades negativas com suas atividades. Com o Teorema de Coase, pondera-se que poderá ser mais eficiente em determinadas situações que os próprios agentes econômicos, por meio de negociações, cuidem dessas externalidades negativas, mas, para tanto, é necessário que os direitos de propriedade estejam bem definidos e que não os custos de transação sejam nulos ou, ao menos, insignificantes. O grande problema é que, na vida real, os custos transacionais são positivos (RODRIGUES JUNIOR, 2013).

Em verdade, COASE (2016-C, p. 132-148) – na sua obra “*The Problem of Social Cost*” – critica a tendência de economistas modernos de, sob a influência da estudo feito pelo economista inglês Arthur Cecil Pigou em *The Economics Welfare*, presumir a necessidade de haver intervenção estatal na Economia sempre que houver alguma falha de funcionamento no sistema econômico. Assim, na visão desses economistas, a existência de externalidades negativas seriam “motivos *prima facie* para a intervenção pública” (COASE, 2016-A, p. 21). Ronald Coase insurge-se contra essa inclinação dos economistas de automaticamente associar as externalidades à necessidade de o Estado intervir na Economia, seja por meio de tributos, seja por intermédio da regulação direta da atividade econômica. Coase

²⁴ A propósito da expressão externalidades, COASE (2016-A, p. 25) dá didático esclarecimento, *in verbis*:

A única diferença nas discussões mais recentes é que a expressão “economia ou deseconomias externas” foi substituída pela palavra “externalidade”, termo que parece ter sido cunhado por Samuelson na década de 1950. (...) Uma externalidade é mais comumente definida como os efeitos da decisão de um indivíduo sobre alguém que não é uma parte daquela decisão. Dessa forma, se A adquire algo de B, a decisão de compra de A afeta B, mas este efeito não é considerado uma “externalidade”. Mas, se a transação de A com B afeta C, D e E, que não participaram da transação, devido, por exemplo, ao barulho ou à fumaça que impigem em C, D e E, os efeitos sobre C, D e E são denominados “externalidades”.

pondera que a intervenção estatal também tem seus custos e, muitas vezes, pode até mesmo ser o responsável por criar mais externalidades (COASE, 2016-A, p. 24). Além dos custos em geral advindos das intervenção estatal, Coase lembra que “os governos não são iguais ao ideal de Pigou, mas são mais parecidos com a sua autoridade pública – ignorante, sujeita a pressões e corrupta” (COASE, 2016-A, p. 27). Com efeito, Ronald Coase – conforme lembra Richard POSNER (2009, p. 432) – sempre insistiu que, “ao avaliar-se a questão da necessidade de intervenção do Estado, é preciso comparar o mercado real com o Estado real, não o mercado real com o Estado ideal”.

Para o nobre economista britânico, a existência de externalidades não deve ser uma argumentação *prima facie* a favor da intervenção estatal, pois, antes de se pensar nisso, é importante que o formulador da política pública atente para a realidade e investigue as consequências concretas das diversas soluções institucionais disponíveis, lembrando que as externalidades negativas podem ser absorvidas pelos próprios agentes de modo proveitoso a todos.

É equivocado afirmar que Ronald Coase é avesso à intervenção estatal. Ele é, na verdade, avesso a conclusões estouvadas que, sem investigar as repercussões concretas de outras diversas alternativas institucionais que fariam os próprios indivíduos enfrentarem as externalidades de modo eficiente, apressam-se em invocar a Mão do Estado na Economia como a legítima panaceia das patologias do sistema. Richard Posner, em sentido similar, lembra que há o perigo de que “os economistas inclinados, por temperamento ou experiência de vida, a defender um Estado fraco e passivo, deixarão passar as oportunidades de intervenção proveitosa do Estado” (POSNER, 2009, p. 437).

Ronald COASE (2016-A, p. 20) é incisivo em criticar os economistas que formulam suas posições com base em premissas ideais e desconectadas da realidade, exercendo aquilo que ele ironicamente designa de “economia de quadro negro”. Esse tipo de economia só funciona nos quadros negros, no qual o professor dispõe de todos os dados fantasiosamente criados por ele para a discussão dos problemas. O mais notável pai da AED dá um choque de realidade nos estudiosos, exigindo que as suas reflexões econômicas levem em conta “A Vida como Ela [realmente] é”, para lembrar Nelson RODRIGUES (1992), um dos mais notáveis escritores da Segunda Fase do Modernismo brasileiro. Complementando a sua

crítica à postura de “economia de quadro-negro” dos economistas modernos, COASE (2016, p. 32) adverte que:

Sem algum conhecimento do que seria alcançado com arranjos institucionais alternativos, é impossível escolher entre eles de modo sensato. Dessa forma, precisamos de um sistema teórico capaz de analisar os efeitos de mudanças nesses arranjos. Para tanto, não é necessário abandonar a teoria econômica tradicional, mas significa, sim, incorporar à análise os custos de transação, uma vez que grande parte do que ocorre no sistema econômico tem o intuito ou de reduzir os custos de transação ou de viabilizar aquilo que sua existência impede. A não inclusão dos custos de transação empobrece a teoria. Sem dúvida, é preciso acrescentar também outros fatores. Mas não é fácil aperfeiçoar a análise sem termos um conhecimento melhor do que o atual a respeito de como as atividades econômicas de fato são levadas a cabo.

Em suma, à luz de Coase, se inexistirem custos transacionais, os agentes econômicos internalizarão as externalidades mediante negociações sem custos, de maneira que será prescindível a atuação do direito mediante fixação de regras de responsabilidade. É diferente o que sucede, porém, na vida real, em que há custos de transação positivos, pois aí a fixação das regras de responsabilidade e outras eventuais intervenções do Direito são fundamentais para reduzir os custos transacionais e permitir a internalização das externalidades negativas pelos agentes.

Além dos dois seminais textos – *The Nature of the Firm*, de 1937, e *The Problem of Social Cost*, de 1960 –, Coase produziu diversos outros estudos, entre os quais se destaca o texto *The Lighthouse in Economics*, de 1974. Nesse último texto, traduzido como *O Farol na Economia*, Ronald COASE (2016-D) demonstra que a atividade de clarear o trânsito marítimo com faróis nas águas britânicas poderia ser desempenhada pelo mercado privado, de modo que o governo somente deveria definir o direito de propriedade sobre o farol e deixar a cobrança das tarifas pelos agentes dos portos. Dessa forma, Coase demonstra que não haveria necessidade de o governo prestar diretamente esse serviço de administração dos faróis marítimos. O interessante é que, após esse texto, o governo inglês e do País de Gales transferiram a prestação desse serviço de administração dos faróis para uma entidade privada, a *Trinity House*, de modo que o custeio desse serviço foi restringido ao recolhimento do “pedágio cobrado apenas das embarcações” (FERREIRA, 2016-A, p. XXXVII). Dessa forma, como destacou COASE (2016-A, p. 31), no sistema inglês, os serviços de administração dos faróis por uma entidade privada que se custeava com a cobrança de pedágios das embarcações “eram mais adequados às necessidades dos proprietários de navios (...) do que seriam se financiados por impostos em geral”.

Enfim, ao que parece, a história pessoal de Ronald Coase justifica bastante as suas ideias. Nascido em 29 de dezembro de 1910, Coase foi o filho único de um modesto casal de empregados do serviço postal britânico – o *Royal Mail* –, superou as deficiências físicas que o fizeram usar órteses nos membros inferiores e frequentar escolas para pessoas com deficiência e atravessou a nada caroável crise socioeconômica que atapetou os anos salpicados pelas turbulências provocadas pelas tensões de classes sociais, pelos choques entre as nações e pelo terror das duas guerras mundiais (FERREIRA, 2016-A, p. XVI-XVII). No seu itinerário acadêmico, o célebre economista britânico, seguindo a orientação doutrinária de seus pais – que, como integrantes das classes trabalhadoras, saudavam as concepções marxistas –, chegou a cultivar ideias de matriz socialista desenvolvidas pela Sociedade Fabiana no âmbito da *London School of Economics*. Todavia, como que em uma verdadeira epifania, o ainda jovem economista dissuadiu-se desses ideais após assistir a uma palestra de Arnold Plant, que lhe apresentou as reflexões de Adam Smith²⁵ (FERREIRA, 2016-A, p. XVIII).

Coase seguiu sua carreira com intensa dedicação e, ao estudar nos Estados Unidos nos anos de 1931 e 1932, desvendou diversas inquietações acerca das empresas e dos comportamentos dos empresários e dos operários. O jovem de pouco mais de vinte anos de idade aproveitou a oportunidade para, *in loco*, investigar o comportamento desses agentes que estavam amortecidos pelo terror do período da Grande Depressão, deflagrado pelo *crack* da Bolsa de Valores em 1929. Coase lembra que, ao retornar à Grã-Bretanha, escreveu o livro *A Natureza da Firma*, “com as impressões que havia coletado em suas investigações na América” (FERREIRA, 2016-A, p. XVIII).

A Segunda Guerra Mundial convocou Coase a, como assessor no Gabinete de Guerra, compor a tropa britânica. Nesse período, Coase adquiriu notável experiência ao constatar que diversas práticas burocráticas totalmente ineficientes eram mantidas incólumes mesmo diante das reais ameaças de invasão nazista. Coase, por meio de memorandos, havia apontado diversas falhas na alocação de armas e munições entre os batalhões de guerra. Todavia, apesar do acerto de suas advertências, o jovem economista foi censurado “porque algumas

²⁵ Ressalva-se que Coase, apesar do fascínio que as reflexões de Adam Smith lhe causaram, acabou por discordar da economia neoclássica, especialmente porque esta ignorava que, na vida real, havia custos de transação positivos.

peessoas estavam sequiosas para que não se expusessem seus erros” (Ning Wang *apud* FERREIRA, 2016-A, p. XXIII). Otávio Luiz RODRIGUES JUNIOR (2013) descreve bem a visão crítica que Coase adquiriu contra a burocracia durante esse período de conflagração mundial:

Seu contato com os burocratas foi desesperador. A perspectiva de uma invasão alemã e do colapso econômico do Reino Unido não conseguiu extrair de seus colegas de serviço público, em sua opinião, nada além de baixezas e intrigas. Em um de seus inspirados discursos, Churchill afirmou que, se o Império Britânico durasse mais mil anos, os homens ainda haveriam de dizer que aquela foi sua melhor hora. Para Coase, aquela seria a “pior hora” da burocracia.

Em 1951, Coase decidiu deixar a Inglaterra, recusando o nobre convite de assumir a cátedra de Ciência Econômica deixada por Friedrich von Hayek na *London School of Economics*, para cruzar o Atlântico rumo a uma pequena universidade privada na cidade de Buffalo, em Nova York. Essa cidade estadunidense era marcada por um frenesi de indústrias e ferrovias, o que atraiu Coase para, durante cerca de oito anos, dedicar-se intensamente a pesquisas nesse rico laboratório. Em 1959, Coase desenvolveu pesquisas em Ciências Comportamentais como pesquisador vinculado à Universidade de Stanford, na Califórnia, desbravando a densa selva do comportamento humano com o auxílio de diversas disciplinas, como Antropologia, Economia, Ciências Políticas, Sociologia e Psicologia. O fato é que essas experiências e essas pesquisas esquiparam o célebre economista a, em 1960, desenvolver o seu famoso teorema mediante a publicação de uma das mais influentes obras do século XX: *The Problem of Social Cost*.

Nessa obra, publicada na *Journal of Law and Economics*, Ronald Coase foi contestado por professores da Universidade de Chicago e, ao contrário do que sói ocorrer no Brasil, “onde as críticas acadêmicas são muita vez personalizadas e sujeitas ao *argumentum ad hominem*, Coase foi convidado a debater suas ideias em Chicago” (RODRIGUES JUNIOR, 2013). Assim, Coase, depois de ter escrito os seus dois principais textos, tornou-se docente da Universidade de Chicago, além de, entre 1964 e 1982, ter exercido a função de editor da principal revista de discussão da AED mantida pela Universidade de Chicago, a *Journal of Law and Economics*.

E, apesar das várias dificuldades pessoais, Coase enfrentou exitosamente os diversos obstáculos para, com sacrifício, tornar-se um dos mais reconhecidos pensadores dos últimos tempos. A superação dos diversos custos de

transação que a vida lhe impôs faz com que as suas concepções sejam confirmadas pela sua própria história pessoal. São fundamentais as reflexões que as suas ideias propiciam em discussões sobre a importância da alocação inicial de recursos, sobre a necessidade ou não de a intervenção estatal buscar reduzir os custos transacionais e informacionais e sobre outros temas afins.

2.2.1.2. Outros pioneiros da AED e o quadro da arte atual

Em seguida a Ronald Coase, outros vários autores publicaram textos revolvendo essas ideias representativas das primeiras reflexões da AED, como Guido Calabresi (que publicou uma série de estudos sobre acidentes), Henri Manne, Alchian, Demsetz, Furubotn e Pejovich e Cheung. A maior parte desses autores eram economistas, com exceção dos juristas Calabresi e Manne.

A incursão do debate da AED entre os juristas foi estimulado no final da década de 1960, com seminários de verão promovidos por Henri Manne para divulgar as novas ideias e os principais fundamentos da microeconomia entre os juristas. Em busca de sintetizar as ideias, Guido Calabresi publicou, em 1970, a obra *The Cost of Accidents*, e Tullock publicou, em 1971, a obra *The Logic of the Law*.

A propósito, em 1961, Guido Calabresi já havia lançado o texto *Some Thoughts on risk distribution and the Law of torts*, o qual, ao lado da sua posterior obra de 1970 – *The Cost of Accidents* –, demonstrou a relevância da análise dos impactos econômicos na regulação da responsabilidade civil, “apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2). Em síntese, na sua obra de 1961, Calabresi defende a responsabilidade civil objetiva de empresas, sublinhando que é extremamente custoso o sistema de responsabilidade subjetiva, por estimular a litigância individualizada por fatos – os acidentes – que não são ocasionais²⁶. Suas

²⁶ Aprofundando essa abordagem e destacando outros autores com ideias similares – a exemplo de Cooter e Ulen, que demonstram que a probabilidade de acidentes reduz quando há aumento da precaução –, Fernando MENEGUIN (2012) lança mão da postura analítica da AED e realça que o valor das indenizações deve ser assumir um valor razoável, não tão alto a ponto de incitar um nível excessivo de precaução e inviabilizar o empreendedorismo nem tão baixo a ponto de estimular a incúria e, assim, majorar a probabilidade de acidentes. E, assim, o autor, após visitar vários julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conclui que o Brasil “deve procurar se aproximar da teoria do *punitive damage* aplicada nos Estados Unidos” (MENEGUIN, 2012, p. 278), visto que a responsabilidade civil não pode se limitar a ressarcir a vítima do abalo sofrido, mas também deve servir como estímulo para que os agentes aprimorem suas condutas de precaução. E, para evitar o

reflexões ganharam maior força ainda com a sua obra *Tragic Choices*, escrita em conjunto com Philip Bobitt, na qual são feitas reflexões acerca das opções que são feitas e dos sacrifícios que são realizados como condição para obtenção de outros. É clássico o seguinte excerto dessa obra:

Nós não podemos saber por que o mundo sofre. Mas podemos saber como o mundo decide qual sofrimento deverá vir a certas pessoas, e não a outras. Enquanto o mundo permite que sofredores sejam escolhidos, algo além da sua agonia se ganha, algo mesmo além da satisfação das necessidades e dos desejos do mundo.²⁷ (CALABRESI e BOBBITT, 1978).

Outra clássica publicação foi de Guido Calabresi em conjunto com A. Douglas Melamed, os quais lançaram, no ano de 1972, o texto *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral*, que chegou a ser vertido em espanhol (CALABRESI e MELAMED, 1996). Na obra, os autores integram as abordagens de propriedade e de responsabilidade civil, interrelacionando três modos de proteção dos direitos: as regras de propriedade, as regras de responsabilidade e as de inalienabilidade. Com esses conceitos, os autores demonstram diferentes modos de enfrentar o problemas dos custos sociais de que tratou Ronald Coase.

Ao lado de Ronald Coase e de Guido Calabresi – os dois principais autores dos primórdios da AED –, também merece destaque como um dos pioneiros da AED o jurista italiano Pietro Trimarcchi, o qual laborou por demonstrar que, no sistema jurídico do *civil law* – especialmente no direito italiano –, seria viável também

enriquecimento sem causa, o autor ventila diversas hipóteses, entre as quais a de se aproveitar, por analogia, da previsão do parágrafo único do art. 883 do Código Civil para direcionar a parcela punitiva do valor da indenização a alguma entidade filantrópica. Esse dispositivo do Código Civil, ao tratar da repetição do pagamento indevido – que é uma espécie de responsabilidade civil –, determina esse tipo de destinação dos valores que foram pagos indevidamente em razão de algum objetivo ilícito ou imoral, o que significa que, “quando o legislador verificou que inexistente fundamento ético-jurídico-constitucional para entregar a quantia àquele que sofreu o dano, assentou que o valor reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência” (MENEQUIN, 2012, pp. 279-280). O argumento central do autor é que a indenização por dano moral deve ser quantificada com objetivos educativos. Além disso, o autor indiretamente convida o legislador a criar um sistema de multa civil a ser aplicada na esfera cível. Ousamos, porém, inclinar-nos para que haja cautela em calibrar o valor da indenização por dano moral com base em finalidades punitivas e para que não se criem hipóteses de multas civis. Isso, porque nos parece que haverá mais adequação em deixar para as esferas administrativas a função de infligir punições pecuniárias aos causadores de danos, a exemplo das multas aplicadas pelo órgãos de defesa do consumidor e pelas agências reguladoras, de modo a deixar a esfera civil com a sua missão originária de indenizar (reparar o dano), e não de punir. Não se desdenha, porém, que, ao se quantificar a indenização por dano moral, o juiz deva ter de valer-se de alguns parâmetros – como a função pedagógica da responsabilidade civil – para quantificar pecuniariamente uma lesão que é extrapatrimonial (a lesão ao direito da personalidade). O aprofundamento desse tema convidaria um outro estudo.

²⁷ Tradução livre deste excerto: “We cannot know why the world suffers. But we can how the world decides that suffering shall come to persons and not to others. While the world permits sufferers to be chosen, something beyond their agony is earned, something even beyond the satisfaction of the world’s needs and desires”.

adotar critérios que induzissem “as pessoas a buscar eficiências alocativas” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2).

Apesar disso, a efetiva infiltração das ideias da AED entre os juristas ocorreu apenas em 1972, com a publicação do livro *Economic Analysis of Law*, da lavra de Richard A. Posner, juiz e professor de Direito na Universidade de Chicago. O motivo dessa maior aceitação entre os juristas foi o de que obra de Posner era mais acessível aos estudantes de direito e “também, dizem as más línguas, a seus professores” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 11).

A AED passou a ser cultivada no meio jurídico, com diversos textos produzidos e com o lançamento da *Journal of Legal Studies*, revista cujo primeiro editor foi Richard Posner. Os tribunais passaram a aceitar argumentos econômicos, os professores de Direito em várias universidades não se limitavam mais ao direito positivo e acolhiam reflexões sobre as repercussões econômicas do direito etc. Nas palavras de MACKAAY e ROUSSEAU (2015, p. 11):

Inúmeros artigos são publicados. Em dez anos, mais de mil. Seja para precisar ou aprofundar as ideias intuitivas dos pioneiros, formalizando-as matematicamente, seja para explorar novas ideias. Nota-se a aceitação de um paradigma. Claro, há os discordantes, mas que não conseguem perturbar a harmonia.

Especialmente no início da década de 1980, houve diversos debates sobre os fundamentos da AED. A principal controvérsia girou em torno de definir se a AED constituía, “como seus defensores apregoam, efetiva teoria do direito” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 12). Discutia-se se os direitos podiam ser definidos a partir de considerações de eficiência econômica ou se era necessário, “para precisar a noção de eficácia, fixar previamente, ao menos, certos direitos fundamentais” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 12). Nesse embate, havia, de um lado, a corrente que relativizava os direitos fundamentais de acordo com reflexões de eficácia. De outro lado, havia os que não admitiam flexibilização alguma dos direitos fundamentais, salvo se houvesse concordância unânime dos envolvidos. Nesse duelo, uma conclusão é certa: além de o conteúdo do direito fundamental ser bem subjetivo e variável a depender do intérprete (note que pessoas de ideologias díspares definiriam diversamente o conteúdo dos direitos fundamentais), inexistente direito que seja absoluto e imune, ainda que de modo suave, a alguma flexibilização diante de reflexões consequencialista. Até o direito à vida é flexibilizado, por exemplo, quando se trata de o Estado obrigar os seus cidadãos a exporem suas

vidas em alguma guerra: o interesse público de proteção do País flexibiliza o direito à vida dos indivíduos isoladamente considerados. Diante disso, “a questão é saber quais os limites, por quem, e segundo que modalidades essas trocas podem ser realizadas” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 13). Essa tarefa ainda precisa ser cumprida: não há respostas apodíticas e incontestáveis.

O fato é que, entre 1980 e 1982, essas discussões sobre os fundamentos da AED alcançaram o paroxismo e acabaram estimulando o desenvolvimento de várias vertentes lastreadas na AED, de modo que esse movimento se pulverizou em uma rica gama de abordagens. Entre as principais escolas, pode-se citar: (1) a da Escola de Chicago, que foi a corrente pioneira e que mais ganhou visibilidade; (2) a Escola Neo-institucionalista; (3) a Escola Austríaca; (4) a Escola de New Haven (Yale). Há outras correntes que, embora não possam ser enquadradas como uma “escola”, complementam as já mencionadas, a exemplo das que abordam temas como Direito, Economia e Desenvolvimento; Teoria dos Jogos aplicada ao Direito; o Direito e Economia Comparado; o Direito e Economia Experimental; o Direito, Economia e Antropologia; e o Direito e Economia Comportamental (*Behavioral Law and Economics*). Há também abordagens ligadas às normas sociais, com contribuições notáveis de Ellickson e Eric Posner. E, como anota SALAMA, “com algum esforço e pesquisa, acredito que seria possível encontrar ainda outras vertentes” (2008, p. 11), a exemplo do fato de haver quem enxergue “nos ordoliberalis de Freiburg, na Alemanha da década de 1930, um grupo de estudo em Direito e Economia” (2008, p. 45)²⁸.

Assim, do ponto de vista dos principais autores, além de Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, outros grandes nomes da AED que devem ser listados entre os precursores da matéria devem ser mencionados, como os de Henry Manne, Gary Becker (que foi o primeiro economista a se valer dos instrumentos econômicos para analisar os “mercados implícitos”, como o “mercado do crime”), Harold Demsetz, Tobert Cooter, William Landes, Richard Epstein, George Priest, além dos nomes dos “pais” da teoria da Escolha Racional (James Buchanan

²⁸ Nas palavras de SALAMA (2008, p. 45):

Os ordoliberalis enfatizaram a necessidade de que o Estado regulasse o mercado de modo a garantir que os mercados livres viessem de fato a produzir resultados próximos de suas potencialidades teóricas. Um dos pontos centrais para os ordoliberalis seria a discussão do chamado “paradoxo liberal”, isto é, a noção de que a liberdade poderia levar tanto à ditadura (na política) quanto aos monopólios (na economia).

e Gordon Tullock) e dos “pais” da Teoria Neo-Institucionalista (Douglass North e Oliver Williamson).

A diversidade de abordagem da AED é candente e, por vezes, chega a gerar ataques mais incisivos entre os autores. Por exemplo, Coase e Posner guardam acentuadas divergências, as quais ficaram bem divulgadas nos anos de 1990 com os vários artigos publicados em revistas especializadas. A propósito, o Ministro Antonio Carlos FERREIRA (2016, p. XXXIII) ilustra bem a alta intensidade das críticas, ao descrever uma das típicas ironias britânicas desferidas por Coase contra Posner em um desses artigos publicados, *in verbis*:

(...) Coase chega a dizer que sua primeira reação ao ler a crítica à sua contribuição teórica feita por Posner foi a de recordar os comentários sobre as conferências de Alfred Marshall sobre Henry George. Marshall lembrava uma jiboia babando sobre a vítima antes de engoli-la: “Ao dizer isso, eu não tenho a intenção de equiparar Posner a Marshall, muito menos a algum tipo de cobra, embora eu deva confessar que tal pensamento ruim tremulou em minha mente quando eu estudava seu artigo com mais cuidado, o que não foi nada divertido”.

Ao nosso aviso, essa pulverização de abordagem não significou o enfraquecimento da AED, e sim revelou a sua importância e a sua força em destacar que, em um mundo complexo, há diferentes modos de enxergar as consequências práticas das soluções jurídicas.

Embora não haja espaço para detalhar todas essas vertentes, convém fazer alguns destaques.

De um lado, a abordagem da Nova Economia Institucional (NEI) recebeu contribuições de Williamson, que, seguindo a lição de Coase no sentido de que há custos no mercado, estudou como as organizações – empresas e outras – se formatam para minimizar os custos de transação. Essa abordagem focada na atenção às instituições foi – com um respaldo histórico – desenvolvida por Douglass North, que ganhou o prêmio Nobel em 1993 (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 14). Em suma, a abordagem da NEI se lastreia nas lições de Douglass North e de Oliver Williamson e, nas palavras de Rachel SZTAJN e Decio ZYLBERSTAJN (2005, pp. 2-3), é conhecida também como:

(...) a *New Institucional 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 Douglass North e de Oliver Williamson (...).

O viés neoinstitucional²⁹ da AED desvenda a interação contínua existente entre o Direito, a Economia e as Organizações. Com efeito, “o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 3). O Direito induz os comportamentos dos indivíduos, o que gera repercussões econômicas. A Economia deve ser levada em conta pelo Direito, a fim de que as regras jurídicas não se tornem irreais e ineficientes. As organizações ficam no meio da relação entre o Direito e a Economia como os personagens que concretizam a estrutura institucional e, ao mesmo tempo, promovem-lhe as transformações.

Um enfoque importante na abordagem da NEI é a de deitar holofotes não apenas nos agentes econômicos individualmente considerados, mas também sobre a teia complexa de interação entre eles. A propósito disso, convém trazer à tona a perspectiva adotada por Rachel SZTAJN e Decio ZYLBERSTAJN (2005, p. 7), *in verbis*:

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 procurar 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.

De outro lado, a abordagem austríaca se inspirou nos economistas da Escola Austríaca, como Menger, Schumpeter, Von Mises, Hayek (que ganhou o prêmio Nobel em 1947) e Kizner. Essa escola prestigia o empreendedorismo no lugar dos pressupostos dos economistas neoclássicos e pressupõe a inviabilidade das economias planificadas e das sociais democracias similares. Para MACKAAY e

²⁹ O emprego do verbete “neoinstitucional” aqui se reporta à Nova Economia Institucional, e não propriamente ao neoinstitucionalismo, nos termos da classificação adotada neste trabalho (ver capítulo 2.3.1.).

ROUSSEAU (2015, p. 14), “as consequências jurídicas dessa concepção parecem se associar, parcialmente, às conclusões dos neoinstitucionalistas³⁰”.

As demais abordagens da AED assumiram formas diversas, mas, ao cabo, contribuíram para evidenciar a riqueza de modos de extrair consequências proveitosas de debates mediante o diálogo entre o Direito e a Economia.

O movimento da AED se espalhou pelo mundo.

No Canadá, o epicentro intelectual de difusão inicial da AED foi a Universidade de Toronto de meados da década de 1970 sob a batuta de Michael Trebilcock, de maneira que vários autores francófonos passaram a desenvolver pesquisas à luz dessa nova concepção, especialmente após os escritos dos professores da Universidade de Montreal Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, pp. xix-xx).

Desde a década de 1980, a AED vem ganhando espaço nos países de tradição romano-germânica, com inclusão do Brasil. Há vários ricos trabalhos produzidos na Europa Continental e em outros países de tradição do Direito Continental (SALAMA, 2008, p. 12).

Nesse contexto, nasceu em 1988 a primeira edição da obra “Direito e Economia” pelas mãos conjuntas de Robert D. Cooter – professor da Universidade de Berkeley –, e Thomas S. Ullen – professor da Universidade de Illinois. Essa obra se renovou em diversas edições e foi vertida em diversos idiomas, inclusive em português, contribuindo para os estudos iniciais dos fundamentos da AED (COOTER e ULEN, 2010). Outras obras e outros escritos foram sendo produzidos também, muitos dos quais integram o corpo bibliográfico deste trabalho.

No Brasil, o movimento também se disseminou. Entre os estudos pioneiros, pode-se apontar o talento do célebre civilista Clóvis do Couto e Silva, que confeccionou o texto “A Ordem Jurídica e a Economia” em 1982, bem como a maestria de Guiomar Estrella Faria, autor do texto “Interpretação Econômica do Direito”, de 1994. Outros vários estudos nasceram e várias universidades passaram a incluir a AED no seu programa de pesquisa, tudo conforme relatado por Eugênio

³⁰ Em adaptação terminológica, o emprego do vocábulo “neoinstitucionalista” aqui parece se reportar aos adeptos da Nova Economia Institucional, e não propriamente aos do neoinstitucionalismo, nos termos da classificação adotada neste trabalho (ver capítulo 3.1.1.).

Battesini, Giacomo Balbinotto Neto e Luciano Benetti Timm no prefácio da obra de COOTER e ULEN (2010, pp. 17-21).

2.2.2. O que é AED?

2.2.2.1. Desfazendo equívocos conceituais

Em uma rápida definição, AED é aplicar ferramentas e conceitos da Economia para aprimorar a análise de questões sob a perspectiva do Direito.

Não se trata de equiparar o justo com o eficiente financeiramente, ao contrário do que leituras apressadas sugerem. Cuida-se, sim, de um diálogo transdisciplinar pelo qual o jurista, ao se valer de sua concepção de justiça – qualquer que seja –, valer-se-á de instrumentais da Economia³¹ para ultrapassar o que designamos de *três fases da triagem econômica do Direito*:

- 1) verificar se há viabilidade material na implementação efetiva da sua noção de “justo” (fase da viabilidade material);
- 2) efetuar prognósticos das consequências materiais de sua convicção de “justo” a fim de poder, com responsabilidade, assumir as consequências de suas opções (fase da assunção responsável das consequência); e
- 3) efetivar a sua escolha de justo de modo a evitar desperdícios (fase da concretização eficiente).

O jurista, antes de adotar uma concepção de justo, deve submetê-la a essas três etapas de triagem econômica do Direito a fim de decidir e implementar com responsabilidade.

No tocante à primeira e à segunda fases (da viabilidade material e da assunção responsável das consequências), a AED é demasiadamente imperiosa, pois:

³¹ Valer-se da Economia não é propriamente servir-se de modelos matemáticos de economia ou de econometria. Um dos pais da AED, Ronald Coase, por exemplo, desconfiava desses tipos de análises matemáticas e, a respeito deles, ironizava, *in verbis*: “Se torturarmos os dados suficientemente, a natureza sempre confessará” (Coase *apud* POSNER, 2009, p. 434). POSNER, a seu turno, não guardava a mesma antipatia pelas ferramentas matemáticas, pois elas podem dar mais precisão à teoria, “pode desvelar incoerências, gerar hipóteses, possibilitar a concisão e até promover a inteligibilidade e destrinchar interações complexas” (POSNER, 2009, p. 443).

(...) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. (...).

Assim, por exemplo, se foi feita uma escolha pública pela universalização do acesso à telefonia fixa, não há razão para que o mecanismo de implementação da universalização gere desperdícios, pois isso implicaria que outras necessidades permaneceriam desatendidas quando poderiam ser satisfeitas com os recursos disponíveis ou ainda que mais pessoas poderiam ter acesso ao telefone fixo, mas não têm porque os recursos estão sendo desperdiçados. É difícil acreditar que qualquer um seja capaz de defender a manutenção de regras ineficientes. (GICO JR., 2012, p. 28)

A propósito da terceira fase (da concretização eficiente), os juristas afeiçoados à AED sustentam que, “não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente” (GICO JR., 2012, p. 27). Dificilmente se poderá justificar uma implementação pelo caminho mais custoso e pouco benéfico, pois será pouco provável que as teorias de justiça não concordem com esta asserção: “em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício” (GICO JR., 2012, p. 27).

Em qualquer uma das *três fases da triagem econômica do Direito*, o jurista deve se recordar de que, por vezes, uma determinada solução jurídica pode gerar uma ineficiência a curto prazo, mas, a longo prazo, poderá redundar em ganho de bem-estar. Outrossim, uma solução jurídica pode gerar uma eficiência inicial, mas, no futuro, deflagrará um desastre social. Essa última hipótese ocorre muito nas políticas públicas conduzidas com fins de angariação de votos, por obras de políticos que, com interesse em vencer eleições, adotam políticas que, apesar de cativarem a simpatia das massas ou de determinados grupos de interesses em um primeiro momento, imergirá a sociedade em um quadro catastrófico de mal-estar social. Como lembra MENEGUIN e BUGARIN (2016, p. 18), com apoio em Rogoff³², esse comportamento que os políticos soem adotar de dilapidação orçamentária a longo prazo é conhecido como *Political Budget Cycle* (“Ciclos Políticos Orçamentários”). A propósito, consoante palavras de MENEGUIN e BUGARIN (2016, p. 18):

(...) O autor [Rogoff] focou a estratégia do governante na carga tributária, nas transferências governamentais e nas despesas correntes do governo, concluindo que o governante tende a distorcer a política fiscal, cortando tributos, aumentando transferências e promovendo gastos que tenham visibilidade imediata. Tal comportamento do governante, provavelmente, geraria ou agravaria uma situação de déficit fiscal. Segundo esse estudo, o político mais votado é aquele que tende a gerar maior desequilíbrio nas contas públicas, contrariamente ao político preocupado com os recursos do Estado.

³² A referência é a esta obra de Rogoff, que foi mencionada por MENEGUIN E BUGARIN (2016, p. 18): ROGOFF, K. **Equilibrium Political Budget Cycles**. American Economic Review, 1990.

Isso acontece porque se mostra mais eficiente, sob uma perspectiva de curto prazo, aquele que gera maiores déficits.

Geralmente esse tipo de comportamento político de oportunismo eleitoral decorre da “incapacidade do governo de dizer não a grupos de interesses ou da necessidade de obter rápido retorno eleitoral” (MENEQUIN e BUGARIN, 2016, p. 15). É por isso que, embora se deva sempre escutar todos os setores da sociedade civil para a construção democrática das políticas públicas, “o Estado brasileiro não pode ser refém de [determinadas] corporações ou segmentos sociais organizados” (MENEQUIN e BUGARIN, 2016, p. 18).

Em outras palavras, o jurista deve dar especial atenção ao resultado das suas soluções a médio e a longo prazo. Trata-se de advertência que Robert COOTER e Aaron EDLIN (2011) suscitam, e suas reflexões se tornaram conhecidas como *Welfare Overtaking Theorem*, conforme averbam Fernando MENEQUIN e Tomás BUGARIN (2016).

Esse Teorema do *Welfare Overtaking* permite levantar discussões interessantes na relação entre eficiência, crescimento econômico e igualdade. Por vezes, uma medida que, como efeito colateral (*trade-off*), estimule uma concentração de renda em um primeiro momento poderá, a longo prazo, render um ganho de bem-estar a todos. É verdade que as situações extremas de concentração exagerada ou de isonomia plena de riqueza não são adequadas, pois tanto uma quanto outra desandam em prejuízo ao bem-estar geral. De um lado, a concentração extremada de riqueza inibe a concorrência e a distribuição de riquezas, ao passo que, de outro lado, a igualdade estrita implicará empobrecimento geral do Estado por desestimular o empreendedorismo e a inovação (MENEQUIN e BUGARIN, 2016, p. 5). É possível, pois, concluir que “uma desigualdade moderada pode coexistir com o ponto máximo de crescimento econômico” (MENEQUIN e BUGARIN, 2016, p. 5).

Enfim, o jurista, ao se valer das supracitadas *três fases da triagem econômica do Direito*, terá de lançar seus olhos para além do horizonte do presente ou do futuro imediato, em atenção aos efeitos a médio e a longo prazo. Sacrifícios iniciais podem corresponder a júbilos futuros. Por vezes, como lembrava Roberto Carlos e Erasmo Carlos, “além do horizonte, deve ter algum lugar bonito para viver em paz”. A AED é fundamental ao fornecer o instrumental necessário a essa tarefa

do jurista, mas ela não aponta o que é justo. Como adverte MENEGUIN e BUGARIN (2016, p. 6):

(...) se há acordo quanto à inaptidão da disciplina [A AED] para desvelar a justiça ou a injustiça, moralidade ou imoralidade de uma medida, é fora de dúvida que, uma vez firmado o objetivo a ser perseguido pela política pública, a indisponibilidade do interesse público impõe o modelamento idôneo a produzir os maiores benefícios, ao menor custo possível (sopesando-se, evidentemente, outros valores importantes para o Estado). Significa dizer que, para especificar qual o melhor modelo legal a ser implementado na regulamentação de determinada matéria, é imprescindível conhecer as consequências decorrentes de sua adoção, relativamente à eficiência, aos impactos no crescimento e ao conceito de equidade a ser prestigiado.

Como se vê, a AED não é uma teoria da justiça. Ela não predetermina o que é justo. Aliás, “a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas” (GICO JR., 2012, p. 27). Como anotam os professores da Universidade de Montreal Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a AED “é um método que toma emprestado conceitos econômicos para facilitar a compreensão do Direito”, mas “não substitui os métodos tradicionais dos jurista conquanto os complete” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. xix).

Apesar disso, é inegável que a AED contribui para a formulação de uma teoria de justiça, pois dificilmente se reputará, com seriedade, como justo o que é materialmente impossível. Uma teoria da justiça que conduzisse o jurista a efetivar uma opção de justiça impraticável no mundo sensível não passaria de uma fantasia, de uma fábula, de um êxtase hindu de meditação, de um “sonho de uma noite de verão”, de uma reflexão lítero-poético-recreativa.

Aliás, uma teoria de justiça como essa, se fosse adotada pelos formuladores de políticas públicas, provavelmente serviria de esteio para um estado autoritário e ditatorial, que haveria de exterminar os que, com olhos na realidade, protestassem contra o olhar para a fantasia. Assim, em um exemplo cerebrino, um estado que perfilhasse uma teoria da justiça da qual se concluísse que é justo que todos os indivíduos, ociosos ou não, devem ser proprietários de um imóvel em um bairro nobre e devem ter direito a, gratuita e diariamente, realizarem suas refeições em restaurantes finos no centro da cidade, haveria de assumir uma posição castrense contra quem discordasse desse assistencialismo e haveria de naufragar em poucos dias diante da impossibilidade física de acomodar toda a população nos poucos imóveis do bairro nobre e nos poucos restaurantes requintados do centro da

cidade. Os recursos são escassos e, por isso, impossibilitam os indivíduos de satisfazerem todas as suas preferências.

A AED, por não definir o que é o “justo”, revela-se útil às mais diferentes vertentes de pensamento. Definir o que é “justo” diz respeito ao campo da preferência dos indivíduos ou da sociedade, área na qual a Economia não é a senhora. As preferências são, para a Economia, dados “exógenos, o que significa que eles são determinados fora do sistema econômico” (COOTER e ULEN, 2010, p. 43). A Economia, porém, por dominar a arte da gestão dos recursos escassos, pode indicar obstáculos materiais à satisfação dessas preferências dos indivíduos, apontar possíveis alternativas ou, até mesmo, indicar a inviabilidade material na implementação das preferências. Com efeito, “há muitas restrições, incluindo o tempo, a energia, o conhecimento e a cultura da pessoa, mas a principal delas é a renda limitada” (COOTER e ULEN, 2010, p. 44).

Em princípio, juristas de vertentes socialistas radicais também deveriam se valer da AED para fazer suas concepções de justiça passarem pelo teste das três fases da triagem econômica do Direito e, ainda que o resultado da primeira e da segunda fases não sejam auspiciosos (fases da viabilidade material e da assunção responsável das consequências), esses juristas poderiam concretizar a sua noção de justo de modo a evitar desperdícios materiais (fase da concretização eficiente).

Caberá à teoria de justiça e às teorias democráticas censurar ou não alternativas materialmente ineficientes. A AED é, por si só, neutra em relação à definição do justo e do democrático. Ela é apenas uma ferramenta a ser usada nesses delineamentos conceituais do Direito e da Política. Nesse sentido, pode-se realçar que a AED possui caráter instrumental.

Dessa forma, em tese, a depender da teoria de justiça e da teoria democrática adotada, poder-se-á considerar justa e democrática uma opção materialmente ineficiente, mas, ao menos, o formulador da política pública saberá, nesse caso, das consequências a serem suportadas. Para censurar essa alternativa ineficiente, o jurista deverá buscar revolver os fundamentos adotados na teoria de justiça e na teoria democrática, e não na AED. A propósito, Ivo GICO JR. (2012, p. 30) chega a reconhecer que há questões sensíveis para cujo desate o método econômico não terá tanta relevância. Realmente, “há searas mais claramente afeitas

a este tipo de método e outras menos, bem como a possibilidade de consequências indesejáveis do imperialismo da economia” (GICO JR., 2012, p. 30).

Em suma, a AED, por si, não determina o que é o justo ou o que é democrático, tarefas de que as teorias de justiça e de democracia devem desincumbir. Ela, porém, é ferramenta que obrigatoriamente deve ser levada em conta na formulação dessas teorias, pois, ainda que – por hipótese – se repute por justo e democrático uma alternativa materialmente insustentável, essa decisão deve ser tomada com ciência de que as consequências deverão ser suportadas.

Por essa razão, é equivocado descartar a AED sob o argumento de que ela respalda pensamentos neoliberais ou o paradigma *rule of law* na sua versão reputada formal³³. Na verdade, ela pode (e deve) ser utilizada tanto para uma vertente neoliberal quanto para – até mesmo – um viés marxista, visto que as consequências materiais sempre devem ser investigadas com ferramentas apropriadas (que são fornecidas pela Economia, ciência que estuda o manejo de recursos escassos). A AED é, por assim dizer, neutra. A propósito da neutralidade política da AED, Richard POSNER (2009, p. 463), valendo-se de um tom de ironia a todos que temem investigações das repercussões práticas de suas ideias, averba, *in verbis*:

Tampouco há, embora alguns dos mais proeminentes adeptos da teoria econômica do direito sejam economistas liberais na tradição de Coase, Hayek e Friedman, uma inclinação ou agenda política nesse movimento, exceto na medida em que qualquer forma de análise econômica “burguesa” é considerada como política pelos esquerdistas radicais.

Ajudando a dissolver o senso comum equivocado, Ivo GICO JR. (2012, pp. 12-13) lembra que a Economia não se restringe a discussões sobre questões financeiras (como juros, inflação, dinheiro, mercado etc.), mas abrange qualquer reflexão envolvendo o comportamento humano diante de recursos escassos (dentro ou fora do mercado). Qualquer atividade humana, portanto, pode ser objeto de investigação pela Economia. É o que destaca Ivo GICO JR. (2012, pp. 12-13):

³³ O paradigma do *rule of law*, embora genericamente se reporte ao Estado de Direito, ou seja, à verificação da qualidade do direito: “é normalmente concebido como sendo de corte liberal e o essencial do debate a seu respeito costuma acontecer em um ambiente liberal (KOSKENIEMI, 1990). E esse debate opera uma divisão fundamental entre concepções formais e substanciais do *rule of law* (TAMANAH, 2005). (...) Concepções formais tendem a restringir o *rule of law* a critérios mínimos relacionados à produção e às características das normas – tais como grau de clareza e generalidade – e às características e ao funcionamento das instituições jurídicas. Concepções substantivas tendem a expandir o conceito de *rule of law* e fazê-lo incluir a existência de democracia, a proteção dos direitos fundamentais, a promoção e a garantia de direitos sociais.” (NASSER, 2011, p. 60).

Quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual é o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? Essas barreiras são boas para os consumidores? Quanto custa construir uma ponte ligando o Brasil à Argentina sobre o rio Uruguai? Por que nossa taxa de juros é uma das maiores do mundo?

Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar entre 5h e 8h30min da manhã ou da noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? Por que está cada vez mais difícil convencer os Tribunais Superiores de que uma dada questão foi efetivamente prequestionada? Por que em Brasília os motoristas param para que um pedestre atravesse a faixa, mas em outros locais do Brasil isso não ocorre? Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pede apenas algumas peças específicas? Por que o governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o Natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? Por que existem várias línguas?

Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudos por economistas ou cientistas sociais empregando o método econômico. Se pararmos para pensar, de uma forma ou de outra, cada uma das perguntas do parágrafo anterior impõe decisões aos agentes. Se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer tomada de decisão.

E, tomando emprestadas as palavras de John Maynard Keynes, Ivo GICO JR. (2012, p. 13) sublinha que a:

(...) Teoria Econômica não fornece um conjunto de conclusões assentadas imediatamente aplicáveis à política. Ela é um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que auxilia seu possuidor a chegar a conclusões corretas.

Como se vê, a AED, ao estimular o emprego de ferramentas econômicas na análise jurídica de questões, contribui para que o jurista enxergue as consequências reais de suas soluções jurídicas. Ela, todavia, não exclui a necessidade de o jurista se valer de outras disciplinas e do próprio Direito para, após ter ciência plena das consequências práticas das alternativas, optar por aquela que repute justa, ainda que esta não seja financeiramente a mais eficiente.

Partindo, porém, da premissa indevida de que a AED é “uma visão *instrumental* do direito, já que este é [seria] orientado à promoção da eficiência econômica” (FERREIRA, 2016, p. 344), podem-se encontrar críticas por parte de Hugo Luís Pena FERREIRA (2016, p. 344), de Gabriel Boavista LAENDER (2014, p. 137) e de Marcus Faro de CASTRO – que é o pai da designada “Análise Jurídica da

Política Econômica” (AJPE)³⁴. Essas críticas, na verdade, deveriam ter sido endereçadas à visão neoliberal, ao paradigma do *rule of law* ou a algumas vertentes de conexão da AED com a justiça³⁵, e não à AED, pois esta, por si só, não predetermina o que é justo.

A propósito, Hugo Luís Pena Ferreira, com apoio em Brian Z. Tamanaha, indevidamente define a AED como a mera busca da eficiência econômica e imputa-lhe a “proposição de que o direito (...) deve ‘ser orientado para a maximização da riqueza’”, missão para a qual o sistema do *common law* tenderia a ser mais apto em razão de mais bem absorver instituições que promovem a eficiência, “entendida sobretudo como *maximização de riqueza*” (FERREIRA, 2006, p. 344). Em seguida, Hugo acusa a AED de deixar, fora dos seus domínios, “questões de *redistribuição* (ou o aspecto da equidade econômica)” (FERREIRA, 2016, p. 344).

Outrossim, Gabriel Boavista Laender define a AED como uma narrativa do Pensamento Jurídico Contemporâneo que – e aí está o equívoco – preconiza uma “tentativa de releitura do Direito a partir dos pressupostos metodológicos da Economia neoclássica, consoante as ideias defendidas por Richard Posner e pela Escola de Chicago, influenciadas por uma leitura particular das ideias de Ronald Coase” (LAENDER, 2014, p. 137).

Igualmente, Marcus Faro de CASTRO (2009), partindo da mesma premissa indevida de que a AED equipara o justo ao eficiente economicamente, aduz que a AED “conforma o cálculo prudencial a uma teoria econômica, para a determinação da solução ‘eficiente’, a ser dada aos conflitos de interesse como a decisão juridicamente correta” (CASTRO, 2009, pp. 20-21). Em seguida, critica a AED porque ela, ao focar a análise de custo-benefício como força motriz de suas reflexões, “não leva em conta as relações entre interesses materiais e valores não econômicos, que são relevantes para a promoção da justiça econômica” (CASTRO, 2009, p. 21). Desfere, ainda, ataques à AED, sob a alegação de que ela – pretensamente – teria “como referência econômica os postulados da microeconomia (Escola Neo-clássica)” (CASTRO, 2011, p. 9). O eminente professor da UnB, realçando uma suposta indiferença da AED com valores que não reflitam eficiência

³⁴ Mais a frente, abordaremos as linhas gerais da AJPE.

³⁵ Por exemplo, cite-se a versão fundacional da AED, fruto das primeiras e já abandonadas reflexões Richard Posner, em relação remetemos o leitor ao capítulo 2.2.2.5. deste estudo.

financeira, credita-lhe indevidamente a tendência de reduzir todas as questões a cifras econômicas, conforme se vê nestas considerações (CASTRO, 2014)³⁶:

Como dar um custo à uma vida humana? E que efeito a poluição do ar tem sobre nossa saúde? No mesmo diapasão, pode-se perguntar: como justificar a venda de licenças para poluir e a criação de um “mercado de carbono”? Um mercado de carbono equivale a um mercado de direitos de poluição. Os juízes e juristas devem aceitar que tudo tem um “custo” econômico, traduzível em um preço? A lógica de atribuição de custos econômicos e preços a tudo levaria à aceitação da criação de mercados para todas as coisas, inclusive órgãos humanos, crianças etc.

Ora, a abordagem da chamada “Análise Econômica do Direito” (também conhecida como “*Law and Economics*”) apoia-se grandemente na idéia de que os juízes devem exercer sua atividade levando em conta a distribuição dos custos e benefícios decorrentes das decisões judiciais. É o que os autores chamam de “cost-benefit analysis” ou análise de custo-benefício. Os “custos e benefícios” são calculáveis por economistas com base em uma visão parcial do que é o bem para o ser humano. Porém, para muitos, é evidente que esta abordagem suscita inúmeros problemas. Dentre eles, o fato de que nem sempre é aceitável que se trate uma circunstância da vida humana como um “custo” econômico. É isto o que os professores Frank Ackerman e Lisa Heinzerling, autores do livro “*Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*” (2004, The New Press) exploram em sua obra. Heinzerling foi assessora do juiz (e autor prolixo, além de ícone destacado do movimento “*Law and Economics*”) Richard Posner e é professora no Georgetown University Law Center. Frank Ackerman é economista do *Global Development and Environment Institute* da Universidade de Tufts.

No mesmo sentido, está um dos pais do movimento da constitucionalização do Direito Civil, o catedrático italiano Pietro PERLINGIERI (2007, p. 63), que condena a submissão do Direito a avaliações exclusivamente econômicas, por conta de seu individualismo, materialismo, conservadorismo e inaptidão para tratar de questões existenciais.

Ora, essas críticas à AED partem de uma premissa conceitual equivocada da AED e, na verdade, são dirigidas ao paradigma do *rule of law* e ao neoliberalismo. A AED, em momento algum, condiciona a definição do justo e do democrático ao que é eficiente financeiramente, mas apenas ilumina o desenvolvedor de uma teoria da justiça e de uma teoria democrática com a ciência da consequência prática de suas decisões. Além do mais, não se pode vincular a AED ao paradigma da economia neoclássica, pois, além de muitos autores da AED criticarem esses pressupostos (o próprio Ronald Coase – um dos pais da AED – critica a Economia Neoclássica, que despreza a existência de custos de transação

³⁶ Faz-se a ressalva de que a AJPE, que foi criada pelo professor Marcos Faro de Castro, é uma excelente diretriz teórica que, embora enfoque a efetiva fruição do direito à Justiça, não despreza a viabilidade material das soluções. A AJPE busca um caminho de desenvolvimento econômico sustentável e justo. No presente trabalho, o que se quer averbar que a AED, na sua concepção teórica pura, não se afigura como uma inimiga da AJPE, e sim como uma aliada. O que diverge da AJPE são algumas aplicações da AED ao tartar da conexão entre justiça e eficiência econômica, conforme se abordará neste trabalho no capítulo 2.2.2.5.

positivos e a influência das instituições³⁷), é preciso enfatizar que a AED – na sua concepção pura – acomodar-se-ia com outras diretrizes econômicas. E, ainda, é equivocado ignorar que a AED é flexível para se adaptar a diferentes realidades fáticas e para absorver ideias de outras disciplinas além da Economia (GICO JR., 2012, p. 11); afinal de contas, a AED não reduz as discussões à busca do que é eficiente financeiramente.

Na verdade, um dos principais precursores da AED, Guido Calabresi, ao alinhar a AED com discussões de justiça, é enfático em destacar que nem tudo que é eficiente será também justo (SALAMA, 2008, p. 35).

Desfeitos, portanto, os equívocos conceituais sobre os quais se arrimam diversas críticas à AED, elucida-se que grande parte dos juristas que se valem da AED adotam teorias de justiça e democrática que prestigiam o que é materialmente viável e eficiente, especialmente os adeptos da “Escola de Chicago”. A propósito, houve autores que, num primeiro momento, apressaram-se a coincidir o “justo” com o “eficiente financeiramente”, mas, posteriormente, retrocederam no seu pensamento, como dá nota Ivo GICO JR. (2012, p. 18):

(...) há aqueles como Richard Posner que chegaram a propor, na década de 1970, que, na ausência de qualquer teoria do valor operacionalizável e consensual, haveria justificativas éticas para se adotar a maximização da riqueza social como critério normativo, pois ela funcionaria como uma forma de aproximação da busca pela eficiência. Não obstante, após um longo e intenso debate dentro e fora da tradição juseconomista, Posner reconheceu que essa posição é insustentável e que não há base moral para limitar o objetivo imediato do direito à maximização da riqueza.

Talvez esse confusão entre a AED e a utilização dela com noções de justiça de viés neoliberal justifique o porquê de Hugo Luís Pena Ferreira erguer críticas à AED. Na verdade, esse próprio autor chega a reconhecer que a sua crítica se dirige mais à Escola de Chicago (FERREIRA, 2016, p. 345), de modo que, na verdade, a sua insurgência não deve ser interpretada contra a AED em si, e sim contra o seu emprego para justificar políticas públicas de viés neoliberal.

É equivocado, igualmente, asseverar que a AED rejeita a intervenção estatal na economia. A AED, na verdade, deve ser empregada tanto para modelos políticos de hipertrofia estatal quanto para os de absentismo intervencionista, pois disponibilizará aos formuladores de políticas públicas o diagnóstico e a prognose

³⁷ COASE (2016-A) não poupa críticas a vários pressupostos da Economia Neoclássica, especialmente em razão de ela ignorar os custos de transação e as influências que diversas instituições – como o direito, o mercado, a firma etc. – exercem na realidade do sistema econômico.

das consequências reais de suas soluções jurídicas. A propósito, Fernando Meneguim, brandindo com raciocínios da AED, destaca que o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor é importante, por reconhecer a necessidade de o Estado intervir legislativa, judiciária e administrativamente na Economia a fim de reduzir os efeitos deletérios da manifesta desigualdade jurídica e fática de forças entre o fornecedor e o consumidor. Como anota MENEGUIM (2012, p. 256), “é ingenuidade defender que esse desequilíbrio se resolva sozinho pela livre atuação do mercado”. A propósito, indicando outros exemplos de intervenções estatais que foram frutos de reflexões jurídicas que levaram em conta a racionalidade econômica dos indivíduos, Rachel SZTAJN (2005-A, p. 79) lembra o esforço da legislação consumerista em combater a assimetria informacional desfavorável ao consumidor, a proteção estatal aos incapazes (que sofrem insuficiências de racionalidade para autodeterminar-se) e a gradação de sanções e de repercussões jurídicas vinculadas à intensidade da intenção do causador de um ato ilícito (exacerbando as consequências no caso de atos dolosos e aliviando nos culposos).

De qualquer sorte, é fato que, ao se servir da AED e ao se deparar com as reais consequências materiais das opções, haverá muita dificuldade em rejeitar um caminho factível. De fato, assemelhar-se-ia a um ato de total desvario considerar justo e democrático o que a realidade material não pode acomodar. Isso, porém, não significa que, sempre, se deve adotar a alternativa que mais produza riquezas financeiras, mas sim que as escolhas devem ser feitas com olhos na viabilidade material da sua implementação. Nesse sentido, embora – repita-se – a AED deva ser utilizada sob o pálio de qualquer inclinação ideológica para conectar os pensadores à realidade (ainda que seja para esta ser rejeitada em nome de alguma reflexão própria de justiça), realmente ela tende a acomodar melhor – para usar as palavras do catedrático da Universidade de Lisboa Fernando Araújo (*apud* MACKKAY e ROUSSEAU, 2015, p. xxv) –, os:

(...) interesses individuais e sociais não intermediados ou “filtrados” pela dogmática tradicional, antes mais abertos ao utilitarismo e ao pragmatismo que presidem as sociedades abertas, materialistas e agnósticas, como as nossas tendem a ser (por muito que lamentemos não viver em sociedades ideais).

Enfim, o fato de muitos juristas de perfil neoliberal se valerem da AED não significa que esta é, por si só, uma ferramenta que possa ser descartada por aqueles que adotam outros vieses, pois, seja qual for a perspectiva adotada, (1) a viabilidade material sempre deve ser conhecida, ainda que para ser desprezada

conscientemente, e (2) as alternativas escolhidas – independentemente do seu perfil – devem ser efetivadas sem desperdícios, de modo a concretizar os seus objetivos de modo eficiente (eficiência aí não se reporta apenas a questões financeiras, mas a qualquer esforço - político, social etc. – que seja necessário).

Por fim, ainda em reforço à plena compatibilidade da AED com as diferentes realidades mundiais, Ivo GICO JR. (2012, p. 28) destaca que, diante das particularidades brasileiras de expressiva desigualdade econômica, uma teoria da justiça que faça o conceito de justiça coincidir com o eficiência financeira seria equivocada e irresponsável. Em países em que esse desnível não é expressivo, o referido doutrinador lembra que:

há quem defenda que, na ausência de critérios éticos dominantes sobre o que é justo ou injusto, a eficiência seja utilizada como uma aproximação (*proxy*) da justiça, desconsiderando-se eventuais impactos redistributivos, dado que eventuais ganhos e perdas tendem a ser mais bem distribuídas em sociedades mais igualitárias do ponto de vista de renda. (GICO JR., 2012, p. 28).

Em síntese desta Seção, a AED deve ser estudada e utilizada por qualquer jurista que se aventure a embrenhar pela densa e complexa floresta da busca do “justo”, para que, ao menos, essa tarefa seja feita com ciência da realidade material e não se torne um exercício de fantasiosa alucinação retórica. Qualquer solução jurídica deve ser precedida de reflexões acerca dos juízos de diagnósticos e prognósticos que a AED permite obter.

Ademais, devem ser desfeitas as sofismáticas compreensões contrárias às reflexões da AED, a qual vem sendo alvo de críticas fundadas em míopes visões de seus contornos e objetivos teóricos. A AED força o jurista tradicional a um novo tipo de abordagem, preocupada com a efetiva conexão de suas soluções jurídicas às consequências na vida real. Isso, inevitavelmente, atrai resistências no mundo jurídico, contra as quais tomamos emprestada a advertência do eminente Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Fernando ARAÚJO³⁸ (2007, pp. 7-8):

Adivinha-se que a deslocação “gravitacional” sugerida pela Análise Econômica dos Contratos não vença, antes reforce, a resistência que, com preocupante regularidade, tantos civilistas têm expressamente manifestado a estes progressos teóricos. Compreendem-se as cautelas, mas não se

³⁸ A obra de Fernando ARAÚJO (2007) batizada como *Teoria Económica do Contrato* representa um dos marcos teóricos mundiais da AED e se gaba de conseguir, em mil páginas, desfilarem notáveis reflexões sobre a AED, cuidando de temas importantíssimos de contratos, a exemplo do incumprimento eficiente (2007, p. 735), dos limites do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (2007, p. 760) e de muitos outros, tudo sob o cuidado de conectar a discussão ao primado da justiça.

compreende a condenação sumária, e por isso se aplaude a atitude de Menezes Cordeiro, quando, referindo-se à Análise Econômica do Direito, sustenta que *“Ela tem, antes de mais, de ser estudada e avaliada pelos seus frutos teóricos. Ora esse estudo – mormente entre nós – está, ainda por realizar”*. Oxalá o presente estudo possa ser tomado como um primeiro passo no sentido do preenchimento sistemático dessa lacuna.

2.2.2.2. Contorno conceitual

A AED, também conhecida como “Direito e Economia”, “*Law and Economics*” ou, ainda, *juseconomia* (GICO JR., 2012, p. 15), deriva de um diálogo interdisciplinar entre as ciências jurídica e econômica e foca iluminar as reflexões dos juristas com instrumentais da Economia. Consiste em “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas” (SALAMA, 2008, p. 9).

Essa interação é essencial, pois o jurista, na sua faina de regular o comportamento humano (foco do Direito), deve estar atento, entre outros aspectos, à escassez de recursos (questão central da Economia), sob pena de obrar de modo irreal e irresponsável. De fato, o Direito deve estar relacionado também ao “uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade; ele pode criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, ou mesmo mais justa” (COOTER e ULEN, 2010, p. ix). Em igual diapasão, é de Ivo GICO JR. (2012, p. 1 e 14) o seguinte escólio preciso:

O Direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

(...)

De uma forma geral, os *juseconomistas* estão preocupados em tentar responder a duas perguntas básicas: (a) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (b) que regra jurídica deveria ser adotada?

Realmente, a Economia é – como destacava COASE (2016-A, p. 2) – “a ciência das escolhas humanas”, pois trata de discutir as alternativas disponíveis num mundo de recursos escassos. Ronald COASE (2016-A, p. 2) critica os economistas tradicionais, que limitam suas pesquisas a um universo de escolhas

muito aquém do devido. Coase entende que a abordagem econômica deve ser utilizada em diálogo com outras ciências sociais, tarefa que Coase desempenhou com primor ao realçar a importância de os discursos jurídicos não esconderem os olhos da Economia.

A abordagem da AED cuida de, por exemplo, responder perguntas como estas: “a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro de nosso arcabouço institucional?” (GICO JR., 2012, p. 11). A Economia possui ferramentas sobre o comportamento humano, as quais são úteis para calcular o resultado prático das normas e soluções jurídicas. A AED, além de lançar mão dessas ferramentas, mantém uma posição aberta para se adaptar “a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras áreas (inter e transdisciplinaridade)” (GICO JR., 2012, p. 11).

Em verdade, a AED é “um método de análise do Direito” e “se vale de ferramentas da Ciência Econômica – fundamentalmente da Microeconomia – para explicar o Direito e resolver problemas jurídicos” (SALAMA, 2010-A, p. 9). É, nas palavras de Nicholas Mercurio e Steven Medema, a “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos de economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais” (*apud* SALAMA, 2008, p. 9). Seu objetivo primordial é deitar luzes sobre as questões jurídicas e prognosticar os efeitos práticos das diferentes alternativas normativas disponíveis (SALAMA, 2008, p. 6).

A AED não é uma “receita de bolo”, por meio da qual se poderá dar solução definitiva para os problemas jurídicos. De fato, Guido Calabresi qualificava essa equivocada ideia como “ridícula”, como lembra SALAMA (2008, p. 5).

Ademais, a aceitação da AED pela comunidade jurídica é tarefa árdua, especialmente em razão do apego dos juristas a uma metodologia arcana, ritual e sobranceira, conforme crítica de Richard POSNER (2009, p. 622, 625 e 626):

(...) O direito, do modo como é atualmente concebido na academia e no judiciário, tem também um matiz muito teocrático. Há também uma ênfase excessiva em aspectos como autoridade, infalibilidade, retórica e tradição, e pouca ênfase nas consequências e nas técnicas sociocientíficas para a avaliação das consequências. Há demasiada confiança e muito pouca curiosidade, além de um apreço insuficiente pelas contribuições de outras disciplinas. A filosofia do direito em si é excessivamente solene e presunçosa. Seus partidários escrevem numa prosa demasiado marmórea, hierática e censória. Direito e religião foram por muito tempo interligados, e muitos paralelos e correspondências permanecem. O direito tem seus sumos

sacerdotes, seus textos sagrados e suas vacas sagradas, seus mistérios hermenêuticos, suas vestes talares e seus templos, seus rituais e cerimônias.

(...)

Não parece que a situação vá mudar (para manter a metáfora religiosa) por meio de pregações. Tem raízes profundas na natureza da educação jurídica, que por sua vez reflete práticas e tradições antiquíssimas da profissão. Os juízes e advogados não dispõem de tempo necessário nem da formação para conduzir investigações sistemáticas sobre as causas e as consequências do direito. Esse é um trabalho que compete à academia. Mas as escolas veem seu papel como o de formar profissionais de direito, e não cientistas do direito. (Há boas razões econômicas para isso). A ênfase incide na transmissão das habilidades, do conhecimento e das tradições que melhor se prestem à prática eficaz do direito, e isso inclui as habilidades da análise doutrinária e da argumentação jurídica, o conhecimento das doutrinas jurídicas, as tradições de juízes e advogados militantes.

Afirmar, na Introdução, que o estudo do direito inicia-se *in media res*, e aqui acrescento que esse procedimento impede a adoção de uma perspectiva crítica, externa. Apresenta-se o direito como alguma coisa a não ser questionada, como algo que sempre existiu e sempre teve mais ou menos a forma que tem hoje. Poucos meses depois de entrar para a faculdade de direito, o aluno perde a perspectiva externa. Nos Estados Unidos, a maioria dos cursos de pós-graduação destina-se a estrangeiros, e são mínimos os esforços no sentido de transmitir ao estudante que um dia pode tornar-se professor de direito o conhecimento, as habilidades e atitudes necessárias ao estudo das causas do direito, das consequências diretas e indiretas sobre o comportamento, da experiência de outros países com o direito e das leis científicas do sistema jurídico. (...) Não surpreende que uma parte tão significativa do saber jurídico e da análise judicial seja pouco original, pouco empírica, convencional e não mundana, esmagadoramente verbal e argumentativa (na verdade, verborrágica e polêmica), estritamente focada nas questões doutrinárias, deslumbrada com as últimas decisões da Suprema Corte e preocupada com distinções irrisórias e efêmeras -, em vez de ser ousada, científica e descritiva. (...).

Começamos a admitir os problemas chamando atenção para o fato de que uma couraça de falsidade e pretensão envolve o direito e está tornando obscura a sua prática. Já é tempo de nos livrarmos dela. Terminei como comecei, com uma citação de William Butter Yeats – desta vez, extraída de “A Coat” (“Um Casaco”), que aqui adquire pertinência devido à importância atribuída à toga como símbolo judicial: “there’s more enterprise / In walking naked” (“Há mais audácia / Em andar nu”).

Igualmente, a AED rejeita a visão turva de que a eficiência seria irrelevante ao Direito, pois “a construção normativa não pode estar isolada de suas consequências práticas” (SALAMA, 2008, p. 6). De fato, é preciso sempre enxergar as instituições jurídicas – especialmente as relativas a direitos proprietários – à luz das suas consequências práticas e da sua razão de ser. Para tanto, a AED é extremamente útil, por impor, com intransigência, que o jurista – ao menos – sempre tenha ciência dessa perspectiva pragmática e por reconhecer que a razão de ser e as repercussões práticas das soluções jurídicas não necessariamente são de índole pecuniária, mas pode ser moral, política, filosófica etc. Nesse sentido, é oportuno recordar escólio de MACKAAY e ROUSSEAU (2015, p. 7, grifo nosso):

(...) Para explicar o propósito da análise econômica do direito, nada melhor do que a frase do célebre jurista belga, Monsieur Mertens de Wilmars,

para quem “bom número de instituições jurídicas clássicas, assim como o usufruto, a acessão ou a cláusula de reserva de domínio, nada mais são do que uma regulamentação de relações econômicas subjacentes. Todavia, como estão profundamente ancoradas no direito positivo, não as percebemos senão como conceitos jurídicos, sem nos dar conta de seu significado econômico [...]”.

A análise econômica do direito retoma a razão de ser das instituições jurídicas. (...) A análise econômica do direito não se limita aos aspectos “econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. **Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas.** Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente, de quem decide e que não se traduz, expresamente, nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica do direito concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina:³⁹ a de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas.

Ademais, por se tratar de um linha de pensamento relativamente nova, há amplo espaço para novas formulações pelos pesquisadores. Como anota o professor da Universidade de Lisboa Fernando Araújo em prefácio da obra de MACKAAY e ROUSSEAU (2015, p. xxiv), “trata-se de domínio em que impera ainda algum pioneirismo e onde, portanto, as certezas e os consensos não abundam, o que não facilita a assimilação rápida dos temas em debate”.

Essa interrelação entre Direito e Economia não é tarefa fácil, especialmente por estes motivos bem identificados por SALAMA (2008, p. 5), *in litteris*:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento e, geralmente, bastante destrutivo.

Todavia, a abordagem da AED logra superar esses impasses entre as disciplinas para propiciar a colheita de bons frutos desse diálogo interdisciplinar. Aliás, reina certa controvérsia em enquadrar a AED como uma disciplina do Direito ou da Economia, mas essa divergência não parece ter relevância prática. Seja ela uma disciplina do Direito ou da Economia, o importante é que tanto os juristas quanto os economistas se abeberem de seus postulados. Nas palavras de SALAMA (2008, p. 12), o que importa é:

³⁹ Substituímos o ponto final por dois pontos, para maior clareza do texto.

a interdisciplinaridade da disciplina de Direito e Economia, a relevância da disciplina nas faculdades de Direito (particularmente nos campos da pesquisa empírica e da teoria crítica) e o fato de que tanto juristas quanto economistas têm dado contribuições relevantes para o desenvolvimento da disciplina.

Em reforço disso, SALAMA (2008, p. 12) completa:

No encontro inaugural da Associação Americana de Direito e Economia, reconheceu-se a existência de quatro “pais” (*founding fathers*) da disciplina: Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Henry Manne. Repare que, dentre esses quatro notáveis, um deles, Posner, não possui formação como economista (estudou Letras e depois Direito); um deles, Coase, não tem formação jurídica (só econômica); somente os dois últimos (Calabresi e Manne) possuem treinamento formal tanto em Economia quanto em Direito.

A AED pode ser aplicada a qualquer área do Direito, mesmo naquelas em que não se tenha fundo financeiro, pois o instrumental analítico e empírico da Economia investiga o comportamento humano diante de qualquer tensão entre fins e meios escassos. A AED poderia, por exemplo, ajudar a entender o motivo de muitas leis não serem observadas pela população (ineficácia social das normas), bem como contribuir na construção de soluções jurídicas para a redução do estupro, para o combate aos abusos processuais por meio de recursos protelatórios, para facilitar a locação de imóveis etc.

Não há uniformidade de métodos de análise na AED, visto que há diferentes formas de estender o ferramental da Economia para o Direito. Certa é esta observação de Bruno Meyerhof SALAMA (2010-A, p. 9), *in verbis*:

(...) Como em qualquer paradigma científico, existem várias escolas, várias vertentes. Não há um único método, nem forma correta de trabalhar com as lentes analíticas da Economia aplicada ao Direito.

Assim como não se pode dizer que apenas Boaventura Santos é Sociologia do Direito, não é só de Richard Posner que vive a Análise Econômica do Direito (AED). Como quem se propõe a trabalhar com o fato social como fenômeno jurídico e se valer de métodos cientificamente aceitos de observação e descrição da realidade poderá ser enquadrado como um sociólogo jurídico, o mesmo vale para a AED.

2.2.2.3. AED positiva e normativa

Na doutrina, escande-se a AED em duas espécies:

- 1) a **AED positiva**, que se ocupa com *o que é* (positivo); e
- 2) a **AED normativa**, que lida com *o que deve ser* (normativo).

O jurista, ao se valer dos instrumentais econômicos para aferir as consequências práticas de uma estrutura institucional existente, exercita uma AED positiva. Essa espécie de AED possui abordagem eminentemente explicativa com resultados preditivos, pois “nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra” (GICO JR., 2012, p. 18). A AED positiva propicia um diagnóstico prático da situação normativa atual. A AED positiva permite perquirir se os meios que foram empregados alcançam efetivamente os fins propostos, ou seja, “verificar a pertinência entre meios e fins normativos” (SALAMA, 2008, p. 26). Por exemplo, a AED positiva seria útil para verificar se as normas consumeristas atuais (meios) protegem ou não os consumidores (fins). Por intermédio da AED positiva, investiga-se, por exemplo, “o impacto das normas e das decisões judiciais, verificando-se se o efeito pretendido foi atingido e se o foi com o menor custo possível para a sociedade” (MENEGUIN, 2012, pp. 260-261). Eventualmente, a AED positiva poderá identificar regras consumeristas que, na verdade, acabam prejudicando os consumidores.

A título de ilustração, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) condenou a conduta que uma operadora telefônica adotava de oferecer desconto na aquisição de um aparelho celular caso o consumidor se obrigasse a, por mínimo doze meses (fidelidade), manter um plano de telefonia móvel contratado. O STJ entendeu haver aí venda casada, que é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor (STJ, REsp 1397870/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/12/2014). Numa situação dessa, investigações feitas sob a ótica da AED positiva poderiam desaguar na conclusão de que, a partir dessas decisões, as operadoras de telefonia móvel poderão simplesmente deixar de oferecer descontos na venda de aparelhos telefônicos e, mesmo assim, continuar cobrando o mesmo valor nos planos de telefonia móvel, especialmente em razão do fato de o mercado de telefonia ser composto por poucas operadoras (oligopólio). O consumidor, então, haveria de gastar muito mais com a aquisição de aparelhos celulares, sem se beneficiar de uma efetiva redução dos preços dos serviços de telefonia. Trata-se de uma especulação didática destinada a apenas demonstrar a utilidade da AED positiva, que faz o diagnóstico da estrutura normativa atual.

Se, porém, o objetivo do jurista é servir-se do método econômico para acenar rumo à adoção de uma estrutura institucional diversa da atual, ter-se-á uma

AED normativa, que fornecerá uma prognose prática de uma nova estrutura institucional cogitada. Essa prognose se valerá não apenas de instrumentos econômicos, mas também ferramentas “de outras áreas de conhecimento” (MENEQUIN, 2012, p. 261). Para tanto, basta definir o objetivo, e a AED normativa será útil para, com as ferramentas da economia, fazer o jurista enxergar as possíveis consequências práticas das várias medidas que pretende adotar. Assim, por exemplo, “se o objetivo é reduzir a quantidade de sequestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar a melhor política de punição, a melhor estrutura processual para este tipo de delito etc.” (GICO JR., 2012, p. 17).

Em uma síntese didática, SALAMA (2010, p. 10) pondera, *in verbis*:

A AED, em grosseira síntese, tem fundamentalmente dois diferentes ângulos de estudo. O positivo, que trabalha com a tentativa de descrição da realidade, e o normativo, que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos. A AED positiva, então, esforça-se em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo o custo de transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.

Como se vê, a AED normativa pode ser usada para a realização de qualquer objetivo que o jurista, a partir de suas próprias teorias de justiça, almejar. O objetivo do jurista, por exemplo, pode ser o melhor aproveitamento dos imóveis, a mais adequada distribuição de riquezas e, até mesmo, “a forma mais eficiente de conciliação entre casais em crise” (GICO JR., 2012, p. 17). O fato é que a definição desse objetivo (desse vetor normativo) pode ser encontrado pelo jurista tanto na AED quanto em outras áreas do conhecimento. Seu objetivo pode ser, até mesmo, fruto de uma reflexão de índole marxista⁴⁰, caso em que a AED normativa lhe ofertará alternativas para implementar esses objetivos com o mínimo de desperdício. Enfim, a AED normativa “nos auxiliará a escolher, entre as alternativas possíveis, a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional de um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JR., 2012, p. 18). Afinal de contas, como destacava COOTER e ULEN (2010, p. 26):

A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas, já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto. As autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro.

⁴⁰ Serve-se desse exemplo, para reiterar o que já foi afirmado neste trabalho: a AED, em si, não é uma teoria da justiça e revela-se fundamental em qualquer reflexão, independentemente da sua matriz ideológica. Afinal de contas, todas as decisões devem ser tomadas com ciência das consequências práticas e com o esforço de evitar desperdício. Se as consequências serão desastrosas financeiramente, o jurista deve saber disso de antemão e expressamente rejeitar esse prognóstico ao abrigo de algum possível valor de justiça que venha a adotar.

2.2.2.4. Metodologias da AED

2.2.2.4.1. Escassez e custo de oportunidade

A AED parte da premissa de que o direito corresponde a um conjunto de regras que, ao estabelecer custos e benefícios, estimulam os indivíduos a adotar comportamentos. **O direito é uma estrutura de incentivos e de desestímulos de condutas.** De fato, “os cidadãos não ficam passivos diante da mudança das regras às quais são submetidos” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 5). A AED admite, porém, que, em alguns casos, os agentes podem simplesmente ignorar esses incentivos por variados motivos, como opções individuais diversas, desconhecimento dos incentivos etc. Com precisão averbam MACKAAY e ROUSSEAU (2015, p. 5):

(...) A mudança da regra levará qualquer um a indagar se deve adaptar seu comportamento e, em caso afirmativo, em que direção. É que a regra de direito não controla, diretamente, o comportamento das pessoas. Fã-lo, apenas, quanto às consequências de suas ações. As pessoas continuam livres para reagir como entenderem e não, obrigatoriamente, no sentido desejado pelo legislador, assumindo, claro, as consequências. Adam Smith o percebeu e escreveu que, “[sobre] o grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem seu próprio princípio de movimentação, inteiramente diferente daquele que o legislador desejaria ter-lhe imprimido”.

Entender o direito implica entender o movimento próprio das “peças” que é programado para reger. É preciso, ainda, conhecer o ser humano e compreender suas interações com os demais.

Ao contrário do que insinuam muitos críticos da AED – conforme já exposto anteriormente neste estudo⁴¹ –, essa estrutura de incentivos não envolve apenas custos e benefícios de natureza monetária, mas também de índole política, social, moral etc., visto que a motivação de muitos comportamentos humanos não necessariamente provém de interesses egoísticos, mas também de outra natureza, como altruístas.

A postura proposta pela AED se distingue da tradicionalmente cultivada pelo Direito. Como exemplifica Ivo GICO JR. (2012, pp. 18-19), por um lado, o jurista tradicional, ao enfrentar uma questão relativa à conservação do patrimônio histórico-cultural, buscará verificar se as normas existentes (que, no exemplo, não mencionam expressamente esse tipo de patrimônio) agasalhariam interpretações extensivas que alcançassem esses bens. A sua primeira inquietação é, pois, com o

⁴¹ Ver capítulo 2.2.1.

enquadramento do problema no âmbito interpretativo da norma, e não com a realidade prática atual. Por outro lado, o jurista que se vale da AED se preocuparia, em primeiro lugar, em perquirir a realidade fática em um juízo de diagnóstico e prognose, para, só depois, adentrar em discussões de interpretação normativa. Assim, no exemplo, a AED conduziria o jurista a, num primeiro átimo, desvendar: (1) como os agentes têm se comportado perante a regra atual que não vem abrangendo o patrimônio histórico-cultural da proteção normativa (diagnóstico); e (2) como uma mudança da regra – seja por via legislativa, seja por meio de interpretações extensivas – modificaria a estrutura de incentivos “na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose)” (GICO JR., 2012, p. 19). Afinal de contas, a AED auxilia “a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das consequências sociais de cada escolha” (GICO JR., 2012, p. 29). Dessa sorte, na abordagem da AED, empreitadas hermenêuticas ficam para um segundo momento, para que o seu resultado possa se alinhar à realidade das coisas.

Ao nosso sentir, essa forma de abordagem preocupada, antes de tudo, com a realidade é instrumento extremamente eficaz para evitar o nascimento de normas meramente decorativas e inaptas a produzir efeitos concretos.

A Economia possui uma teoria sobre o comportamento humano, a qual é extremamente útil ao Direito por permitir investigações acerca das reações comportamentais dos indivíduos diante das estruturas de incentivos produzidas pelas soluções jurídicas. Essa teoria econômica permite entender as reações comportamentais do indivíduo médio.

Há dois pressupostos fundamentais da metodologia econômica, que são fundamentais.

O primeiro deles é a **escassez de recursos**, que acaba por impor “à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?)” (GICO JR., 2012, p. 19). Se os recursos fossem ilimitados, absolutamente todos poderiam satisfazer suas necessidades e não haveria dificilmente conflitos entre as pessoas, o que tornaria totalmente dispensável a Economia – que cuida de gerir recursos escassos – e reduziria o espectro de atuação do Direito, que, em grande parte, se ocupa de gerenciar conflitos de

interesses⁴². A escassez “força os indivíduos a realizarem escolhas” (SALAMA, 2008, p. 16).

O segundo pressuposto é o de que toda escolha implica um **custo de oportunidade**, um *trade-off*, assim entendida a perda dos benefícios que adviriam de uma outra escolha que tem de ser preterida. Os *trade-offs*, nas palavras de SALAMA (2008, p. 16), “são, na verdade, ‘sacrifícios’: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo”. Os benefícios e os *trade-offs* não necessariamente são pecuniários, mas podem ser sociais, políticos, morais ou de qualquer outra natureza. Se o orçamento destina verbas públicas para políticas públicas voltadas à cultura, isso implica, como custo de oportunidade, que essas verbas deixarão de ser usadas, por exemplo, em políticas de saúde ou de educação. Igualmente, ao escolher cursar um mestrado ou um doutorado, o indivíduo deixará de aproveitar seu tempo com outras atividades que poderiam lhe render outros benefícios (como lazer, trabalhos profissionais etc.). Como anota GICO JR. (2012, pp. 19-20):

A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, *i. e.*, o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem seu custo não implica afirmar que tem valor pecuniário. Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular “tudo na vida tem um preço”, basta olhar para o lado.

Uma das maiores implicações da escassez de recursos e dos custos de oportunidade para o jurista diz respeito à tutela dos direitos. É que, ao se criar ou se proteger um direito, necessariamente se terá um custo. Afinal de contas, “poucos bens são grátis. Boa parte da sabedoria da economia vem do reconhecimento deste fato e da derivação de técnicas para calcular custos e benefícios” (COOTER e ULEN, 2010, p. 47). Como didaticamente mencionado em importante obra de Flávio Galdino, “direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2005, título). Nas palavras de SALAMA (2008, p. 16):

(...) os direitos são custosos, ou não têm sentido prático. Para ficarmos com os exemplos mais evidentes: o direito à saúde só tem sentido prático na medida em que a sociedade, através dos entes privados ou do Estado, possam dispor dos recursos necessários para prover hospitais, alimentação, higiene

⁴² Ivo GICO JR (2012, p. 19) assevera que o Direito se tornaria dispensável no cenário imaginário de recursos ilimitados, dada a inexistência de conflitos e o fato de que todos cooperariam entre si espontaneamente. Essa assertiva, *s.m.j.*, deve ser encarada como uma hipérbole para efeito didático, pois, na verdade, o campo de atuação do Direito vai além da mera gestão de conflitos, como as questões relacionadas à organização do Estado, temas de direito da personalidade (ex.: a proteção da honra diante de ofensas causadas por um inimigo), a registro civil das pessoas naturais etc.

etc.; o direito à propriedade privada só tem sentido prático se o Estado for capaz de garanti-la; e assim por diante.

Trata-se de um aspecto bem dramático ao jurista: ao se criar um direito, ter-se-á de averiguar os custos de oportunidade e os custos de efetivação dele, o que poderá fazer com que os recursos, que são escassos, não sejam suficientes para a proteção de outros direitos. Stephen HOLMES e Cass R. SUSTEIN já destacavam que, ao escolher a alternativa “x”, está-se a desistir de uma alternativa “y”, que, se for a mais valiosa, representa o custo da escolha feita (HOLMES e SUSTEIN, 1999, p. 255). Como bem destacam esses autores, é impossível que um Estado proteja direitos sem ter recursos e, para enriquecer sua abordagem colaciona uma tabela com os gastos do governo com alguns direitos nos EUA em um apêndice do seu livro sob o título “Alguns Números sobre os Direitos e os seus custos”⁴³ (HOLMES e SUSTEIN, 1999, p. 233). A obra de Holmes e Sustain é, na expressão de Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY (2013, sem número de página), “provavelmente um dos mais importantes livros de Direito e políticas públicas publicado nos Estados Unidos no fim do século passado”.

Essas reflexões a propósito do custo do direito se avizinha ao que, especialmente em discussões acerca das limitações orçamentárias que impedem o Estado de prover todas as necessidades da população, costuma-se designar de “**escolhas trágicas**”: o jurista (*rectius*, o gestor público), diante da escassez de recursos (*rectius*, limites orçamentários), tem de fazer escolhas que podem ser trágicas ao sacrificar outros direitos (CALABRESI e BOBBITT, 1978, p. 50).

À guisa de ilustração, ao se cuidar do nível de poluição, não se pode adotar uma política de erradicação plena, pois isso implicaria preços elevadíssimos dos produtos ou, até mesmo, a paralisação de muitas atividades produtivas, com trágicas consequências para a sociedade. Por outro lado, não se pode também perfilhar uma política de tolerância plena com a poluição, pois isso, apesar de beneficiar a sociedade com a provável redução do preço dos produtos, castigar-lhe-ia com doenças e mortes. É preciso encontrar um meio-termo, pois “é socialmente ótimo tolerar alguma poluição” (COOTER e ULEN, 2010, p. 47).

2.2.2.4.2. Racionalidade limitada

⁴³ Tradução livre deste excerto: “*Some Numbers on Rights and Their Cost*”.

Diante disso, nesse cenário de escassez de recursos e de vinculação entre custos e benefícios, a Economia acena para o fato de que o indivíduo médio faz escolhas por alternativas que lhe rendam o máximo de benefício e o mínimo de custos, donde dizer-se que a conduta dos agentes é racionalmente maximizadora. Trata-se do conceito de **maximização racional**. De fato, os indivíduos com capacidade de discernimento (o que afasta os civilmente incapazes) “farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem” (SALAMA, 2008, p. 16). Esses interesses pessoais não são necessariamente financeiros, mas podem ser de outra natureza, tais como moral, político, social, sensação de dever moral cumprido, prestígio, poder etc.). Deveras, consumidores maximizam seu bem-estar ao menor preço possível, empresas maximizam lucros, políticos maximizam seus votos etc. (SALAMA, 2008, p. 16). É nesse sentido que “podemos pensar em mercados⁴⁴ de ideias, de políticos ou mesmo de sexo” (GICO JR., 2012, p. 20). Aliás, Ronald Coase⁴⁵ lembra que o homem não é o único animal a fazer escolhas, de modo que seria possível até mesmo aplicar uma similar abordagem econômica “ao rato, ao gato e ao polvo, todos os quais, sem dúvida, se ocupam em maximizar suas utilidades de modo muito semelhante ao do homem” (COASE, 2016-A, p. 3). É evidente que, no caso do homem, o contexto em que se dão suas escolhas é superlativamente mais complexo diante da razão, da emoção, da cultura e de diversos outros fatores a serem levados em conta no universo institucional em que o indivíduo vive.

⁴⁴ A expressão “mercado” utilizada na literatura da AED não se vincula necessariamente a dinheiro ou a barganhas pecuniárias. Abrange, na verdade, o ambiente no qual os indivíduos fazem, com liberdade, suas escolhas a partir da sua análise de custo-benefício, “barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação” (GICO JR., 2012, p. 21). O objeto barganhado pode ser questões patrimoniais, sociais, morais, políticas etc. Em contraposição à ideia de mercado, há a de hierarquia, onde os indivíduos não possuem toda essa liberdade de escolha, dadas as limitações impostas por regras de comandos procedentes de instâncias hierarquicamente superiores. Tanto o mercado quanto a hierarquia possuem vantagens e desvantagens, de maneira que é relevante investigar qual a estrutura de incentivos mais adequada em cada caso. É o que didaticamente sublinha Ivo GICO JR. (2012, p. 21) com base nesta obra de Oliver E. Williamson: “*Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*”.

⁴⁵ COASE considera descensitário “exigir o pressuposto de que os homens são maximizadores racionais de utilidade” (2016-A, p. 5), dada a suficiência da teoria dos preços, que estabelece que, “em quase todas as circunstâncias, um preço (relativamente) mais elevado para qualquer coisa conduzirá a uma redução na quantidade demandada”, com a lembrança de que essa “afirmativa não se refere apenas a um preço monetário, mas ao preço em seu sentido mais amplo” (COASE, 2016-A, p. 5). Na verdade, a crítica de Coase se dirige à concepção de maximização racional de utilidade com base em premissas neoclássicas, que ignoram a realidade do cotidiano do indivíduo comum, de maneira que a noção de racionalidade limitada – à qual faremos referência em páginas vindouras – parece dialogar com as ideias coasianas por levar em conta as várias limitações a que se expõem os indivíduos ao fazer escolhas.

Um alerta é de ser reiterado: a AED, ao se valer da concepção de maximização racional, “não almeja provar que, dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*, nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata” (SALAMA, 2008, p. 18). O objetivo é apenas iluminar os problemas normativos, simplificando, compreendendo e prevendo o comportamento humano, com a plena ciência de que há exceções. Daí por que as pesquisas em AED tem demonstrado maior afeição à concepção de *racionalidade limitada*, desenvolvida por Hebert Simon (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2), segundo a qual se reconhece que os indivíduos nem sempre terão acesso às informações ou nem sempre haverão de processar as informações disponíveis para, assim, realizar o cálculo de custo-benefício que maximize o seu proveito. Pela racionalidade limitada, os indivíduos “passam a ser vistos como ‘intencionalmente racionais’, ainda que limitados por aptidões cognitivas” (SALAMA, 2008, p. 18).

Desse comportamento maximizador decorre o fato de que **os indivíduos respondem a incentivos**, de maneira que mudanças na estrutura de incentivos podem implicar alterações nos comportamentos dos indivíduos. O Direito desempenha papel fundamental nesse contexto, pois as suas soluções criam incentivos ou desestímulos. A título de ilustração – com as simplificações próprias dos exemplos e com a ciência de que há outros fatores a serem apreciados –, Ivo GICO JR (2012, p. 20) dá estes exemplos:

Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidados se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros. Juízes serão mais ou menos cautelosos em seus julgamentos, se tiverem de motivar mais ou menos suas decisões. Agentes públicos trabalharão mais ou se corromperão menos se seus atos forem públicos. Fornecedores farão contratos mais ou menos adequados se as cláusulas abusivas forem ou não anuladas pelo Judiciário. Os exemplos são incontáveis.

SALAMA (2008, p. 22) também oferta um excelente exemplo:

As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade, cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (devido, por exemplo, ao prazer de dirigir em alta velocidade ou ao menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição de

multa. Nesse caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

Um cuidado, porém, que se deve tomar é para que eventuais incentivos legais não gerem efeitos opostos aos pretendidos. Por exemplo, se se eliminasse o foro privilegiado para os políticos, isso poderia acarretar na diminuição da corrupção por força do temor à repressão criminal, “mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (fruto do maior temor da perseguição política)” (SALAMA, 2008, p. 22). Um outro exemplo seria o de que, ao se estabelecer um teto para o valor dos alugueis de imóveis com o objetivo de proteger os inquilinos, essa medida poderá gerar efeitos reversos, com a redução da oferta de imóveis, pois muitos proprietários de imóveis poderão preferir “usar algumas de suas unidades para outras finalidades, como, por exemplo, a ocupação do imóvel pela família do proprietário ou sua venda (...)” (COOTER e ULEN, 2010, p. 56). Um outro efeito contrário desse rigoroso tabelamento dos preços dos alugueis é o estímulo à informalidade, pois os inquilinos poderiam concordar em efetuar “pagamentos secretos (às vezes chamados de *side payments* [‘pagamentos por fora’]) aos proprietários” (COOTER e ULEN, 2010, p. 56). Ainda se divisa como efeito indesejado o estímulo que muitos proprietários terão de deixar de fazer reformas nos imóveis até que, diante do seu estado de deterioração o valor máximo de aluguel passe a representar “uma taxa de retorno competitiva para eles” (COOTER e ULEN, 2010, p. 56).

É evidente que, nessa análise dos incentivos, outras disciplinas devem ser consideradas. O próprio Ronald Coase, estimulando a interdisciplinaridade, advertia que as teorias econômicas abstratas não conseguiam, sozinhas, abranger a multiplicidade de “situações concretas, especialmente aquelas que também dependam do conhecimento do objeto de outras ciências (como a Política, a Sociologia e o Direito, entre outras)”, como adverte o Ministro do STJ Antonio Carlos FERREIRA (2016-A, p. XII).

Assim, por exemplo, a psicologia poderia auxiliar em compreender que as pessoas têm mais cautela no trânsito em razão do temor inspirado por vídeos que revelem as tragédias provocadas pela negligência. Nesse caso, o Direito poderia criar regras obrigando a transmissão desses vídeos nos cursos de formação de motoristas. Outra ilustração é o fato de que a sociologia poderia compreender que a falta de oportunidades de educação e de emprego bem como a cultura do “jeitinho

brasileiro” podem ser tidos como incentivos para que determinadas pessoas passem a cometer crimes, constatações essas que poderiam guiar o juristas a propor alterações normativas e em políticas públicas para inibir esses nefastos incentivos. Esses aspectos relativos à cultura serão mais bem realçados neste estudo quando se emprega a AED sob o pano de fundo do neo-institucionalismo, que realça a existência de instituições informais – como a cultura – a influenciar a compor a estrutura de incentivos⁴⁶.

2.2.2.4.3. Interdisciplinaridade

Como se vê, essas reflexões demonstram que a **AED é multidisciplinar**, no sentido de que exige do jurista não apenas aportes da Economia (como a noção de que as pessoas respondem a incentivos), mas também de outras disciplinas. A AED representa um desafio ao jurista, por condenar qualquer postura indolente de satisfazer-se apenas com os conhecimentos da ciência jurídica.

E aqui mais uma vez⁴⁷ se destaca que o vetor teleológico (o objetivo) que guiará o jurista não é fornecido pela AED, e sim pela teoria de justiça, pela teoria democrática ou pela teoria econômica adotada. Para ilustrar de forma caricata, um jurista com um viés de radicalismo marxista poderia se valer da AED para buscar o caminho de menor desperdício na abolição da propriedade privada e na coletivização dos meios de produção. Obviamente, nesse caso caricato, o jurista irá assumir, de forma consciente (por ter sido utilizada a metodologia econômica), como custo de oportunidade, os riscos de provável empobrecimento financeiro geral da população, em favor da construção de um modelo de sociedade que, à luz da sua teoria de justiça, seria mais justa.

O que se quer realçar com esse exemplo cerebrino é apenas que a AED, por si só, não define o que é “justo”, embora dê ao jurista a consciência das consequências práticas de suas soluções jurídicas. Ao nosso aviso, será difícil o jurista conseguir argumentos para reputar justo o que é inviável materialmente.

Nessa toada, Richard POSNER (2009, pp. 7-8) aponta que há duas posturas a serem escolhidas pela sociedade: a do jogo da ciência e a do jogo da fé.

⁴⁶ Remete-se, por exemplo, ao capítulo 2.3.7.

⁴⁷ Reporta-se novamente ao capítulo 2.2.2.1.

O jogo da ciência consiste em priorizar os fatos em relação à teoria, de maneira que, no caso de choque, esta deve se adequar àqueles. É o contrário do que sucede no jogo da fé, em que são os fatos que devem se adequar à teoria. Assim, por exemplo, quando o cardeal Berlamino se recusou a olhar as luas de Júpiter através do telescópio de Galileu para não ver um fato que contradizia a teoria de que os planetas se fixavam sobre a superfície de esferas de cristal, o religioso “não estava sendo irracional, mas apenas se negando a jogar o jogo da ciência, no qual se exige que as teorias se conformem às coisas observadas – aos ‘fatos’ – e não o inverso” (POSNER, 2009, p. 8). Com base nesse argumento, Richard POSNER (2009, p. 8) considera um jogo de fé a posição monocultural de algumas civilizações ocidentais, pois, “se mostrarmos a um de seus jogadores um romance brilhantemente escrito por um nigeriano ou jamaicano, estes se recusarão a lê-lo”. Há outros jogos de fé, como este, nas palavras de POSNER (2009, p. 8):

(...) Outro jogo de fé contemporâneo é o “politicamente correto”. Se mostrarmos a um jogador desse jogo uma pilha de relatórios científicos que pretendam demonstrar que as raças ou os sexos diferem em seu potencial para a prática da matemática, o jogador se recusará a lê-los. A investigação empírica das diferenças raciais e sexuais é rejeitada nesse jogo, assim como a investigação empírica do movimento dos astros foi rejeitada por Berlamino.

E, por fim, o professor da Universidade Chicago completa que a escolha consciente de uma comunidade por jogar o jogo da fé não deve ser criticada, desde que a comunidade queira conscientemente assumir as consequências daí decorrentes. São insubstituíveis essas suas lições (POSNER, 2009, p. 8):

Às sociedades que se negam a jogar o jogo da ciência reservam-se diversas consequências, como, por exemplo, os altos índices de pobreza e incidência de doenças, além de um grande risco de serem dominadas ou destruídas por outras sociedades. Essas consequências são importantes para o pragmatista, e a sociedade que as ignore pode infligir grandes sofrimentos a seu povo. Ao fazê-lo, contudo, essa sociedade não estará necessariamente cometendo um erro quanto ao que é “real”. Só estará errada se pensar que, através de preces, fé ou magia, pode afastar as consequências mencionadas. Este é um exemplo do cruzamento do jogo científico com o religioso. Se a sociedade, entretanto, estiver preparada para pagar o preço por renunciar à ciência, o pragmatista duvidará de que o cientista tenha motivos para criticá-la.

Essas ponderações de Richard Posner retrata que a AED – que, na visão de Posner, deve aproximar-se do pragmatismo – apenas coloca as cartas na mesa, indicando para as sociedades as consequências práticas de suas escolhas. Ela, por si só, não é a ferramenta para atacar aquilo que a sociedade entender ser “justo”, mas apenas para auxiliá-la com dados da realidade.

2.2.2.4.4. Equilíbrio e eficiência

Ainda em razão do comportamento maximizador dos indivíduos, pode-se extrair que, em uma situação de liberdade de barganha (mercado⁴⁸) e considerando um modelo imaginário de ausência de outras falhas (como os custos de transação), a tendência é o mercado chegar à uma situação denominada **equilíbrio**, que é caracterizado pelo fato de os agentes, após realizarem as suas trocas mediante relações de custo-benefício, igualarem os benefícios com os custos, de modo a tornar desinteressantes novas trocas. O equilíbrio “é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente” (SALAMA, 2008, p. 20).

No âmbito do Direito, pode-se entender que as regras jurídicas também são resultados de interações sociais que se apaziguam em um ponto de equilíbrio normativo. Miguel Reale destacava que “toda regra de direito representa um momento de equilíbrio, atingido como composição das tensões que, em dada situação histórica e social, se verifica entre um complexo de fatos e um complexo de valores” (apud SALAMA, 2008, p. 51).

Nesse estágio de equilíbrio, o mercado alcançou a **eficiência**, expressão que recebe diferentes concepções.

A concepção mais comum “decreve a eficiência como a busca da otimização da relação entre *output* e *input*” (SALAMA, 2008, pp. 22-23). Sob esse prisma, ter-se-á eficiência quando os benefícios excederem os custos. Busca-se aí maximizar a riqueza e o bem-estar e minimizar os custos sociais. Assim, por exemplo, a produção de veículos de uma fábrica será eficiente se a capacidade produtiva máxima tiver sido alcançada com a estrutura disponível, ou seja, quando não for possível produzir mais veículos sem a realização de gastos adicionais com a estrutura (e. g. contratação de mais funcionários). Ainda a título de ilustração, seria ineficiente (sob a perspectiva financeira) que uma empresa investisse dois milhões de dólares em novas tecnologias de segurança, quando isso somente fosse lhe

⁴⁸ Mercado se distingue da Hierarquia especialmente por presumir liberdade de barganha para os indivíduos, que não são limitados por comandos de instâncias superiores.

poupar gastos de somente um milhão de dólares com os acidentes que seriam evitados pela nova tecnologia (SALAMA, 2008, p. 23).

A segunda concepção de eficiência corresponde à eficiência de Pareto, também designada de Pareto-eficiente ou Eficiência Paretiana. O Pareto-eficiente diz respeito à situação em que nenhuma outra alocação de recurso poderia melhorar a condição de alguém sem piorar a de outra. Trata-se da situação em que não é mais possível realizar novas “melhoras de Pareto”, assim entendida a melhor da situação de um indivíduo sem prejudicar outros. Diz-se que, nesse estágio, alcançou o “ótimo de Pareto”. Nesse estágio de Pareto-eficiente, não há desperdício.

Não necessariamente a situação de Pareto-eficiente será tida por justa, a depender da teoria de justiça perfilhada. Todavia, dificilmente haverá alguma teoria de justiça que considere justa uma situação antagônica – de Pareto-ineficiente –, pois, aí, “alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue” (GICO JR., 2012, p. 21).

A principal crítica que se ergue contra a eficiência paretiana é a de que ela “não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável”, pois “a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria ótima no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria este único detentor em uma situação pior” (SALAMA, 2008, p. 23). Pela Eficiência Paretiana, sempre haveria necessidade de unanimidade de beneficiados para que fosse feita uma mudança institucional qualquer (ex.: uma mudança legislativa, uma política pública etc.). O problema disso é que, geralmente, “a introdução de normas jurídicas leva a que existam potenciais ganhadores e perdedores” (TABAK, 2014, p. 8). Daí decorre que a eficiência paretiana sofre essa grande limitação, que a impede de ser o único “guia de políticas públicas” (SALAMA, 2008, p. 24).

Uma terceira noção de eficiência, que complementa as anteriores, é a conhecida eficiência de Kaldor-Hicks, também conhecida como critério ou compensação de Kaldor-Hicks. Para esse critério, o fato de um grupo (perdedores) ser prejudicado pela melhora da situação de outro (ganhadores) não seria ineficiente, se os benefícios auferidos pelos ganhadores permitirem-lhe compensar o perdedores, “mesmo que efetivamente não o façam” (SALAMA, 2008, p. 24). O benefício total excede o custo total, o que implica uma “maximização do bem-estar da sociedade” (TABAK, 2014, p. 8). Assim, o critério Kaldor-Hicks autoriza

mudanças, ainda que haja perdedores, reconhecendo-lhe a eficiência se, ao cabo, os perdedores puderem ser compensados pelos ganhadores. Em outras palavras, se o ganho de um grupo superar as perdas do outro, a mudança será eficiente sob o critério Kaldor-Hicks, pois os perdedores poderiam (ainda que não sejam efetivamente) ser compensados pelos vitoriosos. Bruno SALAMA (2008, p. 24) oferta este exemplo:

A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação de cartazes de propagandas na cidade. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas, pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra.

Outro exemplo é dado por Benjamin Miranda TABAK (2014, pp. 8-9), que, ao lembrar a construção de usinas hidrelétricas, pondera que essa medida gera ganhadores (como a população em geral, que terá maior oferta de energia e redução de tarifas) e perdedores (como as comunidades vizinhas à usina, que terão de deslocar-se em razão dos alagamentos, e o próprio meio-ambiente, que foi sacrificado nesse ponto). É preciso descobrir se, ao cabo, os benefícios sociais totais excedem as perdas sociais totais, de modo que os ganhadores pudessem ofertar (ainda que não ofertem efetivamente) alguma compensação aos perdedores. Temos que a tarefa de calcular se, ao final, essa medida de construção de hidrelétrica será ou não mais eficiente é árdua, especialmente por envolver também impactos ambientais. Lembre-se que a eficiência aí não é calculada apenas com fins financeiros, mas também leva em conta eficiências sociais, éticas, ambientais e outras espécies recomendadas pela teoria de justiça adotada pelo formulador de política pública. A AED – já se destacou⁴⁹ – não se reduz a objetivos monetários. Uma coisa é certa: até mesmo o meio ambiente está sujeito a restrições; do contrário, inexistiriam usinas hidrelétricas no mundo. Algumas escolhas trágicas acabam tendo de ser feitas, como ponderava Guido CALABRESI (1978).

Há críticas também à eficiência Kaldor-Hicks, especialmente a de que esse critério se preocupa apenas com o nível da riqueza, esquecendo-se de abarcar a redistribuição de riqueza: em tese, seria eficiente se uma mudança fosse feita de

⁴⁹ Reportamo-nos ao capítulo 2.2.2.1.

modo a beneficiar os ricos em prejuízo dos pobres, se estes puderem ser – ainda que não sejam efetivamente – compensados. Outra crítica é a de que o critério Kaldor-Hicks não leva em conta que “o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, ‘R\$ 1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico’)” (SALAMA, 2008, p. 25). E, ainda, critica-se a eficiência Kaldor-Hicks pelo fato de focar a mensuração do proveito e dos custos em um momento limitado no tempo, desconsiderando que “o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências”.

Seja como for, as três concepções de eficiência se complementam e, com o cuidado para não incorrer nas críticas que lhe são opostas, são úteis como ferramentas analíticas. Assim, ao se servir do critério Kaldor-Hicks, é importante atentar para a situação de distribuição de renda do grupo analisado – para evitar o seu agravamento – e a mensuração devida dos benefícios e dos custos em consonância com as particularidades de cada envolvido e do tempo. As ferramentas analíticas não deixam de ser úteis por conta de eventuais riscos de manuseio. Ninguém descarta uma técnica cirúrgica essencial porque ela oferece riscos. As três espécies de eficiência são profícuas, apesar de conterem alguns riscos que devem ser prevenidos.

Ainda em relação à **eficiência**, é importante reiterar que nem sempre o que é eficiente é justo. A AED não define o que é justo, conceito que dependerá de outros aportes externos à AED, como as teorias de justiça.

2.2.2.4.5. Individualismo metodológico

Outra metodologia adotada pela AED é o **individualismo metodológico**, segundo a qual a unidade básica de análise é “a escolha individual de cada agente” (GICO JR., 2012, p. 22). À luz dessa metodologia, a compreensão de um comportamento coletivo deve começar pela investigação da conduta individual de cada agente da coletividade enfocada. Não se trata de uma análise isolada de cada conduta, mas sim de um exame que leve em conta “a dinâmica de interação entre agentes” (GICO JR., 2012, p. 22). Assim, por exemplo, para compreender o funcionamento do Poder Judiciário ou do Congresso Nacional, deve-se auscultar a estrutura de incentivos aplicada respectivamente a cada magistrado

ou a cada parlamentar. Esse exame jamais poderá ser feito sob a premissa abstrata de que o mote da conduta será necessariamente o puro interesse público, pois o objetivo é saber, na realidade, como se comporta cada agente. Igualmente, “se desejamos saber como consumidores e fornecedores se comportarão diante de uma mudança legislativa, precisamos entender a estrutura de incentivos de cada grupo” (GICO JR., 2012, p. 22).

Algumas advertências se impõem nessa seara.

A primeira é a de que o individualismo metodológico (que é uma metodologia da AED) não corresponde ao individualismo político (que arrima o liberalismo neoclássico). A confusão desses conceitos “é muito comum tanto entre economistas e juseconomistas, quanto entre os críticos⁵⁰ do método” (GICO JR., 2012, p. 23). Nesse ponto, para esclarecer que a AED não representa propriamente uma corrente de pensamento liberal, e sim uma metodologia disponível a qualquer plataforma de filosofia econômica, Ivo GICO JR. (2012, p. 23) tece este exemplo:

Vale lembrar que o individualismo metodológico é apenas um instrumento analítico, sem implicações éticas no sentido de representar uma postura segundo a qual os interesses *devem* ser maximizados ou que os agentes *devem* se comportar dessa ou daquela forma. A AED é uma teoria sobre comportamento, não um parâmetro de condutas. É um grande equívoco pensar que um *método* individualista de análise deva envolver necessariamente de alguma forma um sistema individualista de *valores*. Equívoco este mais comum do que se poderia imaginar, mas contra o qual você agora está vacinado.

Além disso, não se pode confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereriam a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes.

O segundo alerta é o de que a AED não pressupõe que os indivíduos sejam egoístas, gananciosos e movidos apenas por seus próprios interesses materiais. Na verdade, a AED presume que os agentes buscam maximizar as suas utilidades, “seja lá o que isso significar para eles” (GICO JR., 2012, p. 23). Richard Posner destaca que a Economia nada diz sobre as metas do indivíduo, mas apenas que, quaisquer que sejam essas metas “(algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas), presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento” da escolha (POSNER, 2009, p. 16).

⁵⁰ A propósito dessa confusão entre os críticos da AED, reporta-se ao capítulo capítulo 2.2.2.1., onde se indigitaram alguns exemplos.

Dessa forma, a AED é adequada para analisar comportamentos humanos assentados em motivações imateriais ou psicológicas, “como prestígio (e. g., academia), poder (e. g., política) ou mesmo altruísmo (e. g., família)” (GICO JR., 2012, p. 23-24). A propósito, são bem lúcidas estas observações de GICO JR (2012, p. 23):

Adotar o individualismo metodológico não significa que a AED pressupõe necessariamente que os indivíduos não são altruístas no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar dos outros. Apesar de na maioria das análises esse pressuposto simplificador ser adotado, nada impede que ele seja emendado de acordo, sem qualquer perda de validade da análise. Na análise econômica da família, por exemplo, geralmente se pressupõe que os pais são altruístas em relação aos filhos.

A terceira observação é a de que o individualismo metodológico não significa que os indivíduos atuam isoladamente, sem conexão com os seus pares. Com efeito, os modelos de AED que se valem das teorias dos jogos, por exemplo, trabalham exatamente com o comportamento dos agentes “dentro de seu contexto social levando em consideração a potencial reação dos demais agentes (decisões interdependentes)” (GICO JR., 2012, p. 23).

Portanto, a AED, por meio do individualismo metodológico, busca compreender cada indivíduo – que busca maximizar a sua utilidade – a fim de poder entender o coletivo. Trata-se de aceitar que:

o indivíduo faça escolhas e que perceba as normas jurídicas como mecanismo que afetam os “preços” relativos das suas opções. A racionalidade o fará escalonar as preferências, evitando as condutas de maior custo. (SALAMA, 2010-A, p. 10).

2.2.2.4.6. Modelos de aproximação à realidade

Outro pressuposto metodológico da AED é o reconhecimento de que, diante da vasta complexidade da realidade, é impossível existir um parâmetro metodológico perfeito, que consiga vasculhar todas as minúcias e particularidades da realidade. Deveras, como lembra John Hicks, “não há ... teoria econômica a qual fará por nós tudo o que desejamos, todo o tempo” (John Hicks *apud* WILLIAMSON, 2012, p. 352). Assim, a AED se vale de **modelos** e de **reducionismos**, como, de resto, todos os demais ramos do saber soem fazer, a fim de obter conclusões úteis. Nesses modelos, são abrangidas as variáveis mais relevantes, para simplificar o problema e alcançar conclusões que, sem o modelo, continuariam obscuras. A

propósito dessa modelagem e desse necessário reducionismo, Ivo GICO JR. (2012, p. 24) oferece notável esclarecimento:

(...) Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar com ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que o deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação da compreensão. É por isso que se diz que para compreender o mundo é necessário reduzi-lo.

Os juseconomistas reconhecem a imensa complexidade do mundo real e a grande dificuldade – ou impossibilidade – de se lidar com todas as variáveis simultaneamente. Por isso, assim como os economistas, os praticantes de AED elaboram modelos teóricos dos problemas que desejam investigar, nos quais apenas as variáveis tidas como relevantes são consideradas. Esse procedimento é realizado na tentativa de, simplificando o problema, obterem-se perspectivas que de outra forma permaneceriam ocultas do pesquisador.

Diversos modelos podem ser adotados pela AED.

De um lado, pode-se adotar uma **abordagem neoinstitucionalista**⁵¹ da AED, na qual debates acerca dos custos de transação e das instituições se tornam fundamentais.

De outro lado, há a perspectiva da **AED comportamental**, no qual a teoria da racionalidade é aperfeiçoada com descobertas de desvios comportamentais desvelados por “estudos neuroeconômicos (limitações cognitivas), como o ‘efeito propriedade’, o viés passado, a desconsideração sistemática de pequenas probabilidades etc” (GICO JR., 2012, p. 24).

E, ainda sob outro prisma, o jurista pode valer-se da **AED sociológica**, que reconhece a forte influência de normas sociais informais na estrutura de incentivos dos agentes.

Qualquer um dessas abordagens da AED, assim como outras que possam ser costuradas e adotadas, são aptas a fornecer dados fundamentais da realidade para o jurista, auxiliando-a na sua tarefa de modelar o Direito.

No tocante à AED comportamental, que se baseia na noção de **racionalidade** dos indivíduos, são cabíveis alguns adendos.

⁵¹ O emprego do verbete “neoinstitucionalista” aqui se reporta à Nova Economia Institucional, e não propriamente ao neoinstitucionalismo, nos termos da classificação adotada neste trabalho (ver capítulo 2.3.1.).

A concepção de racionalidade dos indivíduos significa que cada um deles possui preferências pessoais específicas, as quais não são objeto de juízos de valor, pois *de gustibus non est disputandum*. A teoria econômica se preocupa com os meios (os comportamentos) adotados para satisfazer essas preferências, e não propriamente com os fins almejados (as preferências, a motivação). É que “a existência de preferências é um dado da realidade e para a teoria normalmente estas não são relevantes” (GICO JR., 2012, p. 25).

Em outras palavras, a noção de racionalidade significa que cada pessoa estima uma utilidade para cada alternativa disponível e, assim, pode estabelecer uma ordem de alternativas conforme o seu grau de utilidade. O indivíduo escolherá a alternativa que, entre as que lhe forem disponíveis, render-lhe mais utilidade. A utilidade aí não representa propriamente apenas proveitos materiais ou financeiros, mas qualquer outro benefício que seja estimado pelo agente (até mesmo o benefício moral de ser mais caridoso). Para a AED, não importa o motivo do grau de utilidade atribuído a cada escolha, pois, como já se pontuou, *de gustibus non est disputandum*.

Igualmente a racionalidade conduzirá o indivíduo a continuar adotando um comportamento enquanto isso lhe trazer benefício em grau superior ao custo, ou seja, enquanto tiver “benefício líquido”. Trata-se do que se designa de análise marginal ou de processo de decisão marginalista: o indivíduo “somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados *ex ante*) forem maiores ou iguais aos custos marginais (estimados *ex ante*)” (SALAMA, 2008, p. 17). Em poucas palavras, à luz da análise marginal, enquanto houver margem de benefício líquido, os indivíduos movimentar-se-ão.

É fato que a AED comportamental pode ser útil para, por exemplo, permitir que o jurista, com base nas suas próprias teorias de justiça, possa impor – com consciência das consequências práticas – regras que impeçam comportamentos tidos por injustos pelos indivíduos. Por exemplo, o Direito poderia estabelecer regras que obrigassem as empresas de transporte aéreo a investir em segurança além do que o seu comportamento maximizador próprio recomendaria. De fato, sem estímulo legal, o provável é que as empresas de transporte aéreo só aumentariam o seu investimento em segurança até o ponto em que esse custo marginal não excedesse os benefícios marginais. Bruno Meyerhof SALAMA (2008,

pp. 17-18) detalha ilustrativamente os efeitos do comportamento racionalmente maximizador das empresas de transporte aéreo, *in verbis*:

Para ilustrar, suponha que uma empresa saiba que seus produtos às vezes causarão danos a seus consumidores. Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que sempre existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto mais a empresa investirá para tornar seus voos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizarem seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: (a) dos custos para tornar os produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os treinamentos de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias etc.); (b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregadas; (c) dos danos à reputação da empresa no caso de acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); (d) dos custos relacionados à responsabilização civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); (e) da probabilidade de que, no caso de acidentes, haja responsabilização civil ou penal da empresa ou de seus diretores (o que dependerá, dentre outras coisas, dos requisitos legais que fixarão os parâmetros para determinação da culpabilidade); e (f) dos custos para mitigar as perdas decorrentes dos acidentes caso eles ocorram. Para estimar todas essas variáveis, a empresa necessitará de informações de sua área técnica e comercial, e de seus advogados também. De posse dessas estimativas, a empresa irá investir para tornar seus produtos e serviços mais seguros *até o ponto em que tais investimentos se paguem*. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que os investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança.

É claro que o jurista, ao impor uma regra que obrigue as empresas aéreas a gastarem em segurança mais do que, antes da regra, o seu processo de decisão marginal havia aconselhado, deve estar ciente de eventuais consequências de suas soluções jurídicas, como o possível aumento da passagem aérea ao consumidor ou, em situações extremas, a completa inviabilidade negocial de continuidade dos negócios por parte das empresas. Seja como for, para chegar a uma reflexão jurídica sobre a segurança dos transportes aéreos, o jurista, antes de tudo, deve se inteirar da realidade.

Outro exemplo acerca da importância da AED comportamental em diagnosticar problemas complexos está nos conflitos havidos na Holanda da década de 1970, quando proprietários de imóveis desocupados engalfinhavam-se com milhares de invasores. Ejan Mackaay observou que esses conflitos, que se reproduziam em outros países também, decorriam do excesso de proteção que existia na legislação de locação urbana, que, por dificultar tanto o despejo, acabava por estimular os proprietários de imóveis a deixar os seus imóveis desocupados. A

riqueza narrativa e didática desse episódio por Bruno Meyerhof SALAMA (2008, p. 21) não pode ser substituída, *in verbis*:

Ao longo do tempo, os processos sociais levam a rearranjos nos equilíbrios existentes. Ejan Mackaay ilustra esse ponto com as chamadas “guerras urbanas” que se travaram na Holanda, em Amsterdã. Em fins da década de 1970, aproximadamente 3000 invasores de residências desocupadas (e seus simpatizantes dentre o público em geral) entraram em choque com a polícia. Para Mackaay, explicações como “o clima dos novos tempos” e as altas taxas de desemprego até poderiam ter “alguma plausibilidade”, mas não tocariam no “coração do problema” porque “não esclarecem como indivíduos possam ter agido racionalmente, como de fato fizeram, e ainda assim chegarem a um desastre coletivo.”

A fonte desses choques, segundo Mackaay, estava na legislação sobre locações então vigente na Holanda. Tal legislação congelara os preços dos aluguéis e tornara os despejos de locatários inadimplentes extremamente lentos e complicados. Assim, aqueles locadores que finalmente retomavam seus imóveis tinham incentivos para deixá-los desocupados (além, é claro, de reduzirem novos investimentos na manutenção dos imóveis já existentes e na construção de novos imóveis para locação). Por conseguinte, naquela ocasião havia diversos imóveis desocupados na cidade de Amsterdã. Isso levou diversas pessoas a invadirem tais imóveis, uma prática que as cortes e tribunais holandeses estavam relutantes em impedir. Força policial foi finalmente usada após algumas vitórias dos locadores nos tribunais e, no momento da desocupação pela polícia, surgiram os choques. Nas palavras de Mackaay, esse problema da legislação de aluguéis “explica o ‘clima’ que surgiu em Amsterdã naquele período. Cada passo nesse processo é o resultado de escolhas transparentes e racionais dos agentes envolvidos no jogo. O desastre final [dos confrontos entre a política e os ocupantes] é um efeito perverso que a lei deveria buscar evitar.

Além desse exemplo de desastres decorrentes da desatenção aos diagnósticos e prognoses advindas da AED comportamental, há um outro mais drástico: a Venezuela governada por Nicolás Maduro. Segundo alguns veículos de imprensa, em razão das excessivas intervenções estatais na economia – a exemplo da política de tabelamento de preços e de manutenção de um câmbio oficial desconectado do real valor da moeda local diante do dólar –, várias atividades empresariais têm-se tornado inviáveis financeira e materialmente, pois os custos gerados pelo sistema jurídico interventor não podem ser compensados por conta do tabelamento de preços. A consequência prática dessas políticas intervencionistas é que há fábricas que paralisaram as suas atividades e há o desenvolvimento de um comércio paralelo e informal de venda e de troca de produtos básicos. Um exemplo de fábrica paralisada foi a da produtora de uma das cervejas mais populares da Venezuela, a cerveja Polar, cuja paralisação fez o governo reagir com ameaça de intervenção estatal na fábrica e com “a detenção dos empresários que pararem a produção com o objetivo de ‘sabotar o país’” (G1, 2016). A propósito do comércio paralelo, frise-se que, na Venezuela, designam-se de “bachaqueros” aqueles que

promovem a venda de produtos no mercado informal, os quais estão sujeitos a sanções criminais por conta de sua atividade (BBC, 2016). Os “bachaqueros” realizam permutas de produtos básicos até por meio de página própria no Facebook, a exemplo da página “Bachaqueros Libres Vende de Todo” (Facebook, 2016). O discurso oficial do governo é o de que os burgueses é que estão sabotando o País, escondendo produtos e manipulando a população, alegações essas que, numa primeira análise (e não aprofundaremos para não escapar ao escopo do trabalho), parecem inverossímeis. Outra grande empresa que deixou de operar na Venezuela foi a companhia aérea Lufthansa, que, diante das restrições cambiais decorrentes da política intervencionista do governo da terra natal de Simon Bolívar, não enxergou viabilidade econômica mínima para manter suas atividades no local (G1-D, 2016). A Venezuela parece dar exemplo do desastre em desdenhar o manuseio de instrumentos analíticos focados na realidade, como o da AED. Desenvolver políticas públicas sem atentar para a realidade concreta das coisas é – para usar frase atribuída a Simon Bolívar pelos rumores populares – “arar o mar e semear no vento”.

Realmente, depõem contra o bem-estar geral as políticas de assistencialismo impensado, por desestimular a produção de riquezas. É como ensina Rachel SZTAJN (2015-A, p. 82) manuseando ferramentas da AED:

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 a ver com o estímulo à criação de riqueza. Ou seja, dificultar a aproximação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral.

Ainda a propósito de exemplo de catástrofes decorrentes da inobservância das repercussões práticas das regras, MACKAAY e ROUSSEAU (2015, p. 6) lembram o estado caótico em que se imergiram as nações que adotaram radicalmente as ideologias socialistas⁵², *in verbis*:

(...). A experiência dos antigos países socialistas evidencia as enormes repercussões, geralmente nefastas para os cidadãos comuns, da fixação arbitrária de preços. Os processos mediante os quais os preços são determinados, e as instituições que pressupõem – notadamente a ordem pública, a repressão à fraude, a propriedade, os contratos, a moeda – englobam sábio conhecimento dos perigos que o jurista ignoraria para a sociedade civil.

⁵² China não deve ser considerada incluída aí por ter adotado uma fórmula *sui generis* de socialismo de mercado, que adota princípios capitalistas. Seja como for, o dragão oriental não parece ser uma boa referência, visto que seu regime é salpicado por nefastas manchas de autoritarismo, de intolerância política, de desigualdade social etc.

Em observação que pode ser estendida ao caso venezuelano, COOTER e ULEN (2010, p. 33) recordam que algumas instituições jurídicas, como a propriedade e o contrato, influem decisivamente na economia, de maneira que a pouca previsibilidade das regras jurídicas concernentes a essas instituições costuma reverter-se em *déficits* na economia. Os autores exemplificam (2010, p. 33), *in litteris*:

(...) Por exemplo, a ausência de propriedade segura e contratos confiáveis costumava paralisar a economia de alguns países da Europa oriental e do terceiro mundo. Uma parte importante dos planos de desenvolvimento econômico desses países é a instituição de regimes jurídicos previsíveis e estáveis.

Em relação ao Brasil, há inúmeras situações de empresas que desistiram de iniciar ou de avançar nos investimentos no País em razão de arranjos jurídicos que acabam afugentando o empreendedorismo.

Sem emitir juízo de valor acerca da justiça ou não das políticas econômicas envolvidas – até porque isso dependeria de um estudo aprofundado que não compete a esse trabalho –, podemos citar alguns exemplos.

A empresa JAC Motors, intimidada com a política do governo brasileiro de majorar trinta pontos percentuais no IPI para as empresas que não cumprirem as metas de eficiência energética, recuou na sua pretensão de aumentar o parque industrial no Brasil (TRANSPORTA BRASIL, 2016). Nota-se aí que uma intervenção estatal preocupada com a proteção do meio ambiente por meio da eficiência energética gerou uma consequência econômica indesejada. A AED se presta a alertar o jurista acerca dos corolários concretos de suas soluções com o objetivo de dar-lhe subsídios na elaboração de sua teoria da justiça.

Outro exemplo foi a Microsoft, que, alegando instabilidade do mercado brasileiro e necessidade de garantir maior eficiência econômica em suas operações com o fim de ampliar a sua atividade pelo mundo afora, desistiu de manter fábrica própria no Brasil, fechou unidades produtivas em Recife e promoveu demissões em massa (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2015).

Ainda outra ilustração a ser mencionada, que realça os efeitos das incertezas jurídicas, uma famosa companhia aérea de baixo custo, a Ryanair, desistiu de investir no Brasil, sob o argumento de que aí “há muita corrupção”, para usar as palavras diretas do cofundador dessa empresa, o irlandês Declan Ryan (AIRWAY, 2016).

Reitere-se que esses exemplos são trazidos à tona de passagem, apenas para suscitar reflexões acerca da importância, para a saúde financeira de um país, de um ordenamento jurídico que assegure regras claras e previsíveis acerca das instituições jurídicas (como a propriedade e os contratos). Não nos proporemos a aprofundar o estudo desses casos, que eventualmente poderiam ser frutos de outras concausas não relevantes ao presente estudo.

Retornando à AED comportamental, ela, ao presumir a racionalidade dos indivíduos, está, na verdade, pressupondo que os indivíduos agem como se fossem racionais, embora efetivamente possam não ser. Com efeito, a teoria econômica “não pressupõe que cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem” (GICO JR., 2012, p. 26).

Ainda em decorrência do parâmetro da maximização racional, David Friedman alude a um interessante conceito de *ignorância racional*, para retratar a situação em que o indivíduo, diante do elevado custo para a obtenção de informações e diante do irrisório proveito obtido, provavelmente acabará por racionalmente decidir por abster-se de buscar a informação. Isso ocorreria neste exemplo:

(...) imagine que uma pessoa que esteja ponderando a respeito de duas decisões que deve tomar: que carro comprar e em qual político votar. Nos dois casos, a pessoa pode melhorar sua decisão (ou seja, tornar mais provável que a decisão atinja seus interesses) investindo seu tempo e esforço no estudo das alternativas disponíveis. No caso do carro, a sua decisão determina com certeza que carro comprar. Já no caso do voto em político, a decisão sobre em qual candidato votar altera em apenas 1/10.000.000 a probabilidade de que o candidato a receber seu voto ganhe [(ou seja, a probabilidade de que seu voto seja decisivo na eleição de determinado político é baixíssima)]. Se o candidato for eleito mesmo sem receber o voto dessa pessoa, essa pessoa estaria perdendo seu tempo; se o candidato não for eleito mesmo com o voto dessa pessoa, essa pessoa também estaria perdendo seu tempo. Assim, essa pessoa irá racionalmente investir mais tempo na escolha de que carro comprar [do que na decisão de em quem votar], porque esse é um investimento muito mais proveitoso do seu tempo. Por isso, é comum os votos sejam caracterizados por uma *ignorância racional*; é racional manter-se ignorante quando a obtenção de informação custa mais do que seu benefício. (David Friedman *apud* SALAMA, 2008, pp. 18-19)

É evidente que, por questões culturais ou até por convencimentos via mecanismos de propagandas, o indivíduo poderá aquilatar muito mais os benefícios de um determinado fato. No caso supracitado, se o indivíduo, por questão cultural ou por ter sido convencido pelas propagandas eleitorais, passar a valorizar muito o

resultado das eleições, ele poderá dedicar muito mais tempo para obter informações sobre os candidatos. Recorde-se que a AED não predetermina a motivação dos indivíduos (se eles valorizam muito ou pouco o resultado das eleições), pois *de gustibus non est disputandum*. Apesar disso, a AED comportamental seria útil, pois, ao fornecer o diagnóstico da situação concreta com base no perfil médio dos indivíduos, dará condições para o jurista refletir sobre as alterações institucionais a serem feitas, como, no caso do exemplo acima, determinar políticas públicas voltadas à conscientização política a fim de estimular os indivíduos a emprestarem mais valor às eleições.

Grande parte dos problemas práticos podem ser iluminados com base nas premissas da AED comportamental, embora se reconheça que há situações em que o comportamento dos agentes pode surpreender. Há diversos desvios comportamentais, os quais são objeto de diversos estudos no âmbito da neuroeconomia, assim entendida uma área de estudo que mescla Economia, Psicologia e Neurologia. As pesquisas mais recentes apontam que há um certo padrão nesses desvios comportamentais, o que encoraja os estudos para desenhar a previsibilidade do comportamento humano. Há muito a fazer sob a perspectiva da AED comportamental (GICO JR., 2012, p. 27).

O fato é que a premissa da racionalidade dos indivíduos, cultivada pela AED comportamental, embora possa deixar de contemplar exceções, é extremamente útil por permitir tornar inteligíveis e previsíveis realidades complexas e, assim, credenciar reflexões importantes aos juristas. Bruno Meyerhof SALAMA (2008, p. 19) ilustra isso com a famosa Teoria dos Preços, que, apesar de não ser seguida por todos os agentes econômicos (não reduz preço quando a demanda aumenta), continua a ser um parâmetro para a compreensão da realidade com base no padrão médio dos indivíduos. As seguintes palavras são dele:

A força da aplicação da Teoria dos Preços às questões jurídicas decorre justamente da quantidade de hipóteses que podem ser formuladas a partir de premissas comportamentais tão simples. Quando se aceita que, de um modo geral, a demanda (isto é, a procura) diminui quando o preço aumenta, há muitas ideias que podem fazer sentido: se a fiscalização é eficiente, o “custo” de se falar ao celular ao dirigir aumenta (e a “procura” pela atividade de se falar ao celular ao dirigir cai); se a palavra dada em contrato vai ser rapidamente executada em juízo, o custo de agir oportunisticamente aumenta (e sua “procura” cai); e assim por diante.

Por isso, é preciso ressaltar – na verdade reiterar – que a premissa da racionalidade é instrumental. A ideia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões. Por exemplo, ao invés de se

testar se os mutuários individualmente tomados se comportam racionalmente, deve-se testar se uma mudança da legislação que torne a execução de garantias mais rápida e eficaz causará diminuição das quebras de contrato (ou se causará queda nas taxas de juros). Um mercado pode comportar-se racionalmente (e portanto as “leis” de oferta e procura são úteis para prever consequências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada.

Por outro lado, ao se tratar da discussão central da AED positiva no sentido de que os conceitos microeconômicos são úteis na análise do Direito, “Robert Cooter observa que esse argumento possui **diversas versões**, três das quais merecem destaque: (a) a versão reducionista; (b) a versão explicativa e (c) a versão preditiva” (SALAMA, 2008, p. 12) (grifo nosso).

A versão reducionista é minoritária e marcada pela compreensão de que o Direito deve ser reduzido à Economia, de maneira que as categorias jurídicas tradicionais (como a culpa, os direitos subjetivos etc.) podem ser permutadas pelas categorias econômicas. Trata-se de uma concepção pobre sem grande relevância, como sublinha SALAMA (2008, p. 13):

Cooter nota que o argumento a favor da redução do Direito à Economia “é similar ao argumento de que, em psicologia, a mente possa ser reduzida ao comportamento”, para concluir, com ironia, que tal argumento “é tão ridículo que somente um acadêmico poderia contemplá-lo”. Um debate importante, como sugere Ejan Mackaay, é a discussão de quais simplificações da realidade possam ser admissíveis dentro de um modelo oposto ao reducionismo, que é “inaceitável”. Com esta visão reducionista, portanto, não perderemos tempo.

A versão explicativa, a seu turno, volta-se a explicar a estrutura normas jurídicas, sob a premissa de que o sistema jurídico poderia ser percebido a partir da noção de que os indivíduos, diante da escassez de recursos, fazem escolhas de maximização das suas preferências. Disso decorre que cada estrutura normativa seria resultado de um equilíbrio alcançado. Assim, a título ilustrativo, a regra da responsabilidade civil subjetiva decorreria do esforço de estimular a prudência tanto na vítima quanto nos causadores do dano, ao passo que a posterior regra da responsabilidade objetiva teria se originado do pesado ônus arcado pela vítima para a comprovação da culpa do agente. Contra essa visão explicativa, pesa o argumento de que ela “deixa de lado uma série de fatores culturais” (SALAMA, 2008, p. 13), razão por que a versão explicativa deve ser tomada apenas como hábil a fornecer uma elucidação apenas parcial da estrutura jurídica. A visão explicativa não propiciaria uma visão completa da realidade. No particular, são precisas as lições de SALAMA (2008, p. 14-15):

Isso significaria, para usar as palavras de Cooter, que “a economia explica o direito, mas não chega a uma explicação completa”, pois “não capta toda a realidade subjacente”. Ou seja, a Economia ilumina problemas e sugere hipóteses, mas se torna mais rica quando conjugada com outros ramos do conhecimento, notadamente a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia e a Filosofia.

A versão preditiva, por fim, destina-se a descortinar as consequências das soluções jurídicas na vida real e nos comportamentos dos indivíduos. Ela traz, para o centro do debate, um aspecto que a abordagem jurídica tradicional costuma deixar na periferia: os efeitos concretos das soluções jurídicas na realidade. Sob esse prisma, o jurista, no lugar de se apressar na formulação de indagações formalistas acerca da extensão hermenêutica das regras e dos princípios jurídicos, inquieta-se em descobrir como a realidade tem sido influenciada pelas soluções jurídicas então existentes. A AED não pretende dar respostas definitivas a isso, mas apenas suscitar dados empíricos necessários a reflexões sobre as escolhas normativas que se deve fazer.

Ao nosso aviso, excluindo-se a visão reducionista, as outras duas – explicativa e preditiva – devem ser utilizadas em conjunto com atenção sempre às particularidades de cada questão analisada, cuja dinâmica ora pode ser mais bem desvendada sob a ótica de um, ora sob o prisma da outra.

O fato é que, a nosso sentir, a realização plena da AED se concretiza quando o pesquisador a emprega sob o manto da **Nova Economia Institucional (NEI)**⁵³, em relação à qual dedicar-se-á seção própria neste estudo para detalhamento. SALAMA considera a NEI como o mais proveitoso “pano de fundo para o Direito e Economia” (2008, p. 15). De fato, a NEI, por conta do seu reconhecimento de que as instituições podem ser formais e informais, revela-se extremamente plural e multidisciplinar, na medida em que admite a existência de normatividades não oficiais, valoriza a história de cada corpo social analisado e exige aprofundamentos em outras disciplinas para desvelar o contexto cultural, político, social e jurídico das instituições. Além disso, a NEI reconhece que mudanças institucionais são custosas em razão da tendência de inércia das comunidades no sentido de preservar sua estrutura institucional, propensão essa designada de “path dependence” ou “dependência de trajetória” (SALAMA, 2008, p. 15).

⁵³ A propósito da nomenclatura das várias espécies de institucionalista, ver capítulo 3.1.1.

2.2.2.5. Principais vertentes de conexão entre eficiência e justiça

2.2.2.5.1. Diversidade de abordagens

Conforme já destacado, a AED, por si só, não aponta o que é “justo”, pois não é uma teoria da justiça. Entretanto, ela é uma ferramenta de que devem se servir todos quantos, com base em uma teoria de justiça, lidam com o Direito, para ter diagnóstico (AED positiva) e prognose (AED normativa) das consequências práticas das soluções jurídicas.

Quando, porém, se avança para conectar o “justo” com o “eficiente”, os estudiosos da AED se ramificam em diferentes abordagens, algumas em rota de choque com outras. Afinal de contas, a AED, ao anunciar a extensão de ferramentas da Economia para o Direito com abertura multidisciplinar para outras disciplinas (ciência política, história, sociologia etc.), torna-se um espaço plural de debate.

Essa diversidade, porém, não significa ausência de um denominador comum entre as diversas vertentes de AED. Há, sim, alguns componentes que amalgamam as diferentes vertentes sob o corpo teórico da AED.

O principal ponto comum é o esforço de estender ferramentas da Economia para o Direito. O segundo é o individualismo metodológico, em razão do qual as diversas abordagens de AED partem da premissa de que os indivíduos têm de fazer escolhas que implicarão custos e benefícios das mais variadas naturezas (econômicas, políticas, sociais, morais etc.), de maneira que eles buscarão evitar condutas muito dispendiosas sem superiores proveitos, ou seja, inclinar-se-ão a fazer escolhas eficientes. É evidente que, entre as vertentes da AED, esses aspectos comuns são burilados e moldados de diferentes formas, de modo a reconhecer exceções a essas regras e a acomodar plenamente condutas que, apesar de ineficientes, sejam justas. A propósito disso, SALAMA (2010-A, p. 10) sublinha:

Nesse sentido, em comum, os pesquisadores que trabalham com a AED partem do individualismo metodológico, embora os mais inclinados à análise neoinstitucionalista⁵⁴ ressaltem também a *racionalidade limitada* dos indivíduos,

⁵⁴ O emprego do verbete “neoinstitucional” aqui se reporta à Nova Economia Institucional, e não propriamente ao neoinstitucionalismo, nos termos da classificação adotada neste trabalho (ver capítulo 2.3.1.).

e o mais inclinados à psicologia comportamental aceitem a existência de diversos aspectos parcialmente irracionais.

Como se vê, é equivocada a concepção míope da AED como sendo uma linha de pensamento que reduz as discussões jurídicas à premissa de que os indivíduos se comportam em busca da eficiência (SALAMA, 2008, p. 6). Ora, além de várias correntes reconhecerem diversas exceções a essas premissas (como os sectários da NEI, que apontam para custos de transação e limitações cognitivas que impedem a eficiência), a eficiência não se resume à busca por benefícios monetários, mas também se estende a outros proveitos, como os de índole política, social, moral, filantrópico etc. Como realçado anteriormente, a AED é plenamente compatível com aportes de outras disciplinas, que poderiam desvendar a motivação (os objetivos, o vetor normativo) subjacente às escolhas dos indivíduos. Ademais, “não necessariamente a eficiência será o único valor do Direito – se é que a eficiência é um valor” (SALAMA, 2010-A, p. 10).

Além do mais, internamente à AED, há autores que apontam aspectos a serem aprimorados nas premissas teóricas principais. A AED não é uma teoria perfeita e pré-acabada. Seus cultivadores têm o dever de erguer reflexões para o seu constante aperfeiçoamento e para a sua adaptação às ininterruptas transformações políticas, sociais e econômicas ao longo do tempo.

Nessa senda, Eric Posner, filho de um dos expoentes da AED – Richard Posner –, apesar de reconhecer a importância da AED e várias de suas virtudes, “busca desmistificar alguns aspectos da teoria” e “critica alguns pressupostos do modelo microeconômico aplicado ao Direito, deixando em aberto a possibilidade de aperfeiçoamento do paradigma” (SALAMA, 2010-A, p. 12). As ponderações de Eric Posner não são voltadas a defenestrar a AED pela janela do abandono teórico; pelo contrário, suas críticas representam um convite ao aprimoramento da extensão dos ferramentais da Economia ao Direito. Eric, com foco nos direitos contratuais, destaca que, como frutos positivos da AED nas três décadas seguintes a 1970, o emprego de ferramentas da Economia disciplinou mais os estudos sobre contratos, deu maior clareza terminológica, sublinhou os efeitos práticos das regras jurídicas como uma preocupação metodológica relevante, desmantelou o reducionismo das reflexões contratuais a meras questões formalistas de conflitos entre regras e princípios etc. Todavia, Eric reconhece que a AED não obteve êxito em explicar vários aspectos do direito contratual e em fornecer

parâmetros teóricos que permitam a reforma do direito contratual sem a utilização de tantas variáveis irreais. Com efeito, ao concluir o seu texto com o título em forma da seguinte pergunta: “Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?“, deixa claro que essa pergunta não é para ser respondida de forma apodítica, e sim para servir como estímulo ao aperfeiçoamento da AED. A propósito, referindo-se ao título do referido texto, o eminente professor de Chicago averba o seguinte acerca dos estudos de direito contratual sob a ótica analítica da AED:

O título deste artigo é uma questão, não uma afirmação, por duas razões. Primeiro, a resposta pode vir somente com mais experiência. À medida que economistas e advogados experimentam novos modelos e variações dos antigos, podem encontrar melhores abordagens para entender contratos e o direito contratual. A resposta pode também tornar-se uma “espécie de”, dependendo dos esforços para modelar a racionalidade limitada, caso haja sucesso, devendo ser consideradas uma justificativa da economia ou da psicologia.

Segundo, a economia já realizou muito, somente não aquilo que seus proponentes definiram como medidas de sucesso. Se você olhar os melhores trabalhos no estudo dos contratos hoje, e comparar com os melhores estudos contratuais antes da década de 1970, verá muitas diferenças. Uma diferença importante é que trabalhos anteriores eram metodologicamente displicentes. Muitos desses trabalhos misturaram duas tarefas distintas: escavar a doutrina e avaliá-la. A avaliação estaria seguidamente baseada em noções mal-articuladas de equidade – intuições que outros comentadores e juízes devem ou não compartilhar – tanto com falhas de atenção aos efeitos das regras e dos incentivos quanto com discussões casuais. A falha em distinguir o direito contratual das políticas em jogo seguidamente resultou na colocação errônea do desacordo das políticas em debate de regras/princípios. Por exemplo, a volumosa literatura sobre a doutrina da abusividade nas décadas de 1960 e 1970 era vaga sobre os efeitos dos incentivos da norma – com alguma preocupação sobre o poder de barganha desigual – e vigorosa sobre a questão se uma regra contratual ambígua, como a abusividade, poderia ser aplicada pelos tribunais consistentemente da mesma maneira que aplicavam doutrinas supostamente parecidas com aquela regra, como coerção. Ninguém aparentou entender que as questões/regras/princípios pressupunham uma resolução das questões das políticas subjacentes.

A literatura econômica sobre a doutrina da abusividade esclareceu a questão das políticas subjacentes postas e deslocou amplamente a literatura anterior. Seu principal feito foi demonstrar que os argumentos anteriores sobre as políticas subjacentes à abusividade eram mal definidos, ou faziam suposições empíricas implausíveis, ou eram inconsistentes com visões amplamente sustentadas em outras áreas não controversas do direito e das políticas públicas. Defesas da doutrina da abusividade são, agora, mais cândidas e claras, mesmo se rejeitam as premissas econômicas. A literatura como um todo subiu para um nível mais alto de sofisticação.

A economia conduziu a um conjunto de virtudes educativas que melhoraram a literatura. Essas virtudes incluem consistência no uso dos termos, esclarecimento das apostas da discussão, a distinção entre a análise positiva e normativa e isolamento de diferentes incentivos e comportamentos. A literatura atual fala em um idioma econômico, com conceitos como custo de transação, aversão ao risco, direito subsidiário e substituição eficiente para noções similares, mas mais vagos, dos escritos anteriores. Estes são feitos importantes, e **é difícil imaginar pesquisa séria de direito contratual no futuro que não reflita a influência da economia.**

A economia falhou em explicar o direito contratual. Não explica por que as perdas e danos são o remédio-padrão indenizatório, por exemplo, ou por que a cláusula penal definida no contrato nem sempre tem o cumprimento obrigado. Não explica a função da doutrina da causa ou da confiança. Não explica por que a lei, às vezes, encoraja as pessoas a divulgarem informações e, às vezes, não.

A análise econômica proporciona pouca orientação normativa para reformar o direito contratual. Os modelos propostos na literatura ou focam-se em pequenos aspectos do comportamento contratual ou fazem da doutrina ótima uma função de variáveis que não podem ser realisticamente observadas, medidas ou estimadas. Os modelos dão uma ideia dos fatores que estão em jogo quando o tomador de decisões formula doutrinas e pode entender que o tomador de decisões tem uma compreensão das trocas (*trade-offs*) envolvidas, mas, na ausência da informação sobre as magnitudes destas trocas – e a literatura não dá nenhum sentido destas magnitudes –, o tomador é abandonado com pouca orientação. (*grifo nosso*) (POSNER, 2010, p. 76-77)

Esclarecido esse cenário de diversidade de abordagens da AED, o fato é que, ao se tratar de conectar a AED a discussões de justiça⁵⁵, é possível apontar três principais vertentes, com a ciência de que os ganhos de sistematização dessa divisão superam as eventuais críticas por conta dessa simplificação que pode ignorar particularidades de algumas correntes. Ressalva-se que, embora se faça alusão a diversas Escolas, isso é feito apenas para fins didáticos e históricos, pois, atualmente, “a maior parte dos autores da disciplina seguem posições ecléticas, não sendo mais possível enquadrá-los nesta ou naquela categoria” (SALAMA, 2008, p. 28).

Bruno Meyerhof SALAMA (2008, p. 7) enxerga três principais versões que discutem a relação entre eficiência e justiça, aos quais ele assina as seguintes designações:

- a) Versão “fundacional”, associada aos primeiros escritos de Richard Posner;
- b) Versão “pragmática”, vinculada à fase mais madura de Richard Posner e desenvolvida na Universidade de Chicago (Escola de Chicago);
- c) Versão “regulatória”, esteadada nos estudos de Guido Calabresi e cultivada na Universidade de Yale (Escola de New Haven).

⁵⁵ A propósito, em interessante reflexão, Pedro Felipe de Oliveira Santos e Fernando B. Meneguim (2013) destacam que a proximidade existente entre a legalidade e a eficiência, sublinhando a interação desses conceitos na atuação da Administração Pública e do Judiciário. Lembram os autores que “a inclusão da eficiência no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública (EC nº 19/98), muito além de assumir um papel meramente retórico, descortinou um novo viés de análise jurídica sobre a gestão pública administrativa” (SANTOS e MENEGUIM, 2013, p. 15).

2.2.2.5.2. Versão fundacional

A primeira versão (a fundacional) vincula a maximização de riqueza como uma fundação ética do Direito. Cuidava-se de uma visão mais radical da AED desenhada por Richard Posner em vários artigos publicados na década de 1970 e, posteriormente, consolidada em 1983 com a edição do seu livro *“The Economics of Justice”* (A Economia da Justiça), cujo título é bem sugestivo dessa tese de indissociabilidade da “justiça” com a “maximização de riqueza”. A avaliação das instituições jurídico-políticas deve ser feita à luz do critério da maximização de riquezas, pois o principal objetivo do Direito deve ser estimular a aumento de riqueza por meio do seu sistema de indução de condutas. A maximização de riqueza é o fundamento ético do Direito. Essa vertente reducionista acabava por casar o “justo” com o que era monetariamente eficiente, o que a tornava débil. As avalanches de críticas disparadas contra essa versão dissuadiu Richard Posner da sua concepção mais extremista e o conduziu a cunhar uma vertente mais equilibrada, a versão pragmática. Apesar disso, ainda há renomados autores, como Louis Kaplow e Steven Shavell, que insistem defender a versão fundacional da AED “ou pelo menos em defendê-la no contexto de uma democracia firmemente estabelecida como aquela dos Estados Unidos” (SALAMA, 2008, p. 27).

Em suma, a versão fundacional enxerga o Direito como um instrumento para viabilizar o trabalho da “mão invisível” a que aludiu Adam Smith, dando suporte para a realização das trocas econômicas. Assim, os investimentos seriam estimulados por meio do direito de propriedade; os comportamentos oportunistas seriam combatidos pelo direito contratual; os riscos de acidentes seriam reduzidos pela responsabilidade civil; as relações entre acionistas e administradores seriam pautadas pelo direito societário.

As principais críticas à versão fundacional giram em torno do fato de que: (1) há fragilidade empírica das ferramentas econômicas para detalhar todas particularidades culturais e históricas de cada sociedade; (2) a maximização de riqueza não é um fim em si mesmo de uma sociedade, que possui outros inúmeros valores que não necessariamente possuem correspondência financeira, como, por exemplo, a liberdade religiosa; (3) a maximização de riqueza despreza a discussão

acerca da distribuição inicial dos direitos na sociedade; (4) o reducionismo do Direito à maximização de riqueza acabaria por cancelar concepções racistas e xenófobas, se estas favorecerem o crescimento financeiro da sociedade.

Essas adequadas críticas dirigidas à versão fundacional dificilmente encontrarão tranquila ressonância no ambiente das duas outras versões (pragmática e regulatória) de conciliação da AED com noções de justiça. Além disso, grande parte das críticas endereçadas à AED concentram-se na versão fundacional, o que não é adequado. Afinal de contas, a AED assumiu diversas tonalidades e se distanciou da inicial e ultrapassada concepção decantada na versão fundacional.

2.2.2.5.3. Versão pragmática

Para a versão pragmática, a maximização de riqueza é um “possível objetivo a ser seguido, a partir de uma visão pragmática do Direito” (SALAMA, 2008, p. 27). Essa versão decorre de uma mudança de posicionamento de Richard Posner, que depositou a sua nova compreensão na obra de 1990, intitulada “*The problems of jurisprudence*”, a qual foi traduzida para o português sob o título “Problemas de Filosofia do Direito” (POSNER, 2007). Posteriormente, em 1995, o jurista ianque deu seguimento à sua abordagem pragmática com a obra *Overcoming Law*, trazida, em 2009, para o português como “Para Além do Direito” (POSNER, 2009).

À luz da versão pragmática, é rejeitada a entronização da eficiência como um parâmetro suficiente para a avaliação do direito ou como um valor supremo em relação a outros valores. Sob esse prisma, a maximização de riqueza assume um papel mais discreto, sob o estofado do contexto jus-filosófico do pragmatismo jurídico.

Não há uma definição unívoca do pragmatismo jurídico. Todavia, buscando uma característica comum entre as diferentes vertentes pragmáticas, pode-se encontrar a de que o pragmatismo deita holofotes sobre abordagens atentas à realidade e à consequência efetivas das opções. A propósito desse anuviado ambiente conceitual do pragmatismo, SALAMA (2008, p. 32) oferta didático resumo:

Mas, afinal de contas, o que é pragmatismo jurídico? Não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes de pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner. De fato, o pragmatismo abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. Cornel West tentou encontrar um denominador comum e supôs ser o pragmatismo jurídico “um instrumento orientado para o futuro que procura utilizar o pensar como uma arma para permitir ações efetivas”. Com isso, se rejeita tanto a visão conservadora de que “o que for será o melhor” quanto a visão fatalista de que nenhuma consequência é intencional; do mesmo modo, tanto o ceticismo e o relativismo (como posições filosóficas dogmáticas), quanto a metafísica são rejeitadas: a ênfase do Direito e Economia Normativo, em sua visão pragmática, está no prático, no consequencial e no empírico.

Para o pragmatismo jurídico, o Direito não deve ser operado por meio de operações lógicas de revolvimento de princípios e regras abstratas, mas deve estar atento ao seu escopo de efetivar fins sociais, visto que todos os fatos devem ser examinados à luz do seu significado social diante da inexistência de justificativas abstratas e absolutas. Essa visão pragmática acaba por rejeitar até mesmo o critério da eficiência como um parâmetro absoluto e abstrato de referência para o Direito. Nesse contexto, é reconhecido que há casos em que o Direito não haverá se arrimar no critério da eficiência para tratar da defesa das liberdades individuais, a exemplo do que sucede ao tratar de temas como racismo, escravagismo, trabalho de menores, tortura etc⁵⁶.

Apesar de o pragmatismo rejeitar uma concepção de direito metafísico perfeito de inspiração platônica, ele não necessariamente conduzirá os magistrados a criarem novas regras jurídicas e a refugarem os textos legais e a jurisprudência. Na verdade, lembrando Richard Posner, SALAMA (2008, p. 34) averba que poderá haver razões pragmáticas para que o magistrado seja formalista e atenha-se estritamente à tradição jurídica. O que o pragmatismo condena é que essa opção formalista seja fundamentada em alguma obrigação moral ou em alguma concepção metafísica de Direito. O critério de avaliação deve ser pragmático.

O pragmatismo é um meio-termo entre essas duas correntes (formalismo e realismo), pois, ao mesmo tempo em que rejeita a visão formalista de que o direito é autônomo e se realiza plenamente com as suas próprias ferramentas, desdenha a extravagância realista de considerar que o direito “não passa de política, que as normas e doutrinas jurídicas são uma cortina de fumaça e que deveríamos

⁵⁶ Nas palavras de Posner, para enfrentar questões de filosofia política e de filosofia moral, “eu me posiciono com John Stuart Mill em *Da Liberdade* (1859)” (apud SALAMA, 2008, p. 33).

nos livrar dos advogados e substituir a justiça legal pela justiça popular” (POSNER, 2009, p. 4).

O pragmatismo, na versão de célebre *judge* norte-americano, absorve do realismo jurídico o que não envolve a radical demonização do direito. O pragmatismo, portanto, não nega a influência exercida pelo realismo jurídico, mas repulsa os seus excessos. São esclarecedoras esta declaração de Richard POSNER (2007, p. XIII):

Tento examinar os problemas da filosofia do direito com o distanciamento recomendado por Yeats e, portanto, sem a beatice e o artificialismo tendencioso que são *de rigueur* em tantas discussões sobre o direito. Defendo uma filosofia do direito que seja crítica do formalismo (menos pejorativamente, do legalismo tradicional) e tenha afinidades com o realismo jurídico, desde que despojado da política de centro-esquerda que é característica desse movimento e de sua descendência. Refiro-me a uma filosofia do direito que, como o realismo jurídico, faz uso da filosofia do pragmatismo (ainda que não apenas desta filosofia), mas que, ao contrário de algumas versões do realismo jurídico, procura desmitologizar o direito sem denegri-lo ou satanizá-lo.

Por meio do pragmatismo, Richard Posner impugna “o ceticismo radical e os vagos anseios comunitaristas dos Estudos Jurídicos Críticos” (POSNER, 2007, p. 612).

Em suma, o pragmatismo, na concepção de Richard POSNER (2009, p. 4)⁵⁷, pode ser definido “como uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente’ é”. Daí decorrem várias características do pragmatismo. Uma delas é o de ser antidogmático, por rejeitar verdades absolutas e ter uma postura de constante inquietação, de sorte que, nas palavras de Richard Posner, “mesmo que alcançássemos a verdade absoluta, jamais saberíamos que a alcançamos” (POSNER, 2009, p. 7). O pragmatismo sempre duvida de uma verdade final e, por isso, condena qualquer tipo de censura, que, “ao cercear a concorrência de ideias, retarda o crescimento do conhecimento e a chegada de benefícios” (POSNER, 2009, p. 418). Outra característica é a ousadia em tentar e em arriscar. Aliás, a propósito dessa virtude do pragmatismo, Richard Posner assevera que “a característica mais importante da ciência é que ela sintetiza uma qualidade rara e valiosa do ser humano: a coragem de arriscar-se a errar” (POSNER, 2009, p. 7).

⁵⁷ Para aprofundamento acerca de outras correntes de pragmatismo e dos delineamentos conceituais da versão de Posner, ver Richard POSNER (2009, pp. 1-22). Apesar de haver várias correntes de pragmatismo, o denominador comum entre elas é se servir de “um instrumentalismo voltado para o futuro, que busca empregar o pensamento como uma arma que possibilite ações mais eficazes” (Cornell West *apud* POSNER, 2009, p. 417).

Além do mais, a abordagem pragmática não ignora que o direito é moldado pelas necessidades da sociedade e pela pressão de grupos sociais em cada período de tempo. Rejeita, pois, que o direito se transforma “como resultado dos estímulos inerentes à sua natureza (como uma larva que se transforma em borboleta), e não como reação às pressões políticas e econômicas” (POSNER, 2009, p. 18). Por fim, “o grande valor do pragmatismo reside em prevenir o encerramento prematuro dos debates e não propriamente em resolvê-los” (POSNER, 2009, p. 419). De fato, a postura pragmática se afeiçoa ao debate constante, pois, “para citar William Blake, ‘sem contrários não há progressão’” (POSNER, 2007, p. 617).

Enfim, o pragmatismo jurídico exige que o jurista sempre atente para as consequências concretas de suas soluções jurídicas (*e. g.*, interpretações de textos, criações de novas normas etc.), sem descuidar de defender “os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes”, de maneira que, diante da dificuldade daí decorrente, “a interpretação e a aplicação do Direito continuarão sendo uma arte; não uma ciência” (SALAMA, 2008, p. 34).

2.2.2.5.4. Versão regulatória

Por fim, na dicção da versão regulatória da AED, desenvolvida pela Escola de New Haven sob a influência destacada de Guido Calabresi, a maximização de riqueza é inserida como um dos elementos de um contexto muito mais amplo e complexo de Estado de Bem-Estar, no âmbito do qual as instituições jurídicas são instrumentos das políticas públicas. Sob esse prisma, é rejeitada a visão da eficiência (especialmente a de índole financeira) como uma fundação ética do Direito, pois “os sistemas jurídicos devem, em primeiro lugar, ser justos e, apenas em segundo lugar, devem contribuir para a maximização da riqueza e redução dos custos sociais” (SALAMA, 2008, p. 28). Dessa forma, a maximização de riqueza não é o guia principal dos jurista e dos formuladores de políticas públicas. Ela é um elemento relevante, mas não determinante, entre outros vários elementos a serem levados em conta na definição dos meios e dos fins a serem adotados “para a atuação do Estado Regulatório moderno” (SALAMA, 2008, p. 28), fato que torna a

versão regulatória uma importante “proposta de agenda de pesquisa em Direito e Economia para o Brasil” (SALAMA, 2008, p. 28).

Na versão regulatória, o Direito é visto como destinado a regular as atividades, o que realça o seu papel fundamental na formulação de políticas públicas. A AED, além de permitir uma análise realista das instituições jurídicas e ofertar respaldo econômico à atuação estatal, traça diretrizes para os tribunais decidirem em sintonia com a efetividade das políticas públicas. Como se vê, a eficiência não é o motor principal da política pública, mas é um parâmetro relevante.

A propósito, Guido Calabresi é bem explícito no sentido de que nem tudo que é eficiente será também justo e, para tanto, oferece, em sua obra *“The Cost of Accidents – a Legal and Economics Analysis”*, de 1970, uma boa ilustração, ao concluir que, ainda que seja eficiente a construção de um túnel, não necessariamente ela será justa, especialmente se for levado em conta que poderá haver mortes. A narrativa didática dessas reflexões de Calabresi foi feita pelas mãos de SALAMA (2008, p. 35-36), cujos escritos merecem amplificação, *in verbis*:

No clássico de Calabresi, “O Custo dos Acidentes: Uma Análise Jurídica e Econômica”, de 1970, é possível encontrar diversos pontos que ilustram a discussão sobre eficiência e justiça desde esta ótica “regulatória”. Tomemos a discussão acerca dos custos de preservação de vidas humanas. Calabresi nota que nem mesmo as sociedades ocidentais modernas e desenvolvidas estão comprometidas com a noção de que a vida deva ser preservada *a qualquer custo*. Há muitas atividades (na verdade, a maioria delas) que, ao menos estatisticamente, certamente causarão a perda de vidas. Segundo Calabresi, “nós construímos um túnel sob o Mont Blanc porque isso é essencial para o mercado comum europeu e diminui o tempo de viagem de Roma a Paris, ainda que saibamos que aproximadamente um homem por quilômetro construído de túnel morrerá”. A noção de que não estamos – nem deveríamos estar – dispostos a preservar vidas a qualquer custo é tão perturbadora quanto realista. Aliás, deveria ser óbvio que a sociedade não está disposta a preservar a vida a qualquer custo: a simples contratação de um policial que enfrenta o crime diariamente sugere que a sociedade está disposta a sacrificar algumas vidas (porque é certo que alguns policiais morrerão) para atingir alguma forma de paz social (e, no limite, para evitar um número ainda maior de mortes que ocorreriam caso não houvesse policiais).

Mas será que, sendo baixo o custo em vidas para a construção do túnel sob o Mont Blanc, a sociedade deve desde logo considerar justa a autorização de sua construção? Ou, em termos mais amplos: será que tudo que é eficiente é também justo? Calabresi desde sempre defendeu que a resposta seria um sonoro “não”. Aquilo que é eficiente pode ser injusto. Calabresi nota que “nós tomamos aviões e carros ao invés de outros meios de transporte mais seguros e lentos. E, talvez mais notavelmente, nós usamos equipamentos relativamente seguros ao invés do equipamento mais seguro imaginável porque – e não se trata de um mau motivo – o mais seguro de todos custa muito caro”. Contudo, “decisões que sopesem vidas humanas contra custos e conveniência não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que a solução via mercado não é jamais a única a ser utilizada”. Assim, por exemplo, “a discussão sobre a legalização da prostituição não se limita ao cálculo dos seus custos e benefícios” porque “grandes dilemas morais se prestam à determinação política

e devem ser decididos através dos sistemas políticos adotados pela sociedade”.

A eficiência não é igualada à justiça, mas dará noção das consequências das diversas soluções jurídicas disponíveis e, assim, contribuirá para a construção de uma concepção de justiça factível. Discussões de justiça sem reflexões sobre as suas consequências práticas – seja para acolhê-las, seja para consciente e fundamentadamente rejeitá-las – são vazias e incompletas. A Escola de *New Haven* reúne “a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo” (SALAMA, 2008, p. 36), de modo a exigir do jurista investigações empíricas e estatísticas e a valer-se de conceitos ignorados pelo sistema jurídico tradicional.

Nesse contexto, Rafael de Freitas Valle DRESCH (2008), embora não faça menção às três versões de abordagem da AED diante da justiça, acaba por erguer críticas que mais seriam aplicáveis à versão fundacional (e não propriamente a toda a AED, como insinua o autor⁵⁸) e, ao final, acaba por defender um manejo da AED nos moldes dos pilares robustos da versão regulatória, rejeitando a eficiência como única fonte de amparo na busca pela justiça, e sim como uma fonte complementar. Lembre-se que, para a versão regulatória, a eficiência não está entronizada no altar das reflexões sobre justiça, pois, na verdade, é tida como um entre outros tantos elementos que devem ser revolidos. Portanto, as oportunas observações de DRESCH devem ser lidas como já abraçadas pelo discurso da versão regulatória. É assim que se compreendem estas considerações do referido autor, as quais, com as retificações de endereçamento das críticas na forma acima⁵⁹, são muito oportunas (DRESCH, 2008, p. 201):

Destarte, considerando as críticas aqui levantadas pelos defensores da justiça corretiva, é constatável que existem dificuldades centrais na análise econômica do direito quando essa propõe a eficiência econômica como fim único dos institutos do direito privado⁶⁰.

Nesse sentido, é necessário pensar a análise econômica não como uma concepção que, com seu objetivo de eficiência, apresenta uma estrutura que dá conta de toda a racionalidade dos institutos de direito privado, mas sim como uma análise que contribui na compreensão da influência desses institutos jusprivatistas em relação à economia. Nesse sentido, a análise econômica pode avaliar e explicar a adoção de regimes diferenciados, por exemplo, de

⁵⁸ Por exemplo, o autor, com ar de crítica, faz inferir que, segundo a AED como um todo, “o direito privado, assim como seus institutos, são considerados instrumentos na obtenção de eficiência econômica” (DRESCH, 2008, p. 194). Essa concepção criticada mais se aproxima propriamente à versão fundacional de abordagem da AED diante de concepções de justiça.

⁵⁹ Lembre-se que essa compreensão reducionista da AED é comum entre vários autores, que indevidamente acabam criticando toda a ferramenta da AED, como já realçado neste estudo (capítulo 2.2.2.1.).

⁶⁰ Como se disse, as críticas do autor deveriam ter sido endereçadas apenas à versão fundacional da AED.

responsabilidade civil. Em que sentido a adoção de uma responsabilidade civil objetiva pode trazer impactos econômicos e sociais satisfatórios? A análise econômica pode, ainda, fornecer importantes avaliações sobre a funcionalização social da empresa, do contrato e da propriedade privada. Qual a forma adequada de interpretação, em termos econômicos, do princípio da função social do contrato, da empresa e da propriedade?

Contudo, ante as críticas acima alinhavadas, as análises econômicas em termos de eficiência não poderão reclamar exclusividade na fundamentação racional dos institutos de direito privado, mas sim uma importante complementariedade.

2.2.2.5.5. Diálogo entre as versões

As três versões (fundacional, pragmática e regulatória) didaticamente enxergadas por Bruno Meyerhof Salama não devem ser vistas como estanques, taxativas e isoladas. Elas, na verdade, dialogam entre si e com outras disciplinas além da Economia e do Direito. Entre elas, não há dúvidas de que a versão fundacional é extremamente débil, por conta de sua posição radical, que talvez seja explicada pelo fascínio próprio da primeira aproximação efetiva dos juristas com a Economia. O novo sempre admira e, na sua primeira aparição, costuma causar êxtases e turvar a visão. A versão fundacional é, assim, ingênua. Todavia, as outras duas versões demonstram notável envergadura intelectual e, juntas, são instrumentos eficazes para construções jurídicas conectadas com a realidade e com o justo. Ao nosso sentir, elas devem andar juntas, embora enxergamos certas vantagens na versão regulatória por realçar, de modo mais nítido, as fronteiras e as conexões entre o justo e o eficiente e por respaldar a formulação de políticas públicas e o desenho das instituições jurídicas em harmonia com a realidade concreta e com os valores da sociedade.

Seja como for, a AED não é a protagonista da intrigante trama de desvendar a justiça, e sim uma personagem que dividirá o palco com outras de um teatro em que, a depender da cena, sobressairá um protagonista diferente. Recusar a sua participação no elenco do teatro da vida ou desmerecê-la com o papel de vilã é transformar a peça em uma verdadeira tragédia ou, talvez, em uma comédia.

2.3. Institucionalismo

2.3.1. Espécies de institucionalismo

No campo da Economia – com posterior alastramento da sua abordagem para abranger outros ramos do saber, como o Direito, a Ciência Política⁶¹ e a Sociologia⁶² –, desenvolveu-se um método conhecido como institucionalismo, cuja abordagem se foca na análise da repercussão das instituições⁶³ na economia, na sociedade, na política e em todos os setores da sociedade. Essa concepção se contrapõe ao método tradicional da Economia de centralizar a análise em fundamentos da teoria neoclássica, que ignorava a realidade concreta para realizar suas reflexões com base em um cenário fictício em que a influência das instituições era desprezada.

A abordagem institucionalista assumiu diversas vertentes de análise, o que gera certa confusão de nomenclatura na doutrina (CONCEIÇÃO, 2007, p. 624-625). É comum encontrar autores que se valem da expressão “neoinstitucionalismo” remetendo-se à NEI. No presente estudo, considerar-se-á a existência de três vertentes de institucionalismo: (1) o Antigo Institucionalismo, também designado *Old Institutional Economics* – OIE, que também é conhecido como antigo institucionalismo americano; (2) a Nova Economia Institucional – NEI – ou, em inglês, *New Institutional Economics* – NIE; (3) o neoinstitucionalismo⁶⁴. Dentro do neoinstitucionalismo, encaixam-se diferentes formas de abordagens, desde as cunhadas por Polanyi – que, no presente estudo, ganhará o espaço de referência

⁶¹ A propósito do emprego do institucionalismo na ciência política, ver HALL e TAYLOR (2003).

⁶² Muito autores tratam de neoinstitucionalismo sociológico, que destaca “a centralidade e o papel das instituições na conformação da vida política, da produção, da reprodução da sociedade etc.”, com atenção ao fato de que é a partir dos processos de socialização que “os indivíduos conformam seus padrões, valores e marcos de referência” (LEONE, 2003, p. 40, tradução livre do espanhol).

⁶³ Por instituição, podem-se entender as regras formais e informais de um sociedade. São as regras do jogo. Distingue-se das organizações, que representam os jogadores, ou seja, os agentes que atuam sob a influência das instituições.

⁶⁴ CONCEIÇÃO (2009, pp. 624-625) dá nota de outras classificações, o que, de certo modo, justifica o porquê de se encontrarem autores que, por vezes, valem-se do vocábulo neoinstitucionalismo para se reportar à NEI. De um lado, há quem só considere haver duas vertentes: a OIE e a NEI; de modo que todas as vertentes institucionalistas que não se enquadrarem nos pressupostos da OIE seriam variações da NEI. De outro lado, há quem enxergue dois grupos de correntes de institucionalismo, cada um dividido em três espécies e agrupados em razão da sua proximidade conceitual e metodológica: (1) o grupo constituído pela Escola Austríaca de Hayek e vonMises, a Nova Economia Industrial de Shubik e a Nova Economia Institucional; e (2) o trio composto pelo Institucionalismo norte-americano, o neoinstitucionalismo e a Escola da Regulação. De mais a mais, também se encontram autores que se reportam à expressão neoinstitucionalismo para abranger pensamentos como o de Williamson, Douglass North e Eggertsson, a exemplo de HALL e TAYLOR (2003), que tratam de três espécies de neoinstitucionalismo: o histórico, o sociológico e o da escolha racional (e neste último se incluiriam os referidos autores). Igualmente, José Antonio Rivas LEONE (2003) emprega a expressão neoinstitucionalismo para abranger articulações próprias da NEI.

diante do fato de suas contribuições alicerçarem as outras variações neoinstitucionais – até outras, como o institucionalismo da Nova Sociologia Econômica (CONCEIÇÃO, 2007, pp. 46-47). Essa Nova Sociologia Econômica labora com o conceito de *embeddeness* (inscrutação) de Polanyi (MACHADO, 2010, p. 79) e suscita reflexões que, sobretudo, focam a influência da estrutura social sobre as decisões econômicas, prestigiando interpretações da estruturação social do mundo (AGUILAR FILHO, 2009, pp. 69-71)⁶⁵.

Essas diferentes versões, embora possuam focos diferentes, se fortalecem e se complementam e coincidem no fato de que, nas palavras de Octavio A. C. CONCEIÇÃO (2007, p. 624):

(...) Qualquer abordagem analítica que se pretenda institucionalista deve incluir *path dependency*⁶⁶, reconhecer o caráter irreversivelmente diferenciado do processo de desenvolvimento econômico e pressupor que o ambiente econômico envolve disputas, antagonismos, conflitos e incertezas. Nesse sentido, a adversidade, a adaptação e a seleção são elementos fundamentais à definição de estratégias empresariais e às trajetórias de crescimento econômico.

2.3.2. Antigo Institucionalismo

A OIE diz respeito às primeiras reflexões institucionais que foram cultivadas inicialmente por autores como Henry Carter Adams, Richard T. Ely, Edmundo J. James, Simon Patten e Edwin R. A Seligman, os quais se inspiraram na Escola Histórica Alemã durante os anos de 1870 e 1880, quando esses então jovens economistas americanos foram realizar estudos na Alemanha. Outros autores seguiram o mesmo caminho e assumiram posição de destaque no desenvolvimento da OIE, como Thorstein Veblen, John Commons e Wesley Mitchel.

A propósito da Escola Histórica Alemã, o seu maior legado foi o de enfatizar o papel da realidade e da história nas investigações econômicas e o de criticar concepções econômicas de perfil abstrato, universal e desconectado das particularidades históricas das comunidades (AGUILAR FILHO, 2009, p. 38). Em suma, o historicismo econômico alemão, embora possa ser criticado por adotar os fatos empíricos como ponto de partida e por descrever totalmente em teorias gerais e

⁶⁵ Para aprofundamento da Nova Sociologia Econômica, ver: AGUILAR FILHO, 2009, pp. 69-74; MACHADO, 2009; SILVA, CALAZANS, GONZÁLEZ e SOUZA, 2011.

⁶⁶ Há autores que preferem a grafia *path dependence*.

universais sobre sociedades humanas, deixou, como influente herança, a lição de que a história reflete o desenvolvimento e a interação entre os aspectos econômicos e não econômicos da sociedade, o que reclama do investigador uma postura de diálogo com várias disciplinas das Ciências Sociais.

A OIE se firmou nessas premissas para “desenvolver um ponto de vista amparado em grande medida na abordagem germânica e promover, através das suas associações, métodos de investigação indutivos, históricos e estatísticos” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 39). Representou uma reação a premissas da economia neoclássica, considerando que a escassez de recursos e a vontade individual dos indivíduos eram apenas mais uma entre várias outras variáveis a serem explicadas nas investigações.

A OIE, seguindo ideias já cultivadas pela Escola Histórica Alemã, considerava haver uma pluralidade de motivações humanas, de maneira que o auto-interesse ou a noção abstrata de indivíduos maximizadores não poderiam ser o foco das pesquisas sociais. Em outras palavras, a motivação humana decorre de “várias considerações que não o auto-interesse, incluindo a moralidade, a lei e os costumes” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 30). Sob essa perspectiva, “os valores, em forma de lei, moralidade e costumes, estão *embedded*⁶⁷ nas instituições e desempenham o papel de guiar a evolução das instituições” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 38). Uma característica da OIE é o prestígio a uma perspectiva holística e de interdependência da sociedade em detrimento de uma visão individualista. A ênfase da abordagem da OIE hospeda-se em questões como poder, cultura e transformação social.

O esforço da OIE somente iria produzir frutos mais visíveis futuramente, pois a comunidade científica do início do Século XX, em geral, não enxergou as grandes vantagens das reflexões institucionais. A OIE foi criticada por ter adotado uma postura mais descritiva do que teórica na análise das instituições e, por esse motivo, chegou a ser injuriada como um “empiricismo ingênuo” por Gunnar Myrdal (*apud* CONCEIÇÃO, 2007, p. 623). Ronald Coase, embora reconhecesse a importância da OIE em insurgir-se contra a economia neoclássica, caracterizou depreciativamente os autores desse movimento desta forma: “sem uma teoria, não tinham nada para oferecer, exceto uma massa de trabalhos descritivos à espera de

⁶⁷ A expressão *embedded* (que pode ser traduzida como incorporado ou enraizado) veio a ser utilizada futuramente por Karl Polanyi como um dos conceitos-chave de seu pensamento.

uma teoria ou da fogueira” (Ronald Coase *apud* POSNER, 2009, p. 451). Richard POSNER (2009, p. 451) expressa igual sentir, ao assim se manifestar após tentar ler uma obra de um dos autores da OIE, *in verbis*:

Já tentei ler a obra-mestra de Willard Hurst, um calhamaço sobre a história da indústria da madeira de Wisconsin, mas não fui muito longe. O livro é uma massa densa de descrições, lúcido, inteligente e, tenho certeza, escrupulosamente preciso, porém tão carente de um aparato teórico – em um *aspecto perceptível* – a ponto de tornar-se ilegível, quase como se o autor tivesse se esquecido de ordenar suas palavras em frases. Isso, portanto, serve de lição: o gosto pelos fatos, que eu gostaria que os juízes e professores de direito desenvolvessem, transforma-se em uma temeridade se não se fizer acompanhar de um gosto pela teoria – não a teoria normativa e não, portanto, aquilo que passa por teoria no direito constitucional, mas a teoria positiva, econômica ou não, que orienta a busca dos fatos relevantes.

Especialmente nos alvares da segunda metade do século XX, as sementes plantadas pelo OIE passaram a render frutos mais visíveis com o desenvolvimento do neoinstitucionalismo e da NEI.

2.3.3. Nova Economia Institucional

2.3.3.1. Considerações gerais

Quanto à NEI, os principais autores que a desenvolveram foram Ronald Coase, Oliver Williamson⁶⁸ e Douglass North, os quais avançaram no trato das ideias institucionalistas, enriquecendo o pobre suporte teórico do Antigo Institucionalismo Norte-Americano. A expressão *New Institutional Economic* foi cunhada por Oliver Williamson para a distinguir do velho institucionalismo (COASE, 1998, p. 72).

Em suma, com olhos nos efeitos dos custos de transação e na influência da estrutura institucional, a NEI se distancia das premissas da economia neoclássica. É verdade que alguns autores, como Oliver Williamson, chegam a afirmar que os estudos da NEI, na verdade, “são mais complementares do que substitutos da economia tradicional” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 77⁶⁹). Apesar disso, parece-nos que, como destacado por Hélio Afonso AGUILAR FILHO (2009, p. 77)

⁶⁸ Para uma perspectiva crítica das ideias de Williamson e da sua distinção em relação às reflexões de Coase e de North, ver POSNER, 2009, pp. 458-462.

⁶⁹ Ver também CONCEIÇÃO, 2007, p. 627-628, que lembra que Williamson afirmava que a economia neoclássica é elástica e faz concessões à NEI, a exemplo dos conceitos de racionalidade limitada, assimetria de informações e disparidades cognitivas.

em sua tese de doutoramento, é um equívoco vincular a NEI à economia neoclássica, como se ela fosse uma mera flexibilização de premissas da teoria econômica tradicional. Na verdade, a NEI possui uma estrutura de pensamento autônoma e geral que apenas tangenciaria a economia neoclássica em situações remotas de ausência de custos de transação e de presença de escassez de recursos. A NEI, por considerar a realidade concreta e por reconhecer a importância das instituições informais decorrentes da moralidade, da cultura e de outros aspectos não financeiros, revela-se um farol teórico apto a respaldar reflexões das mais diferentes inclinações ideológicas. De fato, a NEI dispõe de uma sólida fundamentação teórica e, ao contrário das outras vertentes institucionalistas, a sua estrutura teórica “está organizada com coerência suficiente para dar forma e sentido aos fatos, abrindo maiores possibilidades de fazer avançar o conhecimento” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 77).

A NEI exige de quem a maneja uma postura interdisciplinar notável, para, com o apoio das mais diferentes disciplinas das ciências sociais, esquadrihar a formatação das miríades de instituições formais e informais e dos inúmeros custos de transação que guiam uma sociedade. É nesse sentido que Ronald COASE (1998, p. 72), após lembrar ser comum associar o início da NEI com o lançamento de sua obra *The Nature of the Firm* em 1937, lembra que, na realidade, o movimento contou não apenas com contribuições importantíssimas de outros economistas como Oliver Williamson, Harold Demsetz e Steven Cheug, como também de outros pensadores do Direito, da Antropologia, da Sociologia, da Ciência Política e de outras disciplinas. Para afirmar que o seu texto de 1937 não foi o único responsável pelo fortalecimento da NEI, Ronald Coase serve-se da seguinte metáfora: “a fonte de um rio poderoso é um pequeno riacho insignificante e que retira a sua força a partir dos afluentes que contribuem para os seus volumes” (COASE, 1998, p. 72⁷⁰).

Richard Posner também pode ser enquadrado como um adepto da NEI, mas faz reservas à rejeição que esta costuma fazer a teorias econômicas formais, por entender que mesmo as teorias assentadas em pressupostos irreais podem ser úteis às reflexões sobre o mundo real, “assim como a teoria astronômica de Ptolomeu era uma ferramenta útil de navegação (e, logo, de ‘exploração’ em sentido diverso), ainda que a sua premissa básica fosse falsa” (POSNER, 2009, p.

⁷⁰ Tradução livre deste excerto: “the source of a mighty river is a puny little stream and that it derives its strength from the tributaries that contribute to its bulks”.

455). O importante, nesse caso, é considerar essas teorias como ferramentas, e não como verdades absolutas. Na advertência de POSNER (2009, p. 456), “devemos ser pragmáticos em relação à teoria. Ela é uma ferramenta e não um lampejo da verdade suprema; e os critérios de análise utilizados por uma ferramenta são a sua utilidade”.

2.3.3.2. Nova Economia Institucional sob a perspectiva de Douglass North

2.3.3.2.1. Desenvolvimento das ideias de North

Titular de uma das mais notáveis preocupações com a investigação da história de várias nações com foco na interação de suas instituições, Douglass Cecil North é merecidamente tido como um dos maiores nomes da Nova Economia Institucional (NEI). Ele consolidou essa linha de pesquisa em conjunto com Oliver E. Williamson – que se destacou com a obra “As Instituições Econômicas do Capitalismo” (WILLIAMSON, 2012) - e outros relevantes pensadores, como Ronald Coase, Demsetz e Steven Medema. Por questão de necessidade de cortes metodológicos e de afinidade com o presente estudo, optou-se por, neste estudo, focar as reflexões de Douglass North, que se afiguram como as mais completas e representativas da NEI. De qualquer forma, isso não significa despreço aos demais autores, os quais são aqui tratados de modo mais indireto. Trata-se, apenas, de maior afinidade das reflexões de North aos objetivos do presente estudo.

North conseguiu demonstrar, por meio de suas várias incursões históricas, que o crescimento a longo prazo depende da formação, evolução e interação das instituições de um país (GALA, 2003, p. 89). North é uma referência em estudos de desenvolvimento das economias a longo prazo e, por isso, foi coroado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 1993.

Douglass North, antes de passar a adotar a análise institucional, foi um dos sectários da cliometria norte-americana, que se valia de técnicas econométricas no estudo da história. North, todavia, verificou as grandes limitações da cliometria e partiu para o institucionalismo, especialmente quando constatou que as evoluções institucionais foram mais importantes do que as inovações tecnológicas para o

incremento da produtividade de uma indústria de transporte oceânico em um dado período (GALA, 2003, p. 89). North verificou que “uma evolução institucional pode ser mais importante do que avanços tecnológicos para o desenvolvimento econômico” (GALA, 2003, p. 90).

O pensamento do notável economista norte-americano pode ser dividida em três etapas, cada uma marcada por uma de suas obras: a) Etapa iniciada em 1973, com a obra *The Rise of the Western World: a New Economic History*, escrita por North em coautoria com Robert Paul Thomas (NORTH, 1973); b) Etapa iniciada em 1981, com a obra *Structure and Change in Economic History*, na qual North bosqueja ideias para uma teoria das instituições; c) Etapa iniciada em 1990, com a obra *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*⁷¹, que dá as bases da teoria das instituições.

Especialmente na primeira fase, a abordagem de North centrava-se muito em questões históricas, com investigação da evolução econômica de várias civilizações, como a egípcia, a grega, a romana, a feudal, a inglesa etc. Posteriormente, aos poucos, North “vai migrando de análises históricas para análises teóricas” (GALA, 2003, p. 90). Na sua última fase, com a obra de 1990, North desenvolve abordagens eminentemente teóricas, restringindo as reflexões históricas a simples exemplos nas páginas que compõem o seu livro *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. As críticas que já se ergueram contra North, imputando-lhe a pecha de historiador, são desatualizadas e ignoram a etapa deflagrada com a obra de 1990.

Na primeira etapa, com a obra *The Rise of the Western World: a New Economic History*, North – em coautoria com Robert P. Thomas – embrenha-se em profunda análise histórica para investigar o sucesso econômico das nações do mundo ocidental, especialmente da Europa Ocidental e dos Estados Unidos. Observa que essas economias “conseguiram desenvolver instituições capazes de atingir o crescimento econômico a longo prazo” (GALA, 2003, p. 91).

Nas suas investigações, North demonstra como as cidades holandesas superaram as dificuldades da transição do feudalismo para o capitalismo especialmente em razão do desenvolvimento de instituições que foram parcialmente

⁷¹ A obra foi traduzida para o espanhol sob o título *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico* (NORTH, 1993).

inspiradas nas italianas cidades de Gênova, Veneza e Florença, que eram favoráveis ao crescimento econômico e que estimulavam atividades produtivas. Com efeito, num contexto em que o mundo se preocupava com a escassez de recursos físicos diante do crescimento demográfico, essas sociedades “teriam sido as primeiras a superar ‘crises malthusianas’, transformando o crescimento populacional em verdadeiro crescimento econômico, e não em crises de empobrecimento” (GALA, 2003, p. 91).

As mudanças institucionais na Europa Ocidental foram expressivas ao longo dos séculos XI e XII em razão do aumento comércio e do surgimento das cidades. Tratava-se das primeiras sementes da estrutura institucional que viria a respaldar o desenvolvimento econômico europeu. Paulo GALA (2003, p. 92) dá este hialino relato, *in verbis*:

(...) Contratos como *commenda* e a *societas*, que envolviam a cooperação entre um sócio investidor e um sócio “viajante”, o ressurgimento de banco de depósito e a criação de formas incipientes de *bills of exchange* e seguros significavam grandes avanços em termos de organização do processo produtivo. As feiras, como as de Champagne, mais do que praças comerciais, passavam a constituir-se em embriões de mercados de capitais.

À época dos Estados Modernos, especialmente nos séculos XVI e XVII, nações como Holanda e Inglaterra conseguiram desenvolver arranjos institucionais extremamente favoráveis ao progresso econômico, especialmente porque se conseguiu um equilíbrio de poder entre as monarquias e os produtores. Em outras nações, porém, como a Espanha e a França, com destaque para a primeira, as instituições não contribuíram para o desenvolvimento de atividades produtivas, a exemplo da existência de “uma legislação protetora de monopólios – como o caso das *Mestas* na Espanha – que não estimulava o surgimento de atividades rentáveis para a sociedade como um todo” (GALA, 2003, p. 92). O resultado desses diferentes arranjos institucionais foram as diversas performances econômicas futuras dessas nações. A propósito, sintetizando as suas reflexões na obra *The Rise of the Western World*, NORTH e THOMAS (1973, p. 1) registram, *in verbis*:

Nossos argumentos centrais do livro são diretos. Organização economicamente eficiente é a chave do crescimento; o desenvolvimento de

uma organização economicamente eficiente na Europa Ocidental causou o crescimento do oeste europeu.⁷²

Nessa toada, North aponta que os avanços tecnológicos e a acumulação de capital não são as causas do desenvolvimento econômico, e sim efeitos de arranjos institucionais que estimulam as atividades produtivas. Nas palavras de NORTH e THOMAS (1973, p. 2), *in verbis*:

(...) Os fatores que listamos (inovação, economia de escala, educação, acumulação de capital etc.) não são as causas do crescimento, e sim o próprio crescimento. Este livro foca-se nas causas do crescimento econômico. O crescimento simplesmente não vai acontecer sem que a organização econômica seja eficiente. Os indivíduos devem ser atraídos por incentivos para empreender atividades socialmente desejáveis.⁷³

E, nesse contexto, North caminha para a conclusão de que o principal motivo da distância entre os países ricos e os pobres não está na falta de acesso a tecnologias, mas especialmente na diversidade de suas matrizes institucionais. As nações mais pobres não desenvolveram instituições (o que inclui leis e costumes) que estimulasse atividades economicamente produtivas e que gerassem acumulação de capitais e inovações tecnológicas. A constatação de North “verifica-se na *prática* da história” (GALA, 2003, p. 93).

Na segunda etapa do pensamento de North, irrompido em 1981 com a sua obra *Structure and Change in Economic History*, o economista norte-americano caminha para dar contornos teóricos às suas ideias. North ainda analisa várias situações históricas, embora sem o detalhamento da historiografia, mas o faz com o objetivo de usar “o histórico como alavanca para seus voos teóricos” (GALA, 2003, p. 93). Sua teoria institucional, todavia, fica ainda inacabada.

De qualquer forma, nessa fase, North desenvolve algumas relevantes reflexões que se incrustarão na sua teoria.

Uma delas é a sua crítica à *rational choice*. North demonstra que é irreal a presunção de que os indivíduos conseguem agir sob uma racionalidade perfeita destinada à otimização de seus interesses, por diversos motivos, como a pobreza informacional, a dificuldade em decifrar o ambiente e as diferentes

⁷² Tradução livre deste excerto: “Our arguments central to this book are straightforward. Efficient economic organization is the key to growth; the development of an efficient economic organization in Western Europe accounts for the rise of the West.”

⁷³ Tradução livre deste excerto: “The factors we have listed (innovation, economies of scale, education, capital accumulation, etc.) are not causes of growth; they *are* growth. This book focuses on what causes economic growth. Growth will simply not occur unless the existing economic growth. Individuals must be lured by incentives to undertake the socially desirable activities”.

motivações que podem inspirar os indivíduos. Nesse ponto, North se aproxima da concepção de “racionalidade processual do tipo Herbert Simon como base para a sua teoria institucional” (GALA, 2003, p. 94). Nesse contexto, racionalidade não é “atingir situação ótima, mas sim agir da maneira mais razoável possível na busca de determinados fins, dada a pobreza informacional” (GALA, 2003, p. 94). Ademais, North observa que a *rational choice* não explica diversos comportamentos tratados pelas ciências sociais, como destaca GALA (2003, p. 94), *in verbis*:

(...) Seja por não explicar gestos altruísticos e cooperativos, seja por não levar em consideração dogmas, ideias e ideologias nas decisões dos atores, as *behavioural assumptions of received theory* parecem deixar muito a desejar na explicação de alguns fenômenos sociais e econômicos relevantes.

Outra ponderação relevante de North diz respeito ao papel da ideologia. North explora a formação das crenças que inspiram as decisões dos agentes e aponta a sua relevância na dinâmica institucional. Essas crenças representam “uma importante instituição informal na sociedade” (GALA, 2003, p. 95) e são responsáveis por conferir maior estabilidade e previsibilidade social na interação dos indivíduos, na medida em que criam uma base comum de valores e de regras que permitem as trocas econômicas. A ideologia, nesse sentido, por ter um caráter disciplinar, reduz os custos transacionais, razão por que os códigos morais e éticos de conduta devem ser levados em conta na análise do arranjo institucional de uma nação. Aliás, as próprias instituições formais, como as leis escritas, ganham estabilidade quando estão em conexão com as ideologias, conforme lembra GALA (2003, p. 95):

(...) Ideologias, ao sustentarem regras informais, também contribuem fortemente para a manutenção das leis e códigos escritos de uma sociedade através de um efeito legitimador. São estáveis leis que parecem legítimas aos agentes.

Aliás, a própria criação das regras formais costumam ser expressivamente influenciada pelas ideologias da sociedade, pois estas impregnam as decisões das autoridades públicas, dos legisladores e dos demais agentes públicos e particulares. Realmente, só por meio da ideologia é que se pode compreender as regras formais de uma sociedade, “seja no comportamento de governantes, de grupos de interesses ou ainda de agentes do sistema judiciário” (GALA, 2003, p. 95). Enfim, as ideologias inspiram a criação, a estabilização e a extinção de instituições formais e informais de qualquer sociedade.

As transformações das ideologias seguem modelo similar à revolução paradigmática descrita por Thomas Kuhn: à medida que as ideologias vão perdendo sua capacidade de explicar o mundo, abre-se espaço para o surgimento de ideologias concorrentes que, suprindo as anomalias da ideologia paradigmática vigente, conseguem cooptar os agentes, completando uma verdadeira transição de paradigma ideológico. A ideologia só se mantém enquanto explica coerentemente o mundo, pois ela é “uma racionalização de fenômenos reais percebidos” (GALA, 2003, p. 96).

Ademais, North rejeita os pressupostos da economia neoclássica, que simplificava o comportamento humano ao mero egoísmo mandevelliano e que ignorava a realidade complexa das sociedades⁷⁴. A ideologia, na percepção de North, ajuda a entender que há vários comportamentos individuais e coletivos que não são guiados pelo egoísmo individualista.

Outro aspecto essencial desenvolvido na segunda fase do pensamento de North diz respeito à relevância do papel do Estado, especialmente porque incumbe a ele preservar as instituições formais por meio do exercício do *enforcement* e garantir a performance econômica ao definir a estrutura da propriedade. Aliás, North associa a atuação do Estado na definição dos direitos de propriedade com o desempenho econômico de uma nação⁷⁵. Nesse ponto, inafastáveis as observações de Paulo GALA (2003, p. 96):

(...) A própria definição de Estado para North está umbilicalmente ligada à ideia de direitos sobre propriedade e regras de produção.

Ele argumenta que as tradicionais teoria do Estado estão incompletas por não tratarem adequadamente da questão da evolução das formas de propriedade. A teoria do Estado marxista ou explorador, que atua defendendo os interesses das classes no poder, ignora os ganhos econômicos iniciais obtidos pelo pacto que faz surgir o Estado. A teoria contratualista, por sua vez, explica esses ganhos, mas menospreza a tendência de determinados grupos tomarem conta do Estado.

North, ao cuidar das causas de arranjos institucionais ineficientes, o que inclui modelos proprietários ineficientes, evolui sua análise, até que, com a sua obra de 1990, estabelece que a explicação disso depende não apenas do mau funcionamento dos sistemas políticos, mas também “da dinâmica política e cultural

⁷⁴ NORTH ataca também a teoria dos jogos, por, à semelhança da economia neoclássica, presumir que os agentes querem maximizar a riqueza e por ignorar que, “como demonstra a literatura de economia experimental, a conduta humana é obviamente mais complicada do que a que se pode englobar em um suposto comportamental simples” (NORTH, 1993, p. 28, tradução livre feita do texto em espanhol da obra).

⁷⁵ Para maiores aprofundamentos acerca do papel do Estado e das conexões com a política em Douglass North, ver GALA (2003, p. 96).

de uma sociedade” (GALA, 2003, p. 93). E, por eficiência, North também evolui a sua concepção de uma concepção estática de *eficiência produtiva*, que enfocava a maximização da produção, para, na sua obra de 1990, costurar uma noção mais sofisticada e dinâmica sob o nome de *eficiência adaptativa*, assim entendida aquela que representa a maior capacidade da sociedade em “se adaptar a adversidades ao longo do tempo” (GALA, 2003, p. 93).

É na terceira fase de North, disparada em 1990 com a obra *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, que a teoria institucional de North se aperfeiçoa e ganha os contornos teóricos que pavimentam as principais reflexões da NEI.

2.3.3.2.2. Delineamentos teóricos de North

Na sua terceira fase, North consolida o suporte teórico de seu pensamento para entender o papel das instituições na redução de custos de transação, como medida essencial para o desempenho econômico das nações. Afinal de contas, o desenvolvimento econômico está diretamente atrelado ao desenvolvimento institucional.

O primeiro conceito fundamental de sua teoria é a incerteza. A falta de informações é capaz de inspirar uma incerteza nos indivíduos com a capacidade de dificultar ou até mesmo de impedir as transações.

O segundo conceito é o de custo de transação, que podem se dividir em (1) custos de *measurement*, que diz respeito à assimetria de informações; e (2) custos de *enforcement*, que se reporta “à incerteza que os agentes têm sobre a propriedade do bem a ser trocado” (GALA, 2003, p. 100) e que, portanto, pode dificultar ou impedir uma transação em razão da ausência de segurança na proteção dos interesses dos agentes na transação.

O terceiro conceito é o de instituições. Estas são importantes para a redução das incertezas e dos custos de transação. Consistem, basicamente, em regras que disciplinam a conduta dos agentes. Podem ser formais ou informais, conforme procedam de agentes oficiais (leis escritas, por exemplo) ou dos códigos de conduta oriundos da própria sociedade. Incentivam, por serem regras, os agentes

a adotarem determinadas condutas. Compõem o que se designa de matriz institucional, expressão que se reporta ao arranjo institucional de uma sociedade. Em poucas palavras, as instituições são as regras do jogo.

Nesse ponto, a noção de instituição é ampla e contraria o pressuposto da economia neoclássica de que a motivação das condutas dos agentes é de maximização de interesses egoístas. As instituições são mais complexas. Aliás, como adverte Douglass North, quando se trata, por exemplo, de instituições informais – as quais influenciam o comportamento dos indivíduos –, “o altruísmo e outros valores que não maximizam a riqueza entram em jogo” (NORTH, 1993, p. 41).

A quarta categoria é a de organizações. Estes são os agentes da sociedade que atuam sob o pálio das instituições e que agregam diversos indivíduos com um objetivo comum. Há diversas tipos de organizações, do que dá exemplo o próprio NORTH (1993, p. 15)⁷⁶:

Os organismos incluem os corpos políticos (partidos políticos, o Senado, a prefeitura, a agência reguladora), os corpos econômicos (empresas, sindicatos, fazendas familiares, cooperativas), corpos sociais (igrejas, clubes, associações desportivas) e órgãos educacionais (escolas, universidades, centros vocacionais de capacitação).

Em uma metáfora, as instituições são as regras do jogo, ao passo que as organizações são as equipes que disputam um jogo sob essas regras. Instituições são o conjunto de regras formais e informais na acepção de Douglass North, e as organizações são os entes que “regulam as relações sociais” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 3). As organizações decorrem de esforços para reduzir os custos de transação, conforme “trabalhos de Coase, Barzel e Williamson” (GALA, 2003, p. 101).

As organizações interagem-se com o objetivo de satisfazer seus interesses sob o menor custo total, assim entendido o somatório do custo de transação com o custo de transformação (custos envolvidos para a produção, o que envolve também a tecnologia disponível para a atividade⁷⁷). Isso implica que, por vezes, elas podem atuar até mesmo para tentar mudar as regras do jogo, “mudando, portanto, a matriz institucional sob a qual estão operando” (GALA, 2003, p. 101). De fato, as organizações, ao se deparem com matrizes institucionais que majorem os custos de transação, poderão investir seus esforços tanto para adaptar-se a esse

⁷⁶ Tradução livre feita pelo autor da obra em espanhol de North.

⁷⁷ A propósito disso, ver Douglass NORTH (1993, p. 16).

novo arranjo institucional (investimento em atividade econômica para rearranjar a produção) quanto para conseguir a alteração da matriz institucional de modo a reduzir os custos transacionais (investimento em atividade política para mudar as regras). Seja como for, não há garantias de que a atuação das organizações propiciará, a longo tempo, uma situação eficiente, o que acaba refletindo no desempenho econômico de toda a sociedade.

As instituições e as organizações estão em constante relação: ora as instituições guiam as condutas das organizações, ora estas influem nas instituições, promovendo, inclusive, a sua modificação. A matriz institucional (instituições formais e informais) exerce inegável influência na conduta dos agentes. É um vetor de comportamento dos diversos agentes. Assim, para se servir de um exemplo, uma organização que promove a pirataria está a privilegiar uma atividade redistributiva mediante fraudes, mas o seu comportamento pode ser explicado pelos incentivos da matriz institucional de suas sociedades (GALA, 2003, p. 102).

Daí decorre que a história das sociedades são, em grande parte, explicadas pela evolução de suas matrizes institucionais.

Um quarto conceito desenvolvido por North é o de equilíbrio institucional, assim entendida a situação em que nenhum agente possui estímulos para modificar a matriz institucional (instituições formais e informais).

Uma quinta categoria relevante é a de *path dependence*, também conhecida como trajetória da dependência, *dependência del caminho* ou dependência de trajetória. Por esse conceito, quer-se apontar que as instituições tendem a sobreviver, ainda que ineficientes, em razão da inércia natural que as sociedades têm de manter as suas regras, o que realça a importância de conhecer a história de uma sociedade. Para se compreender uma sociedade, é preciso atentar para o seu passado e identificar como surgiram as instituições formais e informais, pois será, com muita dificuldade, que essa sociedade mudará a sua trajetória institucional. As mudanças ocorrem, em regra, de modo gradual e paulatino. É o que ensina o próprio NORTH (1993, p. 17)⁷⁸:

Ainda que as normas formais possam mudar da noite para o dia como resultado de decisões políticas ou judiciais, as limitações informais incorporadas no costume, na tradição e nos códigos de conduta são muito mais resistentes ou impermeáveis a políticas deliberadas. Essas limitações culturais

⁷⁸ Tradução livre feita pelo autor da obra em espanhol de North.

não somente conectam o passado com o presente e o futuro, mas também nos proporcionam uma chave para explicar o caminho da mudança histórica.

Para usar as palavras de GALA (2003, p. 103): “Como diz North, antes de tudo um historiador econômico, *history matters*”.

O fato é que, embora a função principal das instituições seja a de reduzir a incerteza de modo a “estabelecer uma estrutura estável (mas não necessariamente eficiente) da interação humana”, essa estabilidade “de nenhum modo contradiz o fato de que as instituições estão em mudança permanente” (NORTH, 1993, p. 16). A mudança institucional é constante, ainda que lenta, em razão do *path dependence*.

Diante de todas essas categorias, para sintetizar as premissas do institucionalismo de Douglass North, que se resume na sua obra *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, pode-se compilar tudo sob uma única sentença: o desempenho econômico de uma sociedade (*desempeño económico*) é, principalmente, fruto da sua matriz institucional (*instituciones*), que, ainda que de modo lento e sob a influência das contínuas interações entre as instituições e as organizações, está em constante processo de mudança (*cambio institucional*).

A título de exemplo de matriz institucional que desfavorece o crescimento econômico⁷⁹, Douglass North cita as condições reinantes em vários países de Terceiro Mundo, no qual os agentes econômicos e políticos interagem de modo a manter ou a criar instituições que favorecem atividades redistributivas não produtivas, a formação de “monopólios em vez de condições de competência e restringem oportunidades no lugar de aumentá-las” (NORTH, 1993, p. 21⁸⁰). Nesse ambiente institucional, os organismos “se tornarão mais eficientes para fazer a sociedade mais improdutiva e para fazer a estrutura básica institucional muito menos apropriada para a atividade produtiva” (NORTH, 1993, p. 21⁸¹). E essa trajetória descendente de desempenho econômico tenderá a persistir em razão de serem

⁷⁹ Criticando a NEI como ferramenta de análise das economias subdesenvolvidas, com inclusão da brasileira, Fábio Guedes Gomes ergue várias reflexões que, ao nosso aviso, partem de uma premissa equivocada acerca da NEI, ou seja, a de que – para usar as suas palavras – os “seus pressupostos teóricos têm por base a escola neoclássica” (GOMES, 2016, p. 3). Além disso, o referido autor parece ignorar que todas as causas por ele aventadas como causas do fraco desempenho econômico brasileiro – a exemplo das especificidades de poder herdadas do império colonial português – explicitam, na verdade, o que North inclui como instituições formais e informais, as quais influem decisivamente na trajetória econômica de cada país.

⁸⁰ Tradução livre feita pelo autor da obra em espanhol de North.

⁸¹ Tradução livre feita pelo autor da obra em espanhol de North.

elevados os custos de transação para mudar a matriz institucional (*path dependence*).

Os pressupostos da teoria neoclássica ignorava, por completo, toda essa realidade complexa e presumia um mundo sem instituições e sem custos de transação. Acontece que, na realidade, os agentes frequentemente atuam em um cenário complexo, em que faltam informações, em que há incertezas e em que as instituições induzem a adoção de comportamentos de ineficiência econômica. Aliás, nesse cenário, não se pode esquecer que “as instituições – ou, pelo menos, as regras formais – são feitas para servir os interesses de quem tem o poder de negociação para criar novas normas” (NORTH, 1993, p. 29).

2.3.3.3. Breves considerações sobre o pensamento de Oliver Williamson

Embora a abordagem de North se aproxime mais aos fins do presente estudo, esse fato não demite a possibilidade de, ainda que em breves linhas, tecer as principais considerações a propósito da vertente da NEI sob a ótica de Oliver Williamson.

Oliver Williamson desempenha papel central na Nova Economia Institucional. Ele “ressalta que as instituições importam (tal como os velhos institucionalistas) e destaca que estas são suscetíveis de análise (à diferença dos velhos institucionalistas)” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 8). A sua abordagem dá realismo à Economia Neoclássica, revolvendo conceitos de racionalidade limitada, oportunismo, formas de governança, custos de transação etc. A propósito, Richard POSNER (2009, p. 462), ao apreciar as ideias de Williamson, chega a afirmar que conceito de oportunismo é apontado como a única inovação verdadeiramente útil.

Williamson é considerado um dos principais desenvolvedores da Teoria da Economia dos Custos de Transação, que é utilizada nas reflexões da NEI. Em suma, essa teoria considera que o comportamento dos agentes são induzidos pelos custos de transação, de maneira que a estrutura institucional deve buscar reduzir esses custos. Se, por exemplo, as instituições formais e informais não assegurarem eficiência na garantia do cumprimento dos contratos, a tendência é que muitos

contratantes, por oportunismo, tenderão a descumprir os contratos, pois os benefícios obtidos serão superiores aos custos desse inadimplemento. Isso significa que, numa situação institucional deficiente como essa, os custos de transação (que incluem os esforços para o cumprimento forçado do contrato) serão altos, o que desestimulará a celebração de contratos ou elevará os preços praticados. Se, porém, a estrutura institucional – que envolve regras formais e informais – for eficiente em garantir o cumprimento dos contratos, o comportamento oportunista dos indivíduos será desestimulado, pois os custos da inadimplência serão maiores do que os benefícios. Deveras (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 9):

(...) 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.

Realmente, para a Economia dos Custos de Transação de Williamson, tanto o conceito de racionalidade limitada quanto o de oportunismo são repetidamente mencionados, pois, além de os indivíduos não terem efetivamente como agir de modo plenamente racional por inúmeros motivos (como a assimetria de informações), eles, por oportunismo, “não irão autoexecutar promessas de forma confiável, mas vão desviar da letra e do espírito de um acordo quando se ajusta aos seus propósitos” (WILLIAMSON, 2012, p. 352). Sobre isso, complementa WILLIAMSON (2012, p. 352), *in litteris*:

(...) Essa visão um tanto lúgubre da natureza humana alerta as partes contratantes (e aqueles que estudariam as práticas contratuais) a ser prudentes quanto aos perigos. Com certeza, suspeição e precaução podem ser levadas ao excesso e algumas vezes são (...). Contudo, uma atenção saudável ao oportunismo é essencial para um entendimento dos propósitos servidos pelos complexos modos de organização da vida econômica.

Dessa forma, para Williamson, as formas de governança serão arranjadas para enfrentar futuros descumprimentos contratuais e para reduzir as deficiências decorrentes da racionalidade limitada. A grande contribuição da abordagem de Williamson é investigar formas de arranjos contratuais ou societários que cumpram este objetivo: “elaborar estruturas de contrato e de governança que têm o objetivo e o efeito de economizar sob racionalidade limitada, enquanto simultaneamente salvaguardando as transações contra os perigo do oportunismo” (WILLIAMSON, 2012, p. xiv). Esse é o foco das organizações dentro de um determinado ambiente institucional.

Um aspecto importante é que a abordagem institucionalista leva em conta também regras informais, de maneira que, numa cultura em que a honra é sobrevalorizada, os indivíduos se sentirão inibidos a agir oportunisticamente por razões morais. Realmente, os custos do comportamento oportunístico de descumprir os contratos envolve prejuízos privados, como a mácula na reputação, e públicos, como a sanção judicial. Dessa forma, para desestimular a inadimplência, não se pode negar a importância de “razões de ordem individual e éticas trabalhadas em recente estudo de Posner sobre o papel das normas informais” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 9⁸²).

Ademais, a abordagem institucionalista não descarta as discussões acerca da proteção a consumidores ou a vulneráveis.

É que, em primeiro lugar, o pressuposto comportamental adotado é o da racionalidade limitada, em razão do qual se presume que os indivíduos possuem limites de conhecimento dos efetivos custos de transação. Os consumidores, por exemplo, por serem vulneráveis, podem receber uma proteção adicional por uma estrutura institucional que o proteja e lhe reduza os custos transacionais e informacionais.

Em segundo lugar, o institucionalismo (especialmente na vertente da NEI⁸³) e a AED não representam uma teoria da justiça, de maneira que, eventualmente, a depender da teoria de justiça adotada, a estrutura institucional poderá ser modelada de modo a adotar soluções que, em determinados casos, serão ineficientes financeiramente, mas, ao final, justas e protetivas de vulneráveis. Assim, a depender da teoria de justiça adotada, poder-se-á, por exemplo, criar regras de impenhorabilidade absoluta de bens e salários do devedor em execução, instituir direito a parcelamento da dívida ao executado nos termos do art. 916 do novo Código de Processo Civil (antigo art. 745-A do Código de Processo Civil de 1973) etc. Nesse aspecto, a abordagem institucionalista da AED permitirá que essas soluções jurídicas sejam tomadas com ciência da diagnose da realidade atual e da prognose que será gerada por essa opção.

⁸² A referência ao recente trabalho de Posner é este texto: POSNER, R.A. “New Institutional Economics meets Law and Economics”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149/1, 1993” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 15)

⁸³ A propósito das espécies de institucionalismo, ver capítulo 2.3.1.

2.3.4. Neoinstitucionalismo de Karl Polanyi

Em oposição à NEI, especialmente por pesquisas publicadas no *Journal of Economic Issues*, periódico mantido pela *Association for Evolutionary Economics*, uma nova vertente institucional emergiu com a designação de neoinstitucionalismo. Entre os principais autores, destaca-se Karl Polanyi, autor da famosa obra *A Grande Transformação* (POLANYI, 2000).

O neoinstitucionalismo se opõe ao NEI e, no dizer dos seus autores, aproxima-se mais às premissas da OIE. Isso, porque, na leitura desses autores, enquanto a NEI seria associada mais a um individualismo pela preocupação com as condutas dos indivíduos com base no auto-interesse, o neoinstitucionalismo prestigia uma visão mais holística da sociedade, considerando a escassez e o auto-interesse como apenas uma entre tantas outras variáveis da estrutura institucional. Além do mais, enquanto a NEI se abalançaria desfavoravelmente ao intervencionismo estatal, o neoinstitucionalismo é de pendor oposto (AGUILAR FILHO, 2009, p. 67). Outrossim, ao contrário da NEI, o neoinstitucionalismo reduz o papel do mercado, no sentido de considerar que ele, “quando muito, apenas dá cumprimento às instituições predominantes” (CONCEIÇÃO, 2007, p. 629). Com efeito, o neoinstitucionalismo afasta o livre mercado como forma adequada de alocação de recursos, por entender que a economia é muito mais complexa do que o mercado e, para a sua compreensão, é preciso perquirir questões como:

(...) a distribuição de poder na sociedade; a forma de operação dos mercados, enquanto complexos institucionais atuando dentro e/ou em interação com outros complexos institucionais; a formação de conhecimento, ou o que tem levado ao conhecimento em um mundo de radical indeterminação sobre o futuro; e, por fim, [o fato de que] a determinação da alocação de recursos, do nível de renda agregada, da distribuição de renda, e da organização e controle da economia decorre⁸⁴ do processo de causação cumulativa, que faz com que esses fenômenos interajam entre si, tal que cada um deles exerça impacto uns sobre os outros (Samueles, 1995, p. 571). (CONCEIÇÃO, 2007, pp. 629-630).

Karl POLANYI (2000), por meio do seu clássico livro *A Grande Transformação*, alerta que, apesar do inédito e vertiginoso crescimento do mercado de insumos e produtos com o desenvolvimento da tecnologia industrial no século XIX e XX, com a conseqüente multiplicação das riquezas materiais, essas

⁸⁴ Flexiona-se para o singular o verbo por se entender que o emprego do plural pelo texto expressa mera falha de digitação do autor.

transformações produziram consequências altamente destrutivas, do que dão prova “os acontecimentos que culminaram com a Grande Depressão de 1929 e precipitaram a derrocada da sociedade liberal” (AGUILAR FILHO, 2009, pp. 41-42).

Polanyi critica a economia formal, que assenta as suas análises do comportamento humano em especulações formais assentadas na matemática, como se os indivíduos agissem apenas por raciocínios de fins e meios ao impulso de um cenário de escassez de recursos. Embora a economia formal tenha propiciado ganhos teóricos, o preço disso foi o “completo distanciamento com relação ao entendimento econômico feito por outras disciplinas, tais como a sociologia, a economia institucional, a economia primitiva ou a economia histórica” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 42). A economia formal acaba por ignorar que a escassez e o auto-interesse são apenas uns entre outros vários elementos que inspiram a conduta humana, além de indevidamente tentar estender conceitos válidos apenas no sistema restrito do mercado (em que a noção de preço efetivamente tem relevância) para toda a sociedade. Numa relação de mãe e filho, por exemplo, essas noções da economia formal seriam inapropriadas.

Com base nisso, o raciocínio de Polanyi guia-se no sentido de aplaudir a economia substancial, que prestigia a vinculação dos indivíduos ao seu meio, o que obriga o economista a adicionar às suas reflexões aportes da história econômica e da antropologia social. E, com base nisso, Polanyi se vale do seu clássico conceito de *embeddedness* para, nas palavras de AGUILAR FILHO (2009, p. 44), afiançar que “a economia do homem, como regra, está *embeddedness* nas relações sociais”. Daí decorre que os motivos das trocas não repousavam meramente em interesses econômicos, mas principalmente em interesses sociais. Nesse contexto, prossegue AGUILAR FILHO (2009, p. 44):

(...) Pode-se, em consequência, afirmar que não há qualquer diferença entre as sociedades pré-capitalistas quanto a esse respeito. No feudalismo, por exemplo, a posse da terra era regulada por questões institucionais; além disso, o trabalho também estava inserido na própria de organização social.

Deveras, Karl Polanyi destaca que as relações sociais deveriam influenciar a economia dos indivíduos, pois esta deveria estar imersa (*embeddedness*) em um cenário de instituições culturais e sociais que o inspiram. Nas palavras do próprio célebre pensador austríaco (POLANYI, 2009, p. 65), *in verbis*:

A descoberta mais importante nas recentes pesquisas históricas e antropológicas é que a economia do homem, como regra, está submersa em suas relações sociais. Ele não age desta forma para salvaguardar seu interesse individual na posse de bens materiais, ele age sim para salvaguardar sua situação social, suas exigências sociais, seu patrimônio social. Ele valoriza os bens materiais na medida em que eles servem a seus propósitos. Nem o processo de produção, nem o de distribuição está ligado a interesses econômicos específicos relativos à posse de bens. Cada passo desse processo está atrelado a um certo número de interesses sociais, e são estes que asseguram a necessidade daquele passo. É natural que esses interesses sejam muito diferentes numa pequena comunidade de caçadores ou pescadores e numa ampla sociedade despótica, mas tanto numa como noutra o sistema econômico será dirigido por motivações não-econômicas.

Embora Polanyi não tenha detalhado o conceito de *embeddedness* (incrustado, inserido, imerso, embutido etc.), esse verbete foi utilizado em dois momentos de sua obra *A Grande Transformação* e acabou sendo adotado como uma referência das suas ideias em razão da capacidade de síntese dessa expressão (MACHADO, 2010, p. 74).

No primeiro momento em que se vale da expressão *embeddedness*, Polanyi condena as sociedades de mercado, que tornam as relações sociais cativas do sistema econômico e que fazem a sociedade se adaptar às leis do mercado, quando o correto seria o contrário: o mercado é que deveria se amoldar à sociedade. Com isso, Polanyi queria sustentar que o padrão do mercado, que se presta a garantir os negócios, deve estar em subordinação a outros valores que asseguram que uma sociedade goze de: (1) simetria entre seus componentes, o que propicia a realização de uma maior **reciprocidade**, ou seja, de um espírito de cooperação e de confiança; (2) relativa centralidade, o que é fundamental para a adequada **redistribuição** de riquezas; e (3) autarquia, o que prestigia uma **domesticidade**, assim entendido o princípio social pelo qual a produção deve servir para consumo próprio, ou seja, para satisfação de determinado grupo. Foi nesse contexto que POLANYI faz o primeiro uso da expressão *embeddedness* (embutido) neste excerto (2000, p. 76, *grifo nosso*):

Por outro lado, o padrão de mercado, relacionando-se a um motivo peculiar próprio, o motivo da barganha ou da permuta, é capaz de criar uma instituição específica, a saber, o mercado. Em última instância, é por isto que o controle do sistema econômico pelo mercado é consequência fundamental para toda a organização da sociedade: significa, nada menos, dirigir a sociedade como se fosse um acessório do mercado. **Em vez de a economia estar embutida nas relações sociais, são as relações sociais que estão embutidas no sistema econômico.** A importância vital do fator econômico para a existência da sociedade antecede qualquer outro resultado. Desta vez, o sistema econômico é organizado em instituições separadas, baseado em motivos específicos e concedendo um status especial. A sociedade tem que ser modelada de maneira tal a permitir que o sistema funcione de acordo com

as suas próprias leis. Este é o significado da afirmação familiar de que uma economia de mercado só pode funcionar numa sociedade de mercado.

O segundo momento em que Polanyi se serve do termo *embeddedness* é para reforçar o dito acima. O pensador austríaco destaca que os atos individuais de comércio **não** conduzem ao surgimento de sociedades em que predominam supracitados princípios de comportamento econômico⁸⁵ (como a reciprocidade, a redistribuição e a domesticidade), de maneira que esses atos comerciais devem ser colocados em posição de subordinação em relação a outros preceitos sociais. Após isso, POLANYI (2000, pp. 81-82, *grifo nosso*) lança mão da famosa expressão, aqui traduzida como “inseridos”, *in litteris*:

Nos amplos sistemas antigos de redistribuição, os atos de permuta e os mercados locais eram uma constante, porém em caráter subordinado. O mesmo se aplica onde a reciprocidade é a regra: aqui os atos de permuta são **geralmente inseridos** em relações de longo alcance que implicam aceitação e confiança, uma situação que tende a obliterar o caráter bilateral da transação. Os fatores limitantes surgem de todos os pontos do compasso sociológico: o costume e a lei, a religião e a magia contribuem igualmente para o resultado, que é restringir os atos de troca em relação a pessoas e objetos, tempo e ocasião.

Enfim, na visão de Polanyi, o indivíduo é motivado mais por sua posição social do que propriamente por um egoísmo material. Em uma sociedade tribal, como exemplifica POLANYI (2000, pp. 65-66), isso fica muito claro, pois a conduta dos seus integrantes será predominantemente regida pelo interesse da coletividade, de modo a garantir que nenhum de seus membros fique faminto.

Nessa toada, a análise institucional de Polanyi pressupõe uma interação entre o indivíduo e o seu ambiente natural e social. A economia, que é um dos aspectos dessa relação, deve ser compreendida em torno de três formas de integração: reciprocidade, redistribuição e troca. E, mediante a combinação dessas três formas, “a economia adquire unidade e estabilidade, *i. e.*, a interdependência e a recorrência das suas partes” (MACHADO, 2010, p. 73).

Nesse contexto, Polanyi aponta elogiosamente para sociedades cuja economia está *embeddedness*, relacionando o econômico com o não econômico, em contraposição às sociedades com economia em *disembedded*, que, por distanciarem o econômico do social, estão fadadas a ocasionar tragédias, a exemplo da que ocorreu no período do *Crack* de 1929.

⁸⁵ Trata-se de princípios da economia substancial, descritos por Polanyi na sua obra *A Grande Transformação* (SILVA, CALAZANS, GONZÁLEZ e SOUZA, 2011, p. 95).

Como crítica às formulações de Polanyi, ergue-se a de que a diferenciação, por ele feita, entre trocas sociais e trocas econômicas, para prestigiar a primeira como decorrente de uma economia em *embeddedness*, é vazia, pois todas as trocas são, ao mesmo tempo, sociais e econômicas. Com efeito, conforme destacado por Fernand Braudel⁸⁶ (*apud* AGUILAR FILHO, p. 46), autor afinado à NEI, coexistiram trocas socioeconômicas muito variadas durante os séculos. A tese de Polanyi sobre o *embeddedness* do econômico pelo social seria contrariada pela história. E, quanto aos conceitos de reciprocidade e de redistribuição, eles já seriam abrangidos pela NEI por constituírem formas econômicas. AGUILAR FILHO dá precisa síntese da crítica de Braudel a Polanyi, *in verbis*:

No segundo volume de *Civilização Material, Economia e Capitalismo* (1998), Braudel se contrapõe diretamente a Polanyi e a seus seguidores. A noção de que os mercados estavam *embeddedness* no social até o século XVIII, dependendo da explosão do capitalismo no século XIX para desvencilhar-se, é visto como uma criação da mente destes autores. Os controles de preços, argumento usado para justificar a ausência do mercado auto-regulado na era pré-revolução industrial, teriam existido e continuariam existindo. O que caracteriza o mercado, ao contrário, seriam as flutuações e confluências dos preços entre os mercados de uma dada zona, fenômeno comum.

Além do mais, as críticas a Polanyi também denunciam que a sua ideia de considerar que as economias de mercado estão em *disembedded* (desconectadas) das relações sociais significa aceitar que o enfoque mais adequado – ou talvez o único – para entender as sociedades de mercado seria o da economia formal. A propósito, AGUILAR FILHO (2009, p. 46), referindo-se a essa inferência da teoria de Polanyi, lembra, *in verbis*:

Isso não passou despercebido pelos seus críticos mais à esquerda, Godelier (1969), ou até mesmo para um institucionalista de feições mais neoclássicas, como North (1977, p. 709), para quem “[...] o padrão de mercado não se tornou absolutamente dominante nem mesmo no século XIX. Na sua ausência, algumas estruturas informais foram e são até hoje utilizadas para garantir a alocação dos recursos e a distribuição de renda em vários lugares”. Neste caso, em que a atividade produtiva não depende inteiramente da compra e venda de produtos nem dos conceitos de eficiência econômica, faz-se necessário um outro instrumental teórico alternativo à análise da economia neoclássica padrão.

⁸⁶ A propósito desse autor, que escreveu a *Civilização Material, Economia e Capitalismo*, uma obra que se tornou uma das referências da historiografia contemporânea, ver ROCHA, 1995.

2.3.5. Ponto de conciliação entre as vertentes institucionais: vantagens da NEI

Como se vê, a abordagem do neoinstitucionalismo - de que é destaque Karl Polanyi - defere menor importância às condutas voltadas ao enriquecimento material das sociedades, ao deitar holofotes sobre aspectos culturais, morais e sociais. E, sob essa perspectiva, o neoinstitucionalista pressupõe uma visão mais holística do mundo.

No tocante à NEI, a abordagem desenvolvida por seus principais autores, como Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, acaba articulando, com maior ênfase, aspectos econômicos das sociedades, embora reconheçam também o papel da cultura, da moral e de outros fatores não econômicos.

Nesse sentido, verifica-se que, em geral, os autores que demonstram maior afinidade aos debates travados sob a perspectiva da NEI inclinam-se por associar o crescimento econômico dos países a um arranjo institucional que prestigia valores liberais como o da livre-iniciativa. Por outro lado, os pensadores que geralmente laboram com os pressupostos do neoinstitucionalismo defendem modelos institucionais cujo foco esteja mais em prestigiar fatores não econômicos da sociedade.

Essa tendência, todavia, ao nosso aviso, não pode ser considerada como um compromisso da NEI com o neoliberalismo e do neoinstitucionalismo com modelos econômicos mais intervencionistas ou até marxistas.

É que, em verdade, a NEI, com os seus pressupostos, é neutra em relação ao tipo de arranjo institucional que cada sociedade deve adotar. O próprio Douglass North é textual ao afirmar que o objetivo de sua teoria é dar ferramentas para enxergar um problema e está “muito longe de proporcionar o tipo de hipótese que prove o que deve ser feito” (NORTH, 1993, p. 7). Ela apenas dá o diagnóstico e a prognose do resultado concreto (econômico ou de qualquer outra natureza) que cada arranjo institucional gerará, incluindo, dentro da matriz institucional, a cultura, a moral e outros fatores não econômicos. A escolha, porém, de se ter um modelo institucional que não gerará crescimento econômico está fora do campo de abrangência da NEI e deve ser buscada em teorias políticas ou em teorias da

justiça. Assim, por exemplo, não será a NEI, e sim a teoria de justiça ou política, que dirá se deve ou não ser mantido o arranjo institucional de uma sociedade tribal, que, como se sabe, não é voltada ao aumento de riquezas materiais, mas a outros tipos de ganhos não financeiros. Essa decisão, porém, será tomada com a ciência dos transtornos financeiros que poderão advir, de maneira que o jurista poderá, com essa ciência, pensar em formas criativas de aliviar ou eliminar esses decréscimos econômicos.

A NEI é perfeitamente conciliável com a intervenção estatal para garantir medidas que limitam a liberdade de contratar em favor da criação de uma sociedade mais solidária.

A tutela do consumidor, por exemplo, pode perfeitamente confortar-se sob os braços da NEI, como, a propósito, já destaca Fernando MENEGUIN (2012, p. 256), que, sob premissas da Análise Econômica do Direito e da NEI, chega a ironizar com a pecha de ingênuo quem pensa que a livre atuação do mercado consiga, sozinha, equilibrar as forças entre consumidores e fornecedores.

Igualmente, a NEI é idônea para respaldar outras finalidades de solidariedade, como a proteção de terras indígenas, por exemplo. E, quando aparelhada com as ferramentas da AED, a NEI consegue desempenhar o papel de demonstrar ao jurista as repercussões práticas de suas soluções, com o fim de que ele possa, com consciência, assumir a responsabilidade pela decisões. E, conforme já se deixou bem claro ao longo deste estudo, em momento nenhum, a AED ou a NEI equiparam a justiça ao que é eficiente financeiramente, pois o conceito de justiça não é o foco de suas reflexões. A AED e a NEI são extremamente abertas ao diálogo com outras várias disciplinas, para, sob o efeito do coquetel de aportes de diferentes áreas, permitir ao jurista indicar a solução que seja justa.

Enfim, a NEI não deve ser associada à economia neoclássica, pois, conforme já realçado, as premissas fantasiosas destas, desconectadas da realidade, são atacadas pelos autores da NEI.

Por outro lado, a abordagem neoinstitucionalista de Karl Polanyi centraliza, no debate, um aspecto que, embora esteja presente na abordagem da NEI sob a forma de instituições formais e informais, não ocupa o centro dos holofotes (até porque a NEI deixa esse aspecto a ser tratado por teorias políticas e de justiça). Trata-se da preocupação com que a busca por incremento de riquezas

materiais a qualquer custo não deve ser o leme que guiará a trajetória das sociedades, pois outros valores culturais, sociais e humanos devem ser também estimados. O grande problema, porém, é encontrar o ponto de equilíbrio entre esse mosaico de valores.

Ao nosso aviso, a vertente neoinstitucionalista de Karl Polanyi possui o risco de seduzir o seu incauto manuseador com uma percepção de demonização do lucro e do mercado, o que desandaria em uma sociedade castigada pelos transtornos da inviabilidade material. A NEI, porém, dada a sua maior neutralidade de abordagem e a sua maior clareza de instrumental teórico, constitui uma perspectiva analítica que, nas mãos de um pesquisador atento simultaneamente à realidade concreta e aos primados de justiça e de solidariedade, poderá gerar bons frutos.

E, de mais a mais, em relação à NEI, a sua principal força está no seu respaldo teórico-analítico, “pois, ao contrário de outras correntes institucionalistas, sua estrutura teórica está organizada com coerência suficiente para dar forma e sentido aos fatos”, o que abre “maiores possibilidades de fazer avançar o conhecimento” (AGUILAR FILHO, 2009, p. 77).

Seja como for, não se pode restringir a abordagem a apenas uma vertente de institucionalismo. A complexidade do mundo não autoriza a adoção de formas apodíticas e herméticas. Afinal de contas, apesar da diversidade de abordagens institucionalistas, o fato é que elas, ao prestigiarem os arranjos institucionais, acabam por, mesmo nas suas divergências, complementando-se e enriquecendo “o debate sobre mudança tecnológica, financeirização e instituições” (CONCEIÇÃO, 2007, p. 622).

E, embora o cabedal teórico da NEI pareça ser mais completo, por abranger não apenas os aspectos não econômicos como também os econômicos, de modo a deixar a quem o manusear a opção de, com a ciência das prováveis consequências, escolher um arranjo institucional em conformidade com a sua opção jurídica e política, o fato é que a melhor postura analítica será também considerar as contribuições produzidas pelas outras variações de institucionalismo.

2.3.6. Proximidade da NEI à AED

É inegável a elevada proximidade da AED com a NEI⁸⁷. A abordagem de ambas se preocupa com a realidade concreta, com a existência dos custos de transação, com os diversos fatores que induzem o comportamento dos agentes, com a necessidade de diálogo interdisciplinar e com a repulsa aos pressupostos irrealistas da economia neoclássica. Além disso, ambas as vertentes de pensamento possuem uma robustez teórica com neutralidade ideológica ou política, de modo que o seu ferramental teórico-analítico deve ser empregada tanto por autores de inclinações liberais até por aqueles de pendores marxistas.

Não é por outra razão que diversos autores adeptos da AED se valem das noções da NEI para enriquecer suas análises. Com efeito, a NEI representa um excelente pano de fundo para as discussões envolvendo a AED, como destaca Rachel SZTAJN (2005-A, p. 82):

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 de Direito.

No mesmo sentido, Bruno SALAMA (2009, p. 15), referindo-se à NEI mediante o emprego da expressão Teoria Neoinstitucionalista⁸⁸:

Um dos possíveis panos de fundo para o Direito e Economia - a meu juízo, o mais proveitoso - está na Teoria Neo-Institucionalista. Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa, pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”); (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas as outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar a complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação com a compreensão do mundo tal qual ele se apresenta, o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato

⁸⁷ Richard Posner explicita as pouquíssimas diferenças entre a NEI e a AED, mas, dada a irrelevância delas – que são incapazes de afastar os seus laços de irmandade gêmea univitelina –, limitamo-nos a remeter o leitor interessado por aprofundamentos para a leitura de POSNER (2009, p. 462-466).

⁸⁸ Como já realçado nesse trabalho, há certa confusão terminológica, diante da qual optamos por seguir a de que a nomenclatura neoinstitucionalista se reportaria a outras versões de institucionalismo, como a de Karl Polanyi. A propósito, ver capítulo 2.3.1.

aplicado (ênfatizando a racionalidade limitada, a incerteza e os custos de transação).

Com efeito, sob essa perspectiva da AED, ao se associar a concepção NEI com a noção de custos de transação, é viável a compreensão dos motivos de as diferentes sociedades adotarem arranjos institucionais que nem sempre produzem crescimento econômico. Isso explica por que essas estruturas institucionais persistem nas sociedades, ainda que sejam ineficientes do ponto de vista econômico. E – ressaltamos – a ineficiência financeira não necessariamente significa que a estrutura institucional é injusta, pois, conforme se destacou neste estudo, a AED e a NEI não são uma teoria da justiça.

A NEI “rejeita a premissa neoclássica de escolhas hiper-rationais e comportamento maximizador” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2), pois “a ação individual não é soberana tal como querem os neoclássicos, mas é influenciada pelas instituições formais e informais” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 3).

A abordagem institucional revela-se mais promissora ao ser estudada sob uma perspectiva de AED baseada no “conceito de racionalidade limitada desenvolvido por Hebert Simon” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2), de modo que se entende que os indivíduos possuem limitações cognitivas no momento de comportar-se.

A NEI reconhece que os indivíduos não se movem apenas por motivações de maximização financeira, mas também ao impulso de outros valores integrantes da respectiva matriz institucional. Assim, a NEI permite enxergar que, por motivações culturais e religiosas, os indivíduos de determinada sociedade poderão ser inclinados a comportar-se de modo não necessariamente coincidente com a maximização financeira. Eles, todavia, haverão de ser influenciados pela respectiva matriz institucional e, nesse exemplo, abalançar-se-ão a maximizar esses interesses culturais ou religiosos.

Uma das grandes vantagens da NEI é que ela revela os principais motivos que induzem os comportamentos dos indivíduos de cada sociedade. Ela dá um raio-x, um diagnóstico essencial a quem se aventura compreender uma determinada comunidade.

A AED permite que se verifique se essa estrutura institucional é eficiente, não apenas sob uma perspectiva financeira, mas também sob a

perspectiva dos valores que lá são estimados. A AED é útil para evitar desperdícios na consecução dos valores da sociedade. Se, por exemplo, a matriz institucional de uma comunidade indígena é a sobrevivência com manutenção da hierarquia estamental, a AED poderia ser útil para que esse modo de vida seja o mais eficiente possível. Nesse caso, a AED será empregada como um instrumento de conservação e consolidação da estrutura institucional.

Ainda nesse exemplo da comunidade indígena, a AED também poderá servir para mostrar as consequências materiais desse estilo de vida, num exercício de futurologia. Ela poderá, eventualmente, demonstrar que esse estilo de vida poderá acarretar aumento da mortalidade infantil, da pobreza, da ausência de acesso a tecnologias etc. Essas prognoses poderão ser objeto de reflexões de justiça e de democracia, de modo a poderem deflagrar um processo de mudança social. Realmente, a AED, ao ser alinhada a uma teoria de justiça, poderá também servir como instrumento de análise crítica e de transformação. Por exemplo, na supracitada comunidade indígena, a depender da teoria de justiça adotada, pode-se criticar a repressão às mulheres e o cerceamento da liberdade de alguns membros da sociedade que não se afeiçoam ao modo de vida imposto pela comunidade (suponha, por exemplo, que os pais possam assassinar filhos rebeldes à tradição). Nesse caso, a AED poderá ser útil para indicar os caminhos para as necessárias transformações sociais, caso em que é importante recordar que essas mutações são difíceis e geralmente paulatinas em razão do conceito de “path dependence”.

O fato é que a abordagem da NEI deve ser considerada pela AED, pois é inegável que as regras formais e informais com as quais são urdidas a matriz institucional de uma sociedade influem no comportamento dos indivíduos. Sem essa perspectiva, a AED corre “o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas” (SZTAJN e ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2).

2.3.7. Um pouco sobre a matriz institucional brasileira: bandeirantes, Macunaímas e Malasartes

A cultura do jeitinho de burlar as regras formais integra os valores de grande parte dos países da América Latina, onde, como lembra o professor colombiano André ROTH (2014) em palestra proferida em 2014 em Quito no

Equador, em alusão ao gol artilheiro do ídolo argentino nas quartas de finais da Copa do Mundo de 1986 no México, a mão de Maradona é tida como a mão de deus (ou, como divulgam nossos vizinhos latino-americanos, “la mano de dios”).

Na mesma América Latina, a cultura Malasarte, infiltrada na matriz institucional dos países, criam diversos heróis que, por meio de golpes de artilheiro ou até mesmo de violência, logram contornar as instituições formais de modo exitoso sob o apoio, o auxílio e o acobertamento da população. Essa irreverência às regras formais encontra raízes também em personagens do folclore ibérico, a exemplo do personagem da cultura portuguesa Pedro Malasarte (ou das Malasartes, ou Malazarte, ou Malas Artes) ou do seu correlato na cultura espanhola, o personagem Pedro Urdemales (ou Urdermalas, ou Urdimale, ou Ulimale, ou Unadimale), conforme lembra MELLO e CARVALHO (2001, p. 67). Esses personagens representam exemplos de indivíduos que, sem escrúpulo, agem com astúcia e engodos para obter vantagens e continuam vivos no imaginário dos países da América Latina.

Na Colômbia, o narcotraficante Pablo Escobar era reverenciado por grande parte da população com apelidos elogiosos, como *El Patrón*, *El Capo* ou *Don Pablo* (ESTADÃO, 2015).

No México, que até hoje possui seu território fatiado em diversas regiões de domínios de diferentes cartéis, um dos heróis mais notáveis do povo é o chefe do Cartel de Sinaloa, o mexicano Joaquín Archivaldo Guzmán, que, por sua baixa estatura, é batizado pela população como “El Chapo”.

No Brasil, a situação não é muito diferente.

Além de o malandro ser digno de ópera – conforme o talento de Chico Buarque identificou por meio de seus célebres musicais –, ainda sobrevive, no inconsciente brasileiro, a admiração pelos sucessos obtidos por figuras que rejeitam as instituições formais, do que são exemplos o famoso cangaceiro Lampião, os chefes de tráfico em morros do Rio de Janeiro etc. Não é à toa que Mário de ANDRADE (2001) resumiu a cultura brasileira no personagem Macunaíma, que é “o herói sem nenhum caráter”. Também não é por acaso que se pode incluir, entre as instituições informais do Brasil, a famosa “Lei de Gérson”, assim conhecida a recomendação que o famoso Canhotinha de Ouro da inexpugnável seleção brasileira de futebol de 1970 deu em uma propaganda comercial de cigarros: “O

importante é levar vantagem em tudo, certo?” (PAIVA, 2013). A doçura da cultura brasileira por essa lei que nunca foi revogada merece apelido com carinhoso diminutivo: “jeitinho brasileiro”. Até mesmo a Walt Disney dedicou ao Brasil um personagem famoso nos seus desenhos animados, o Zé Carioca, “um papagaio malandro que vive a enganar, ludibriar, mentir, levando vantagem em todas as situações” (PAIVA, 2013). Embora a nossa nacionalidade não empreste o nome a muitos modos gastronômicos (como o saboroso “filé à brasileira”), ela é copiosa em nacionalizar formas arditas de institutos jurídicos, do que dá exemplo a famosa “adoção à brasileira”. Darcy Ribeiro esclarecia, *in verbis*:

"Ser Macunaíma, o herói de nossa gente...só pode ser porque ele veste a carne que nos veste; porque é a carapuça que nos cabe, a nós brasileiros. Falo, é claro, não de nós, do clube dos contemplados, mas do brasileiro-massa, povão, desde sempre humilhado e ofendido, o que, aparentemente, é toda uma contradição." (Darcy Ribeiro *apud* PAIVA, 2013)

A inspiração Macunaíma da cultura brasileira é responsável por diversos fenômenos sociológicos, como os identificados Roberto DAMATTA (1997), que, por exemplo, denuncia a tendência brasileira de as autoridades auferirem vantagens por conta de suas posições. Trata-se do vulgo “Você sabe com quem está falando?”, nas palavras de DAMATTA (1997, p. 193).

Diante desse cenário, diversos autores realizaram pesquisas sob a perspectiva da NEI para demonstrar que, na matriz institucional brasileira, persistem vestígios da malandragem na formação das instituições informais, características essas cuja mudança é gradual e difícil em razão do *path dependence*.

É nesse sentido que se posiciona a riquíssima tese de doutoramento intitulada “O Institucionalismo de Douglass North e as Interpretações Weberianas do Atraso Brasileiro”, lavrada por Hélio Afonso de AGUILAR FILHO (2009), que, posteriormente, em coautoria com o orientador de sua tese – o professor Pedro Cezar Dutra Fonseca – redigiu o artigo “Instituições e Cooperação Social em Douglass North e nos Intérpretes Weberianos do Atraso Brasileiro” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010).

Com efeito, a NEI de North presume que o desempenho econômico de uma sociedade depende da sua matriz institucional. Para North, uma matriz institucional própria ao bom desempenho econômico deve, entre outras virtudes, ter a de estimular mecanismos de cooperação entre os agentes, o que pode ser obtido

mediante a redução dos custos de transação (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 552).

Ambientes institucionais que sejam propícios a que os agentes se comportem com oportunismo redundam em majoração dos custos de transação e os custos de transformação. De fato, além de as incertezas dos indivíduos se amplificarem em negócios travados nesses tipos de ambientes – o que acaba por dificultar ou mesmo inviabilizar a troca (custos transacionais) –, é atingido o próprio desenvolvimento de tecnologias úteis a reduzir as despesas com a transformação dos insumos em produtos ou serviços (custos de transformação), pois os valores e a cultura das sociedades “estimulam ou brecam a utilização de técnicas mais produtivas assim como o desenvolvimento de novas” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 555). Em suma, os custos totais de produção (que é a soma dos custos transacionais com os de transformação) aumentam em ambientes institucionais como esses.

Além disso, independentemente da existência de oportunismo, o nível de personalidade influi tanto no custo de transação quanto no custo de transformação, conforme bem resume AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 555:

De forma geral, em sociedades fundadas em densas redes de relações, por exemplo, os custos de transformação são altos e os custos de transação baixos. Isto porque os custos de verificação e de garantia dos direitos de propriedade são reduzidos em virtude de os vínculos entre os indivíduos possuírem natureza pessoal (Fiani, 2002). Em sociedades mais complexas, isto é, aquelas que contam com mercado de capitais desenvolvido e/ou com empresas que empatam grande volume de capital fixo, nas quais as relações nos mercados são tipicamente impessoais, entretanto, os custos de transformação são baixos (o desenvolvimento do mercado permite a concorrência entre um maior número de agentes, promovendo a eficiência e a redução de custos), porém os custos de transação são altos. Para garantir o intercâmbio, é necessária uma maior intervenção deliberada na formulação de instituições, que a princípio são custosas.

Nas sociedades modernas, a tendência à impessoalidade é maior, do que decorre o aumento dos custos de transação e, por consequência, a necessidade de as instituições serem reformuladas para reduzir essa tendência de majoração desses custos.

Nesse contexto, sociedades que estimulem associações impessoais e cooperações complexas (assim entendidas as cooperações envolvendo participação cívica e o sentimento de reciprocidade recíproca sem contrapartida imediata no

presente) geralmente costumam obter níveis mais reduzidos de custos transacionais e de produção.

Acresça-se que a participação cívica possui ainda o efeito de legitimar as instituições formais e, assim, um ambiente hierarquizado em que as regras são impostas verticalmente e em que o cumprimento dessas regras reclamam uma estrutura coercitiva demasiadamente onerosa (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 557).

No caso brasileiro, grande parte do seu atraso econômico pode ser creditado à sua matriz institucional conspurcada por valores do estilo Malasarte⁸⁹. Nesse sentido, AGUILAR FILHO e FONSECA descortinam que três famosos autores de inspiração weberiana – Sérgio Buarque de Holanda, Vianna Moog e Raymundo Faoro -, confirmam essa constatação, ao desvelarem “as relações patriarcais e patrimoniais existentes ao longo da história do Brasil como a fonte do seu personalismo, antítese da racionalidade econômica capitalista e do desenvolvimento econômico” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 552).

Para esses intérpretes weberianos, a impessoalidade é uma exigência do capitalismo racional, de maneira que o personalismo lusitano foi bem sucedido somente até o surgimento do capitalismo industrial de cunho racional, quando essas instituições embebidas de personalismo e o tipo de cooperação que elas estimulam se tornaram “as principais causas do ‘atraso’ brasileiro” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 559).

Com a sua obra *Raízes do Brasil* (HOLANDA, 1995), Sérgio Buarque de Holanda aponta que, no período imperial, o Brasil foi marcado por um arranjo institucional que, de um lado, negligenciava o mérito pessoal e a ordem e que, de outro lado, favorecia a prática da fidalguia.

A falta de ordem e de mérito pessoal decorreu da cultura da personalidade dos ibéricos⁹⁰, que condicionavam a solidariedade e a cooperação à

⁸⁹ É evidente que há outras deficiências institucionais que poderiam ser tidas como concausas do atraso econômico brasileiro, mas, por questão de recorte teórico, este estudo se absterá de revolvê-las.

⁹⁰ Sérgio Buarque de Holanda lembra as particularidades históricas das nações ibéricas, que, somente “a partir dos grandes descobrimentos marítimos (...) entraram mais decididamente no coro europeu” (HOLANDA, 1995, p. 31). Isso fez com que fosse desenvolvida uma cultura quase à margem dos vizinhos europeus, o que singulariza a “região indecisa entre a Europa e a África, que se estende dos Pireneus ao Gilbratar” (HOLANDA, 1995, p. 32). De fato, “nenhum desses vizinhos soube desenvolver a tal extrema essa cultura da personalidade, que parece constituir o traço mais decisivo na evolução da gente hispânica, desde tempos imemoriais” (HOLANDA, 1995, p. 32).

existência de sentimentos pessoais, e não de interesses. A esses fatores e a essas práticas do favoritismo pessoal se une a desvalorização da moral do trabalho.

No modelo teórico de North, sociedades menos complexas onde há poucas interações e poucos jogadores logram maiores resultados econômicos quando possuem um arranjo institucional que faça os intercâmbios serem mais personalizados e com uma ordem mantida por sanções pessoais. Isso explica a formação e o sucesso da colonização no Brasil por meio de uma matriz institucional baseada na “cultura da personalidade do português, com sua plasticidade e pouca disposição para o trabalho, contrária ao ânimo que gera as empresas metodicamente racionais” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 561).

Sociedades mais complexas, todavia, exigem meios de socialização e de sanção assentados em formas de confiança mais impessoal, incompatíveis com arranjos baseadas em relações familiares ou de fidalguia.

Acontece que, no caso brasileiro, com o ocaso do Império e a emergência de um ambiente mais complexo guiado pelo capitalismo, o arranjo institucional de índole patriarcal e personalista subsistiu. É por isso que “não era de se estranhar que houvesse ingerência de ordem familiar nos negócios públicos, com consequências sobre a distribuição de benefícios econômicos” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 562). É como destaca HOLANDA (1995, pp. 145-146):

No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento da cidade, mas também dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje.

Não era fácil aos detentores de posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.

A persistência de uma estrutura institucional baseada no personalismo e no patriarcalismo contribuiu vigorosamente para o atraso brasileiro. Na prática, por

conta do personalismo vigorante nos valores da sociedade, o Brasil viveu a oscilar entre o despotismo e a democracia, pois “a estabilidade requerida para refrear as paixões típicas do personalismo ibérico exigia sempre controles externos, vindos de cima para baixo” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 563). A própria repartição de terras no Brasil, tisonada por uma concentração de terras exagerada, é fruto dessa cultura.

Vianna Moog, com seu clássico *Bandeirantes e Pioneiros* (MOOG, 2000), também revela as deficiências institucionais que contribuíram para o “atraso” brasileiro.

Após longo período de visita aos Estados Unidos, frequentando diversos locais e conversando com todas as espécies de indivíduos, com banqueiros e professores, com diplomatas e comerciantes, com “milionários e mendigos designados eufemisticamente como vendedores de maçã e lápis, com estudantes e comerciários, com agentes do FBI e ex-gangsters devotos de Al Capone” (MOOG, 2000, p. 18), Vianna Moog enxergou diferenças substanciais na formação cultural da população ianque em relação à brasileira, associando a primeira à figura dos Pioneiros e a segunda à dos Bandeirantes. Essas diferenças culturais, e não as antediluvianas teses de supremacia racial do anglo-saxão em relação ao coquetel de raças do Brasil, seriam uma das causas de os EUA terem obtido mais notável desempenho econômico do que o Brasil, “apesar de contarem, no tempo, um atraso de mais de um século – que a tanto remonta os anos decorridos entre a descoberta do Brasil e a chegada dos imigrantes do *Mayflower* ao Novo Mundo, marco inicial teórico da história americana” (MOOG, 2000, p. 20). Alerta-se que Vianna MOOG (2000, p. 12) deixa claro que outras causas podem ser ventiladas diante das inúmeras variáveis que rondam o tema, mas não esconde que as suas reflexões, ao menos, iluminam perspectivas novas de análise.

Enfim, na visão de Moog, não apenas fatores materiais devem ser levados em conta, mas também aspectos culturais. A cultura brasileira pode ser associada aos Bandeirantes em razão de a sua formação encontrar, no seu berço, o espírito de busca de riquezas fáceis e rápidas, numa demonstração de afeição à aventura e de desvalorização do trabalho (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 563). Os bandeirantes são simbólicos desse espírito, pois, com golpes de aventura e de cobiça, desbravam as densas matas interioranas do Brasil em busca de encontrar

ouro, prata e diamante, sem qualquer compromisso de, por meio do trabalho, construir uma estrutura estável de produção de riquezas.

Contrariamente, a formação cultural norte-americana se associa à figura dos Pioneiros, por envolver, no seu berço, indivíduos que, por meio do árduo trabalho, construíram as bases econômicas de seu território. A figura do *farmer* – aquele que efetivamente exerce a agricultura e cativa clientes – e a do comerciante são prestigiadas, ao contrário da tradição bandeirante do Brasil, que, no exercício de uma suposta *noblesse oblige*, desdenhavam atividades manuais e as entregavam aos escravos e aos infortunados.

Enfim, o modelo mental do bandeirante integra, até os dias atuais, as instituições informais do Brasil e subjaz ao surgimento do herói Macunaíma, do Zé Carioca, da Leis de Gérson e do malandro. Esse perfil afeito ao oportunismo e ao desdém ao trabalho, especialmente após a fase colonial, acabou sendo um estorvo ao desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido, averbam AGUILAR FILHO e FONSECA 2010 (p. 564):

Do ponto de vista da teoria de Douglass North, a explicação provável para o descompasso brasileiro é que, nas condições de não cooperação e oportunismo que esse modelo mental incentivou, os agentes econômicos se empenharam cada vez mais em desenvolver conhecimento e aptidão para o ganho rápido e menos para a atividade econômica estável e ordinariamente lucrativa. Nesse caso, o problema ocorre porque, na ausência de instituições que criem elos entre autointeresse e solidariedade de grupo, a transição para formas mais complexas de organização torna-se custosa, pois aumenta o prêmio para a deserção. Para Moog, assim como para Sérgio Buarque, o que predominou no Brasil foram valores bem particularistas, contrários àqueles que formentam as relações cívicas. Para Sérgio Buarque esses valores tinham a sua predominância baseada no domínio do mundo rural sobre o restante da sociedade. No caso do autor de *Bandeirantes e Pioneiros*, o motivo principal, como visto, foi o predomínio do espírito predatório das bandeiras sobre as formas construtivas de trabalho orgânico. Em ambos os autores o ambiente criado não permitiu condições para o desenvolvimento dos atributos típicos de uma sociedade moderna. Um dos reflexos dessas condições é a não existência de uma esfera pública dissociada da ordem privada.”

Não exigirá grandes esforços inferir que, em um ambiente institucional como o desenhado no Brasil, os custos de transação e de produção tenderão a ser elevados, o que deporá contra o progresso econômico e conspurcará estes princípios tidos pela teoria econômica recente como essenciais à estabilidade social e ao crescimento econômico: “o autossacrifício e o reconhecimento por parte dos agentes sociais das obrigações coletivas” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 565).

Sob as reflexões de Raymundo Faoro, autor do clássico “Os Donos do Poder” (FAORO, 1979-A e 1979-B), similar resultado será obtido.

Faoro aponta que, sob a influência do seu passado marcado pela colonização portuguesa, que, no lugar de criar uma pátria no Brasil fazia da nova terra um mero prolongamento da Coroa, o Brasil desenvolveu um *capitalismo politicamente orientado*, assim designado o modo como o Estado brasileiro é comandado por uma comunidade política que conduz os negócios públicos com base “no prestígio da camada e na honra social” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 567).

O patrimonialismo imperante na estrutura estatal brasileira “torna o particularismo e o favoritismo os principais critérios de ascensão social”, o que “impede o florescimento da calculabilidade e o pleno desenvolvimento das potencialidades dos agentes econômicos, porque o Estado não assume o papel de fiador de uma ordem jurídica impessoal e universal” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 567).

Além disso, diante da distância do Estado em relação à sociedade, esta acaba por criar suas próprias regras de conduta, inaugurando um ambiente de pluralismos normativos e de informalidades, tudo porque “as leis, no geral, não refletem os costumes e tradições sociais” (AGUILAR FILHO e FONSECA, 2010, p. 567).

Diante disso, à luz do NEI de North, a consequência é que a matriz institucional brasileira não inspira confiança nos agentes, dá ensejo a comportamentos oportunistas, cria insegurança quanto à definição dos direitos de propriedade, enfim, aumenta os custos de transação e de produção, o que reflete diretamente no seu desempenho econômico.

É verdade que muitos dos aspectos da cultura brasileira apontados pelos intérpretes weberianos se modificaram ao longo do tempo, mas, apesar dos avanços, o fato é que a essência dessa cultura Malasarte dá possantes sinais de sobrevivência, alguns dos quais são vistos nos noticiários e outros dos quais, por se manterem homiziados ao conforto da cultura Macunaíma, somente são identificados no cotidiano, sem rastros de provas.

O fato de vir a público algumas dessas fraudes dá esperanças de que há um combate à cultura Malasarte; todavia, como se sabe, milhares de fraudes

conhecidas por quem vive o dia-a-dia no Brasil sequer chegam a ser explicitados na imprensa ou alvejados pelos órgãos policiais e repressores em razão de estarem protegidas pela arte feiticeira da malandragem.

2.4. Novo Direito e Desenvolvimento

A perquirição do papel do Direito para o desenvolvimento de cada nação é o foco de análise do Novo Direito e Desenvolvimento. Em suma, o objeto de análise dessa escola é, num ambiente de intersecção entre o direito e a economia sob o pano de fundo das práticas institucionais, investigar a função do direito no processo de desenvolvimento, ou seja, entender “de que forma o sistema jurídico de uma determinada nação influencia de modo positivo (direito como facilitador) ou negativo (direito como barreira) na mudança estrutural da sociedade em busca de progresso econômico e social” (ZANATTA, 2011, p. 1).

Numa primeira versão, a que se pode assinar o nome de velho *Law and Development*, no idos da década de 1960, pretendia-se, grosso modo, garantir o desenvolvimento dos países periféricos mediante a simples transposição das instituições vigentes nos países desenvolvidos. Esse objetivo alimentou diversas agências internacionais, como a *United States Agency for International Development* (USAID), interessadas em reformar sistemas jurídicos em meio às tensões da Guerra Fria. Como lembra ZANATTA (2011, p. 2), *in verbis*:

(...) Havia um enorme plano estratégico, colocado em prática por John Kennedy a partir de 1961, voltado à elaboração de “receitas desenvolvimentistas” de como os países latino-americanos e africanos (muitos com novos governos independentes) poderiam atingir o nível de industrialização de países como os Estados Unidos a partir da repetição da experiência histórica de modernização capitalista ocorrida no Ocidente. O objetivo político, mesmo que não declarado, era o de acelerar o processo de aproximação entre o “Terceiro Mundo” e os países capitalistas desenvolvidos de modo a evitar o avanço de ideias socialistas revolucionárias (a “ameaça de comunização”), tal como ocorrida em Cuba em 1959. Como resultado desse esforço de reestruturação da política externa do país, juristas das principais universidades estadunidenses foram chamados para integrar instituições responsáveis pelo auxílio à modernização dos sistemas jurídicos dos países em desenvolvimento e deram início ao movimento, surgido dentro do campo de estudos *law and modernization*, intitulado *law and development*.

Portanto, o movimento do Direito e Desenvolvimento nada mais era do que o conjunto de medidas e de estudos voltados a prestar assistência jurídica em prol dos países em desenvolvimento. Havia a confiança de que, ao se “modernizar”

o sistema desses países ao impulso dessa assistência externa, “eles iriam construir instituições e culturas jurídicas similares àquelas que estimularam o desenvolvimento político e econômico do ocidente” (Trubek *apud* ZANATTA 2011, p. 2).

Esse primeiro projeto do Direito e Desenvolvimento se frustrou, por ignorar a realidade institucional, histórica e social de cada país. Realmente, para recordar o professor Frederico Henrique Viegas de LIMA (2010, p. 16), que, lembrando advertência de Joaquín Guimarães, afirma que “não se pode transportar um instituto de um país a outro como se fosse um trator ou uma geladeira”.

O arrefecimento do velho Direito e Desenvolvimento ocorreu no final da década de 1960 e início da década de 1970, com a ascensão de governos totalitários na América Latina. Concorreu, ainda, para esse esfriamento do movimento a crítica feita por David Trubek e Marc Galanter – juristas que integravam o movimento – no sentido de que a metodologia adotada seria ineficaz diante das condições socioeconômica dos países em desenvolvimento e, na verdade, seria responsável por “aumentar a desigualdade, tolher a participação, restringir a liberdade individual e impedir esforços para aumentar o bem-estar material” (Trubek e Galanter *apud* ZANATTA, 2011, p. 4).

A segunda versão, batizada como Novo Direito e Desenvolvimento (NDD), seguiu caminho diverso, reconhecendo as idiossincrasias de cada país nas formulações de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento. O NDD se gaba da virtude de levar em conta “a diversidade intelectual, com a contribuição de intelectuais de países em desenvolvimento e com a certeza de que a produção normativa deve refletir experiências históricas e sociais únicas a cada país” (BARRAL, 2012, p. 20). Como um dos pais dessa corrente, pode-se invocar o nome do professor emérito da Universidade de Wisconsin David Trubek, que lançou as bases principais desse movimento, ao qual aderiram autores como Mário Schapiro e Diogo Coutinho. E, sob esse diapasão, retinam reflexões de outros pensadores, como os economistas Alice Amsden, Dani Rodrik e Ha-Joon (ZANATTA 2011, p. 8).

O NDD se preocupa em promover o desenvolvimento, sem descuidar das particularidades de cada nação. E, por isso, o jurista que se vale da lições do NDD tem o dever de ser humilde e de “confessar as inúmeras barreiras que – por

estática ou por mentalidade – impedem modificações mais rápidas, mesmo em ordens juridicamente ineficientes” (BARRAL, 2012, p. 21).

Na percepção do NDD sob a batuta dos seus principais pensadores – como David Trubek, Mário Schapiro e Diogo Coutinho –, prevalece uma visão que, embora rejeite a proposta de mera implantação de ortodoxa governança pró-mercado como a via de desenvolvimento a ser adotada pelos países periféricos⁹¹, defende que uma postura criativa, experimentalista e democrática na formulação de soluções jurídicas que, amparados na empiria, considerem as particularidades sociais e culturais de cada nação. Em outras palavras, para essa vertente do NDD:

(...) não há uma fórmula pronta para o desenvolvimento, devendo o conhecimento entre direito e desenvolvimento ser buscado de forma empírica, considerando as complexidades culturais do contexto local e o papel das instituições informais. (ZANATTA, 2011, p. 7).

Essa perspectiva do NDD se opõe ao modelo neoliberal e à doutrina do *rule of law*, por enxergar, na liberalização acentuada da economia, um trajetória de aumento das desigualdades e de insucesso econômico dos países subdesenvolvidos e por imputar a esse projeto de reformas desestatizantes e desreguladoras a responsabilidade pelas crises de 1997 (Tigres Asiáticos), 1998 (Rússia), 1999 (Brasil) e 2001 (Argentina). No lugar dessa proposta neoliberal, o NDD de Trubek almeja, com criatividade, desenvolver um modelo pelo qual o Estado deveria estar presente em um desenho institucional que coordene a atividade econômica, corrija falhas de mercado, promova políticas macroeconômicas e estimule o desenvolvimento. E, para essa perspectiva, colaboram as reflexões de Amartya Sen, que, com suas críticas à visão meramente material do desenvolvimento, confluíram para levar “o Banco Mundial a adotar um novo padrão de mensuração centrado nas liberdades e capacidades” (ZANATTA, 2011, p. 8). Dessa forma, dentro da mensuração do nível de desenvolvimento de uma nação, também há de serem considerados aspectos relacionados ao bem-estar dos indivíduos (como saúde e educação) e outros aspectos não estritamente financeiros (como energia, água, telecomunicação, meio-ambiente sustentável, governo efetivo,

⁹¹ Após relatar a transição do modelo de Estado Keynesiano (ou de *Welfare State* nacional) para uma concepção de Estado schumpeteriano (ou de *Workfare State* pós-nacional) no ambiente das crises da década de 1970 e de 1980 e após indicar a prevalência de um modelo de Direito e Desenvolvimento baseado em projetos neoliberais de estímulo ao empreendedorismo, à proteção forte de direitos de propriedade (*strong private property rights*), ao livre mercado, ao livre comércio e à definição das “regras do jogo” para a segurança do mercado, tudo sob a influência teórica do *New Institutional Economics* de Douglass North e de Oliver Williamson, ZANATTA (2011, p. 7) noticia que o NDD sob a influência de Trubek propõe “uma nova agenda de pesquisa em direito e desenvolvimento voltada ao pluralismo e experimentalismo institucional”.

sistema judiciário e financeiro em bom funcionamento, políticas estratégicas setoriais – setor rural, por exemplo). Nesse sentido, o economista-chefe do Banco Mundial nos anos de 1997 a 2000, Joseph Stiglitz, ao criticar essa instituição, “propôs a superação da visão técnica e estreita de desenvolvimento para uma concepção centrada no processo democrático de transformação endógena da sociedade” (ZANATTA, 2011, pp. 8-9).

O próprio Banco Mundial, conforme anota ZANATTA (2011, p. 9), está a reconhecer que, *in verbis*:

(...) reformas *top down* não são efetivas e que “não há um único leque universal de regras” que garantam o desenvolvimento (World Bank, 2005, p. 8). O único caminho é o experimentalismo e o processo de descoberta (*learning by doing*). O desempenho econômico de países que adotaram políticas experimentais de coordenação do setor público e privado parece confirmar essa tese.

O NDD não indica uma solução pré-definida, por reconhecer que “toda solução é parcial e temporária, toda teoria é falível e necessita de revisão constante; nenhuma verdade pode se pretender universal e definitiva” (RODRIGUEZ, 2007, p. 306).

Há margem de abertura para a construção de diversas soluções jurídicas sob a perspectiva do NDD de Trubek, inclusive com a possibilidade de se adotarem algumas premissas de vertente neoliberal, se a experiência empírica e a realidade cultural e local o credenciarem. É fato que propostas de viés marxista não parecem encontrar arrimo no NDD, pois este, na verdade, acaba por trabalhar sob a perspectiva de promover um desenvolvimento econômico com base em um capitalismo guiado, pelo direito, rumo à promoção do desenvolvimento, da justiça e do bem-estar em compatibilidade com as particularidades de cada nação.

Enfim, para o NDD, não há fórmulas pré-acabadas; é preciso tentar criar e experimentar novos arranjos institucionais, com atenção à empiria, às idiossincrasias culturais e sociais, à promoção do bem-estar da população e à inegável influência que cada país sofre de forças globais: “o direito deve lidar com o impacto crescente de forças globais no direito como o crescimento do direito transnacional” (ZANATTA, 2011, p. 10).

2.5. Análise Jurídica da Política Econômica – AJPE

Seguindo o influxo do NDD e criticando as abordagens que prestigiariam a eficiência econômica em detrimento do justo⁹², a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE) é uma formulação analítica desenvolvida no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) sob a batuta do professor Marco Faro de Castro, para definir os contornos do Direito, da Economia e de outras disciplinas na formulação de políticas econômicas. Como textos seminais da AJPE, destacam-se estes: “Análise Jurídica da Política Econômica” (CASTRO, 2009), “Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da Análise Jurídica da Política Econômica” (CASTRO, 2011) e “Novas Perspectivas Jurídicas sobre a Reforma da Política Pública” (CASTRO, 2013). E, como espaço virtual para discussão de temas atuais sob a perspectiva jurídica e interdisciplinar da AJPE, há o Blog “Direito – Economia – Sociedade” (ECONOMIA LEGAL, 2016).

O foco de abordagem da AJPE decorre da percepção de que não é a Economia o guia do Direito, e sim o contrário. Em linhas gerais, a AJPE defende “o que é ‘bom’, ‘correto’ ou ‘justo’ do ponto de vista originariamente jurídico” (CASTRO, 2011, p. 30), de modo que as políticas econômicas devem ser feitas para assegurar a efetivação do justo, ainda que não seja eficiente financeiramente. De qualquer forma, a AJPE não ignora a necessidade de haver viabilidade material para a concretização, pois expressamente defende a tentativa de harmonizar o Direito e a Economia, sob pena de surgirem disfunções indesejadas. Esclarecedora é esta averbação de Marcus Faro de CASTRO (2011, p. 31):

Em qualquer caso, segundo a AJPE, é melhor que haja convergências práticas entre as prescrições advindas de cada uma das duas disciplinas (a economia e o direito). Se não houver estas convergências, isto é, se as convergências não puderem ser continuamente estimuladas com base em inovações intelectuais canalizadas por meio dos apoios discursivos mencionados, a tendência é que se produzam disfunções ou limitações indesejáveis, tanto no âmbito da economia de mercado e dos potenciais benefícios dela emanados (prosperidade, avanço tecnológico ágil, desenvolvimento), quanto no âmbito da efetividade dos direitos subjetivos de que são titulares os cidadãos.

A AJPE não ignora a carência de consenso sobre o formato a ser adotado para conciliar o diálogo entre o Direito e a Economia, mas encoraja o jurista

⁹² Para a AJPE, essas abordagens de sobrevalorização do aspecto financeiro são creditadas à AED, mas, conforme exposto no capítulo 2.2.2.1., essa imputação decorre de uma inadequada impressão conceitual da AED e se endereça mais à já ultrapassada versão fundacional adotada por Richard Posner ao buscar a definição de justo.

a, com criatividade e com interação interdisciplinar, buscar uma solução (CASTRO, 2011, p. 30-31).

Além do mais, a AJPE invoca ter maior abertura interdisciplinar do que a AED, pois não se prenderia aos postulados da microeconomia – como ocorreria com a AED –, mas buscaria, *in verbis*:

dialogar com diferentes disciplinas (história, história econômica, sociologia política, sociologia econômica, antropologia econômica etc.) e diversas escolas de análise econômica, em especial com as que trouxeram contribuições sobre requisitos institucionais do desenvolvimento, sem, contudo, prenderem-se exclusivamente à “métrica do crescimento da renda” para avaliá-lo. (CASTRO, 2011, p. 30).

A AJPE mantém ponte de diálogo com o NDD, pois ambos adotam, como finalidade última das políticas públicas, a realização da Justiça, o que reclama discussões acerca de medidas de intervenção do Estado na economia e na sociedade. A AJPE, porém, se distinguiria do NDD, por possuir um maior grau de abertura interdisciplinar e por desenvolver procedimentos analíticos próprios.

Para a AJPE, a interdisciplinaridade é essencial, pois, ao se transitar em terrenos como o da sociologia e o da antropologia, torna-se fácil perceber que há valores não econômicos a serem prestigiados na promoção da justiça e do desenvolvimento.

Na abordagem da AJPE, as políticas econômicas devem ser formuladas de modo a garantir a efetiva fruição de direitos, levando em conta os acertos democraticamente construídos acerca do cenário ideal de cada sociedade, ou seja, levando em conta o pacto social. Para a AJPE, sem efetiva fruição de direitos fundamentais, não há justiça econômica e social.

Em uma síntese apertadíssima, a AJPE pode ser resumida às palavras-chave “fruição de direitos”: o foco da AJPE é garantir a efetiva fruição e direitos pelos indivíduos.

A AJPE não coaduna com abordagens metafísicas, mas sobrevaloriza a verificação empírica da fruição de direitos. Além disso, ela não se contenta com soluções predefinidas e imutáveis, mas compactua com a ideia típica do experimentalismo democrático no sentido de que cada país deve experimentar soluções destinadas à concretização dos valores democraticamente escolhidos.

A AJPE possui dois procedimentos analíticos na sua abordagem.

O primeiro é conhecido como Análise Posicional, que, em suma, segue uma série de etapas destinadas a identificar a posição dos indivíduos e dos grupos no cenário de efetiva fruição de direitos fundamentais. Para tanto, seguem-se as seguintes etapas analíticas:

- a) identifica-se a política econômica a ser investigada (como, por exemplo, uma política de moradia);
- b) especificam-se os direitos fundamentais envolvidos (como, por exemplo, o direito de moradia);
- c) procede-se à decomposição analítica desses direitos (ex.: o direito à moradia pode ser decomposto em diversos elementos essenciais, como acesso à saneamento básico, disponibilidade de energia, existência de construção residencial, presença de serviço de transporte público etc.);
- d) calcula-se, a partir de dados numéricos obtidos para estimar os elementos decompostos, o Índice de Fruição Empírica – IFE;
- e) estima-se o Padrão de Validação Jurídica – PVJ (um dado numérico obtido a partir da comparação com o padrão ideal de fruição de direitos);
- f) avalia-se o quadro atual; e
- g) formulam-se recomendações para corrigir as falhas detectadas.

O segundo procedimento analítico da AJPE é a Nova Análise Contratual, também batizada de Análise de Portfólios, a qual investiga a efetiva fruição de direitos atentando para as transmissões intercontratuais de valores monetários em cadeias contratuais.

2.6. *Critical Legal Studies*

2.6.1. Sobre o movimento

A propósito do movimento do CLS, reporta-se à notável abordagem do professor Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY (2005 e 2007). O eminente docente lembra que o cerne do movimento do CLS é conceber o direito como uma expressão

da política e da ideologia – “Direito é política e ideologia” (GODOY, 2005, p 13) – e, em algumas vertentes mais radicais, chega até o *trashing*, que preferia arremessar ao lixo os textos da doutrina jurídica e os excertos de precedentes jurisprudenciais.

Sob a inegável influência do marxismo ocidental (na versão da Escola de Frankfurt), do estruturalismo francês de Levi-Strauss e de Foucault, da historiografia crítico-social (como em Edward Palmer Thompson, de Max Weber e das técnicas de desconstrução literária ao estilo de Jacques Derrida), o CLS endereça acerbos ataques ao liberalismo, ao positivismo e, também, à AED, especificamente na abordagem feita por Richard Posner na sua vinculação da justiça com a eficiência econômica (versão fundacional de que trata este estudo no capítulo 2.2.2.5.). Com efeito, para a CLS, “o movimento *law and economics* (direito e economia) teria servido à direita conservadora” e seria marcada por “uma ideologia liberal novecentista, comprometida com tendências matizadas pelo conservadorismo” (GODOY, 2005, p. 27).

Além disso, a CLS se volta contra os modelos convencionais de democracia, exigindo a sua reinvenção para uma ordem que respeite e considere todos os grupos sociais, conforme destacado por Mangabeira UNGER (*apud* GODOY, 2005, p. 27):

As modernas concepções de democracia transitam do cínico para o idealístico. No polo idealístico, encontra-se uma noção segura de soberania popular, qualificada em seu próprio interesse pelas exigências da rotatividade dos partidos nos cargos, hábeis para sobreviverem intactos à transição de uma democracia direta para uma democracia representativa. No polo cínico, encontra-se a variante do ideal democrático que afirma estar satisfeita com a permanente competição entre as elites, contanto que os concorrentes eventualmente contem com apoio popular (...).

O movimento do CLS ganhou força no ambiente de contra-cultura e da nova esquerda norte-americana da década de 1970 e do experimentalismo de esquerda da década de 1970, com vínculos conscientes a essa postura, com reflexos na conduta de seus membros, do que dão exemplos os piquetes e as demonstrações de apoio que os membros do CLS, numa convenção da Associação das Escolas de Direito nos EUA (AALS) em 1993, deram aos empregados grevistas de um hotel.

Embora guarde proximidade com algumas premissas do movimento do Direito Achado na Rua desenvolvido no Brasil praticamente no mesmo período (idos das décadas de 1970), era aparentemente ignorado pelos pensadores brasileiros. A

propósito desse desconhecimento do CLS, GODOY (2005, p. 10) lembra que “Roberto Lyra Filho fez palestras e escreveu livro sobre a filosofia jurídica nos Estados Unidos sem mencioná-lo”. Embora não se tenham comprovações de que o Direito Achado na Rua tenha sido inspirado diretamente pelo CLS, o fato é que eles surgiram no mesmo tempo, embora em locais diferentes. Ambos foram expressões do que se conhece como *Zeitgeist*, cuja tradução é *espírito do tempo* e que representa o ambiente intelectual e cultural que impera no mundo em um determinado período de tempo e que acaba por fazer nascer, em locais diferentes, linhas de pensamento similares sem que, entre elas, tenha havido diálogos diretos.

Os principais autores vinculados ao CLS são Duncan Kennedy (discípulo de David Trubek, que chegou a ser expulso dos quadros de docente da Universidade de Yale após organizar seminários sobre temas como o grupo *Panteras Negras* e de outras questões políticas), Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet, Morton Horwitz e Elisabeth Mensch. Os *crits* (epíteto dado aos participantes do CLS) demonstraram afinidade também com ideias do movimento *Law and Society* (Direito e Sociedade), de que fazia parte Lawrence Friedman. O movimento do CLS foi “dissolvido enquanto força comum a partir da década de 1990” e “fracionou-se e pulverizou-se em abordagens mais setORIZADAS, discutindo-se atualmente feminismo, criminologia, raça, historiografia jurídica, além de temas pontuais, como liberdade, igualdade e hermenêutica constitucional” (GODOY, 2005, p. 10).

2.6.2. Nas asas da imaginação institucional de Roberto Mangabeira Unger

No caso de Roberto Mangabeira Unger⁹³ – jurista brasileiro que se formou em Direito no Rio de Janeiro e posteriormente passou a lecionar na Universidade de *Harvard* desde o início dos anos de 1970 –, a sua trajetória é bem peculiar. Trata-se do “mais respeitado intelectual do *Critical Legal Studies*”, como lembra Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY (2010, p. 15).

Ativista político e teórico, Mangabeira Unger é “parte da constelação de intelectuais do Terceiro Mundo ativa e respeitada no Primeiro, sem ter sido

⁹³ A propósito de propostas mais aprofundadas do pensamento de Unger para o Brasil, ver TEIXEIRA (2012) e UNGER (2001-B).

assimilada por ele, cujo número e influência estão destinados a crescer” (Perry Anderson *apud* GODOY, 2005, p. 21). Expressando concordância com isso, Zhiyuan CUI (2001, p. 22) vai além ao indagar retoricamente o seguinte, esperando uma resposta positiva:

Teria razão Perry Anderson, quando vê em Unger uma “mente filosófica saída do Terceiro Mundo, que inverte posições para se tornar o sintetizador e o profeta do Primeiro?” A esperança de avanço no sentido de um experimentalismo democrático mais vibrante pode estar hoje nos países grandes e marginalizados como o Brasil, a China, a Índia e a Rússia, países que ainda se podem imaginar como mundos alternativos. Estamos vivendo uma época em que a grande possibilidade de transformação democrática de todos os aspectos da vida social coexiste com a confusão em nossas ideias explicativas e programáticas. Foi nessas condições de carência, confusão e esperança que li pela primeira vez, há três anos, o trabalho de Unger, e o achei tão inspirador que senti como se ele tivesse sido escrito expressamente para mim.

Seu pensamento pode ser dividido em duas fases.

A primeira fase de Unger se aproxima mais do CLS e está expressa em três obras suas:

- a) *Knowledge and Politics* (Conhecimento e Política), onde Unger faz incisivas críticas ao liberalismo clássico, sustenta que os indivíduos não são necessariamente hostis com previa Hobbes e rebate a psicologia liberal separando razão de desejo (GODOY, 2005, p. 23);
- b) *Law in Modern Society* (Direito na Sociedade Moderna), que dá continuidade às reflexões vertidas na obra anterior e, entre outras conclusões, extrai a de que “as organizações sociais propiciam que a humanidade revele o que ela tem de melhor e de pior, de mais bestial e de mais sublime” (GODOY, 2005, p. 26);
- c) *The Critical Legal Studies Movement* (O Movimento CLS), que representa um verdadeiro manifesto do CLS por dar os contornos do movimento.

A sua segunda fase abraçou concepções mais ambiciosas de teoria social e se reflete nestas suas obras:

- a) *Passion: An Essay on Personality*, obra publicada em 1984 e na qual, com alta carga filosófica e psicológica, Unger cuida de um aspecto único mas pervasivo de experiências humanas: “o nosso

desejo de ser aceito pelos outros e, por meio dessa aceitação, tornar-se mais livre para nos reinventar”⁹⁴ (UNGER, 1984, p. vii);

- b) *Social Theory: Its Situation and Its Task: a Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory*, lançada em 1987 (UNGER, 1990);
- c) *What should legal analyses become?* (UNGER, 1996), obra na qual Mangabeira defende que a análise jurídica deve desvincular-se das concepções tradicionais para, com ambição e imaginação, caminhar para um modelo de imaginação institucional (GODOY, 2005, p. 28);
- d) *Democracy Realized: The Progressive Alternative* (UNGER, 1998);
- e) *False Necessity: Anti-Necessarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, longa obra publicada em 2004 em inglês e da qual foi extraído um ensaio introdutório capaz de resumir as principais ideias de Unger para, em português, compor o livro *Necessidades Falsas* (UNGER, 2005);
- f) *Plasticity into Power: Comparative Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic Military Success*;
- g) *Politics: the Central Texts*, obra que reúne os textos-chave de Unger selecionados por Zhiyuan Cui e que foi traduzida para o português sob o título “Política: os textos centrais, a teoria contra o destino” (UNGER, 2001-A).

O projeto de Unger é um dos mais ambiciosos do final do século XX. Não é um desconstrutivista, pois sua teoria, ao mesmo tempo que contesta a estrutura vigente, exige uma postura construtiva de, com criatividade democrática, refundir o mundo atual. Seu pensamento é associado ao que se conhece como construtivismo institucional (TEIXEIRA, 2015). Unger não é um niilista, portanto (CUI, 2001, p. 13).

Para Mangabeira, as instituições, as ideias e as práticas não podem ser uma espécie de camisa de força da vitalidade criativa do povo, como sucede no

⁹⁴ Tradução livre deste excerto: “our desire to be accept by one another and to become, through this acceptance, freer to reinvent ourselves”.

Brasil. Todavia, no caso do Brasil – que é marcado por uma notável vitalidade que se expressa em manifestações econômicas, sociais e culturais:

esse arranjo bloqueador, a despeito da reprodução da desigualdade que também singulariza o Brasil, não mitigou a imensa energia criativa e empreendedora que surge de baixo para cima em quase todos os domínios no país. (TEIXEIRA, 2015, p. 66).

O combate efetivo à desigualdade social e ao desperdício da vitalidade dependeria de romper com a prática que atualmente guia a sociedade brasileira, consistente em seguir os preceitos de “uma confederação de minorias organizadas, sustentada pela aliança de *lobbies* e de interesse sectários” (TEIXEIRA, 2015, p. 66). E, nesse processo de ruptura, a maioria – que envolve não apenas os trabalhadores, mas também parte da classe média – teria de abandonar seu estado de desorganização para participar efetivamente na reconstrução institucional com audácia, criatividade e vitalidade.

Na visão de Unger, devem ser rejeitadas tanto a visão marxista de que os transtornos atuais dos países subdesenvolvidos decorrem de um fardo imposto pelo capital e pela história quanto a cosmovisão norte-americana de que esses transtornos são o preço para seguir o caminho único dos países ricos (TEIXEIRA, 2015, p. 67). Embora Unger possa ter sido influenciado pela noção de autonomia política preconizada pelas teorias marxistas, ele “não é um marxista, pois se recusa a confundir aspirações de transformação com premissas deterministas” (CUI, 2001, p. 11). Igualmente, Unger não pode ser considerado um antiliberal. Ele “qualifica sua teoria de ‘supraliberal’, no sentido de que ela realiza as mais altas aspirações do liberalismo mediante a transformação de seus compromissos institucionais convencionais” (CUI, 2000, p. 11).

A teoria de Unger intensifica a ideia de *sociedade como artefato humano*, sustentando que esta decorre da imaginação e das condutas dos indivíduos, e não de uma ordem natural fundamental. Tudo seria fruto de política (MUDROVITSCH, 2013, p. 18). Nesse sentido, “os povos fazem e refazem a sociedade ao seu bel prazer” (CUI, 2000, p. 11).

Unger insurge-se contra o fetichismo estrutural e contra o fetichismo institucional, criticando a posição de resignação diante da estrutura de uma sociedade e do seu arranjo institucional. Unger expõe tudo a ser potencialmente modificado pelo jurista. Novos delineamentos estruturais e institucionais devem ser

experimentados. O fetichismo institucional alimenta a superstição de que só haveria uma única, natural e necessária expressão institucional de conceitos abstratos como democracia política, economia de mercado e sociedade civil livre. De fato, “o fetichismo institucional (...) nos impede de ver que a democracia representativa, os mercados e a sociedade civil podem assumir formas muito diferentes das que prevalecem na sociedade ocidental contemporânea” (LAENDER, 2014, p. 161).

Unger lembra que é falsa a necessidade (*false necessity*) de uma crise para se promover mudanças institucionais, de maneira que o jurista deve constantemente estar aberto à criação de novos arranjos institucionais e, assim, se libertar de uma Ditadura de Falta de Alternativas (GODOY, 2010, pp. 256-257).

Unger rejeita as versões míticas da história dos direitos públicos e privados, negando sua vinculação a qualquer elemento de ordem metafísica⁹⁵. A propósito dos direitos privados, Zhiyuan CUI (2001, p. 16) esclarece, *in verbis*:

Outro exemplo importante do fetichismo institucional é o que Unger descreve como a “história mítica dos direitos privados”. De acordo com essa história mítica, o atual sistema jurídico ocidental de propriedade e contrato incorpora a lógica inerente à economia de mercado. Contrário a essa visão, Unger insiste em que a economia de mercado não encerra um conteúdo jurídico e institucional predeterminado. O mercado pode ser institucionalmente reinventado. O regime vigente de propriedade e contrato é menos um reflexo de uma lógica profunda de necessidades econômicas e sociais do que o resultado incerto de lutas políticas, e poderia ter assumido outras formas institucionais.

Unger ataca também o que designa de “tese da convergência”, assim entendida a compreensão de que as sociedades deveriam convergir para um único molde institucional capaz de gerar a prosperidade (MUDROVITSCH, 2013, p. 18). E esse arranjo institucional ótimo é associado, no Terceiro Mundo e nos países do antigo bloco soviético, ao figurino do neoliberalismo, fruto do conhecido “consenso de Washington”. Na prática, esse arranjo institucional eficiente seria “alguma variante dos dispositivos estabelecidos das democracias do Atlântico Norte” (CUI, 2001, p. 17). A insurreição de Unger não o caracteriza como antiliberal, pois, na realidade, a sua inquietação se deve mais ao caráter imutável conferido ao consenso de Washington (imutabilidade essa que inibe o experimentalismo democrático) do que propriamente ao seu conteúdo.

⁹⁵ A título de ilustração da ideia de Unger, é oportuno este excerto em texto escrito sobre o livre comércio por Unger: “A argumentação deste livro leva à conclusão de que podemos e devemos ter livre-comércio e globalização em condições diferentes daquelas em que agora os encontramos. É preciso não apenas dosá-los ou dar-lhes ritmo; mas repensá-lo e refazê-los. As ideias sozinhas não podem produzir tal orientação. Mas não podemos gerá-la sem as ideias.” (UNGER, 2010, p. 14).

Unger desfaz a percepção da familiaridade de diversas instituições, fazendo-a estranha. Demonstra que é falsa a necessidade de uma crise para se remodelarem as instituições vigentes (*False Necessity*) e estimula o pesquisador a, por meio do experimentalismo democrático, rejeitar os fetichismos estrutural e institucional para, cavalcando nas asas dos ventos da imaginação e da vitalidade, libertar-se da Ditadura da Falta de Alternativas e redesenhar as instituições e o contexto formador das sociedades. Em outras palavras, Unger defende “a falsidade do fetichismo institucional: as disposições institucionais existentes formam um subconjunto de um conjunto de possibilidades muito mais amplas” (CUI, 2001, p. 16). Cabe ao jurista desvendar essas novas possibilidades⁹⁶.

2.7. Novo Constitucionalismo Latino-Americano

A propósito do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e de suas bases teóricas, destaca-se a obra SOUZA JUNIOR e ESCRIVÃO FILHO (2016).

Em suma, sob a perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, os debates seguem estas principais premissas:

a) Afinidade à filosofia da libertação, conceito de Enrique Dussel, que, designando o episódio de chegada dos europeus à América como “Encobrimento da América”, denuncia o desprezo dispensado à cultura local.

b) Combate ao eurocentrismo.

c) Crítica ao monolitismo dos direitos humanos, conceito de Boaventura de Sousa Santos para se insurgir contra a unicidade de discurso sobre direitos humanos.

d) Insurgência ao Mito da Modernidade, conceito de Enrique Dussel para considerar um sofisma o argumento utilizado pelos europeus para, a pretexto de promover modernizações, desprezar as instituições políticas, econômicas, culturais e sociais dos países do Sul Global, tidos como povos de cultura bárbara.

e) Defesa do Universalismo de Chegada ou de Confluência, termo de Joaquín Herrera Flores para defender que o ponto de partida dos debates sobre

⁹⁶ Em sua obra “O que a Esquerda deve Propor”, Roberto Mangabeira Unger desdenha o que chama de “a ditadura da falta de alternativas” e destaca que “não iremos derrubá-la sem ideias?” (UNGER, 2008, p. 9).

direitos humanos deve ser o diálogo intercultural, com igualdade de voz entre as várias culturas, para, ao cabo, chegar a um conteúdo universal de direitos humanos.

f) Crítica aos efeitos das teorias abstratas dos direitos humanos: efeito encantatório ou ilusório (falsa sensação de que os indivíduos são atendidos pelos conceitos abstratos de direitos humanos), efeito imobilizante (os oprimidos se resignam diante da ilusão criada pelo discurso abstrato de direitos humanos) e efeito de ordem (os oprimidos, com sua resignação, contribuem para a manutenção de um ordem social excludente).

g) Adesão ao Constitucionalismo Latino-Americano, assim entendido a defesa de uma ordem constitucional que não seja oligárquica, dominadora e excludente, mas que se apoie – para usar as palavras de David Sanches Rubio – em “*un poder constituyente emancipador, liberador y popular*” (RUBIO, 2005).

h) Exclusão dos direitos civis e políticos do rol dos direitos humanos para reservar, para esse catálogo, os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

i) Identificação da indivisibilidade, interdependência e integralidade dos direitos humanos: os direitos humanos não podem ser segregados uns dos outros (indivisibilidade) e devem ser implementados conjuntamente, pois de nada adianta assegurar um direito, como o direito ao voto, e não se assegurar outros direitos, como o direito à educação e ao trabalho (interdependência). Além disso, todos os direitos humanos – na sua integralidade – devem ser efetivados, sem margem para escusas (integralidade).

j) Subsistência da colonialidade do poder, pois, mesmo após o fim do colonialismo na América Latina, subsistem estruturas que impõem os ideais da cultura eurocêntrica hegemônica.

k) Crítica à razão indolente, conceito de Boaventura de Souza SANTOS (2015) para designar a racionalidade que, desperdiçando experiências sociais da atualidade – ocasionando “ausências” –, inclina-se à racionalidade hegemônica ocidental.

l) Prestígio à razão cosmopolita, que, no dizer de Boaventura de Souza SANTOS (2015), representa uma racionalidade comprometida em descobrir as experiências sociais desprezadas pela razão indolente (sociologia das ausências

e das emergências) e em permitir o diálogo entre as várias culturas (trabalhos de tradução).

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano mantém afinidade com o movimento do “Direito Achado na Rua” e, por isso, também é conhecido como Constitucionalismo Achado na Rua. À luz do Direito Achado na Rua, projeto nascido na Universidade de Brasília na segunda metade do século XX, colhe-se a visão de que o Direito nasce do constante conflito protagonizado por movimentos sociais representativos dos oprimidos. Este é o enunciado clássico do Direito Achado na Rua (*apud* SOUZA JUNIOR e COSTA, 2009, pp. 18-19):

Por essa razão, segundo Roberto Lyra Filho, sem nenhuma contradição com a possibilidade de “autotranscendência do mundo”, ou de “ultrapassagem imanente”, “o Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos”, até se consumir, pela mediação dos Direitos Humanos, na “enunciação dos princípios de uma legítima organização social da liberdade.”

Sob essa abordagem, a discussão de direitos humanos gira em torno de tentar fazer incluir no conceito de “humano” (destinatário dos direitos humanos) indivíduos que seriam costumeiramente excluídos, como os pobres, as mulheres, as crianças pobres, os indígenas, os quilombolas, os sem-teto, os trabalhadores etc.

Além do mais, as abordagens iluminadas sob o prisma do Novo Constitucionalismo Latino-Americano relevam inescandível simpatia por regimes políticos similares ao implantado na Venezuela sob o comando inicial de Hugo Chávez. A propósito, RUBIO (2015), lançando esperanças na luta dos movimentos sociais latino-americanos, reputa “interesantes los acontecimientos que se expresan en el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano con Bolivia y Ecuador a la cabeza, junto al zapatismo mexicano pese a las dificultades, entre otros muchos ejemplos”.

Nessa senda, as constituintes latino-americanas dos séculos XIX e XX anteriores ao Novo Constitucionalismo Latino-Americanos eram oligárquicas e opressoras. Roberto Gargarella considera pobres as contribuições proporcionadas pelos movimentos constitucionais do final do século XX em matéria de efetivação dos direitos humanos. Entende, por exemplo, que essas Cartas Constitucionais seguem estatuindo os direitos construídos a partir do acordo das elites conservadoras e liberais e estabelecendo um sistema político e decisório que exclui a participação popular, de modo que a população majoritária fica sujeita a decisões

tomadas por instâncias de cuja composição ela não faz parte. É de GARGARELLA (2011, pp. 88 e 90-91) esta observação:

En las últimas décadas, numerosos países latino-americanos encararon procesos de reforma constitucional: Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, la Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. Este movimiento incluye, además, a países que introdujeron en sus textos enmiendas constitucionales importantes, como Costa Rica, Chile, México y Venezuela.

Una pregunta relevante atañe al valor y la significación de lo que hemos hecho los latino-americanos en estos años en el plano constitucional. Más específicamente (y reconociendo la capacidad limitada que, en cualquier caso, puede tener una reforma constitucional para transformar la realidad), debemos preguntarnos: ¿hemos hecho lo mejor posible, dentro de los obvios límites en que nos movemos, para mejorar la calidad de nuestras instituciones y contribuir al logro de una sociedad más justa, igualitaria y democrática? Me parece que no.

(...)

Lo dicho no sería del todo preocupante si no fuera por dos razones adicionales, al menos, que mencionaré a continuación. En primer lugar, nuestro sistema institucional sigue distinguiéndose por sus rasgos elitistas (Gargarella, 2008). La mayoría de nuestras Constituciones fundacionales – las que sentaron las bases de las actuales instituciones – fueron producto de un pacto entre elites liberales y conservadoras que organizaron una estructura de poder contramayoritaria, claramente opuesta a la intervención masiva de la ciudadanía en política. En segundo lugar, el papel de nuestras fuerzas progresistas en los procesos de reforma constitucional no ha demostrado ser, hasta el momento, muy relevante – a veces debido a la escasa formación de sus miembros, otras por su falta de conocimiento de alternativas institucionales atractivas o por su falta de convicciones genuinamente igualitarias.

(...)

En todos los casos, liberales y conservadores se pusieron de acuerdo en la consagración de protecciones especiales para ciertos derechos (la propiedad privada, contra las confiscaciones; el domicilio y los papeles privados, frente a las requisas injustificadas; la libertad personal básica, ante las diversas formas de la esclavitud). Por lo demás, coincidieron en la creación de ordenamientos políticos excluyentes, poco afectos a la participación popular, que establecían trabas para la consagración de derechos políticos formales y sustantivos para las masas. Se trataba, en definitiva, de la constitución de ordenamientos contramayoritarios en un sentido escrito, es decir, que dificultaban la participación política de las mayorías y depositaban los nombramientos y las decisiones públicas más importantes, como asimismo la “última palabra” institucional, en órganos que no eran controlados directamente por la ciudadanía y a los cuales el ciudadano común tenía limitado acceso. Este es, según entiendo, el difícil marco constitucional en el que se encuentran insertas, todavía hoy, nuestras incipientes democracias.

E, para a implementação do conteúdo de direitos humanos desenhados sob essa perspectiva, costuma-se pregar o emprego da luta, seja fora das vias formais (protestos, ações sociais e, em caso extremo, até mesmo a guerra civil), seja por meio das vias oficiais (o que é conhecido como a “positividade de combate”). A positividade de combate ocorre por meio de pleitos formulados no Congresso Nacional, nos órgãos do Poder Executivo incumbidos de formulações de políticas públicas ou no Poder Judiciário. Também pode acontecer por meio da inserção de combatentes nessas instâncias públicas por qualquer via oficialmente

admitida, seja por meio de quotas afirmativas, seja por nomeações a cargos comissionados, seja por outros meios oficiais.

Apesar de essa abordagem tida como de emancipação social poder ser útil para identificar setores que realmente possam estar sofrendo com as políticas públicas em vigor, parece-nos que a perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano tem de ser manuseada com cautela, dada a existência de vários riscos.

O primeiro risco é o de rejeitar o diálogo com visões diferentes acerca do conteúdo dos direitos. Souza Junior e Escrivão Filho (2016) chegam a falar no conceito de integralidade dos direitos humanos, segundo o qual os direitos humanos – entendidos primordialmente como direitos sociais e culturais – devem ser integralmente implementados sem se admitir qualquer tipo de escusa, nem mesmo de índole financeira, de sorte que os movimentos sociais devem seguir lutando intransigente e incansavelmente pela efetivação dos direitos.

O segundo é o de adotar uma postura de irresponsabilidade acerca das consequências inafastáveis de suas decisões e ignorar a realidade material das soluções jurídicas adotadas, de modo a conduzir a sociedade a um estado de penúria e de ruralização: Boaventura, por exemplo, chega a criticar a tendência de os europeus estimularem os países do Sul Global a adotarem meios produtivos mais eficientes em substituição aos seus atuais instrumentos de trabalho tidos por “improdutivos” (SANTOS, 2015, p. 14). Todavia, o autor lusitano – numa postura que parece ignorar a necessidade de cada um assumir as consequências de suas decisões – deixa implícito que caberia às nações que adotam métodos produtivos mais eficientes suprir as necessidades daquelas que, por escolha própria, rejeitaram o aprimoramento dos seus métodos de produção.

O terceiro é o de cancelar uma estrutura verdadeiramente opressora (“discurso do opressor na boca do oprimido”), por privar a liberdade de indivíduos com concepções diversas, ao espoliar os frutos dos seus esforços, do seu empreendedorismo, dos seus sacrifícios e do seu talento para entregá-los a quem almeja desfrutar desses benefícios sem abdicar de outros prazeres. A própria tendência que algumas abordagens do Novo Constitucionalismo Latino-Americano manifesta no sentido de se resistir a considerar como direitos humanos os direitos civis e políticos é uma prova disso, tudo de modo a credenciar, por exemplo, posturas de total infertilização de direitos essenciais, como o de propriedade, o de ir

e vir etc., qual sucede em países como Cuba, onde os cidadãos possuem sua liberdade de ir e vir limitada em prol da preservação de um estado que supostamente prestigia os direitos humanos econômicos, sociais e culturais (ESTADÃO, 2012).

O quarto risco hospeda-se em incorrer na contradição de criticar teorias abstratas de direitos humanos, mas, paradoxalmente, dar a esses direitos um conteúdo extraído a partir de uma perspectiva própria e tida como imutável e inegociável, por cuja implementação qualquer medida – até mesmo a violência – seria autorizada. O conteúdo dos direitos humanos defendidos pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano não deixa de ser abstratamente definido por seus sectários, que não admitem crítica alguma e que defendem a adoção de técnicas intransigentes de combate para, sem qualquer margem de diálogo, implementar a sua própria concepção de direitos fundamentais.

Enfim, a proposta do Constitucionalismo Achado na Rua apresenta sérios perigos de induzir o pesquisador à concepção de modelos estatais que, a pretexto de libertar os oprimidos, condenam uma nação a um regime de autoritarismo, de naufrágio econômico (de verdadeira ruralização) e de odiosa espoliação dos bens daqueles que são tidos como opressores e que são estigmatizados como “burgueses” e opressores. Em suma, há o risco de a pesquisa sob essa perspectiva teórica de combate desaguar em uma postura não aberta a debates (suas percepções são inegociáveis), de desqualificação sumária das divergências por meio de estigmas (com emprego de vocábulos retóricos de polarização como opressores, oprimidos, hegemônicos, eurocentrismo etc.), de desprezo à viabilidade material dos modelos estatais (o que dá certo romantismo às abordagens) e de irresponsabilidade quanto aos resultados das soluções (o naufrágio certamente será imputado a algum álibi, a algum opressor). Há, portanto, o risco de se adotar uma concepção romântica e irreal dos fatos.

Não obstante, embora se possa chegar a caminho semelhante com base em reflexões mais seguras metodologicamente (por serem menos permeáveis aos riscos acima) e procedentes de outras vertentes de pensamento – como o próprio NDD, que prestigia o bem-estar social –, o fato é que as pesquisas feitas sob a ótica do Constitucionalismo Achado na Rua devem ser consultadas para efeito de identificação de reivindicações que, eventualmente, não tenham sido detectadas sob

outras perspectivas de abordagem. Realmente, a história é salpicada por episódios de manifesta injustiça que somente receberam a devida atenção após lutas incansáveis dos setores oprimidos. Nos EUA da época em que os negros eram expulsos de escolas e de estabelecimentos comerciais, as reivindicações populares foram decisivas para a mudança desse quadro de flagrante injustiça racial, contribuindo para a implementação de parte do sonho que Martin Luther King Jr. anunciou, quando bradou a partir do *Lincoln Memorial* em Washigton D.C.: *I have a dream*. Todavia, não se pode deixar de condenar que, em meio a esses movimentos de combate racial, tenham surgido alguns grupos que se exasperaram e descambaram para o uso das armas e da violência, como o famoso grupo batizado como *Panteras Negras*, procedimento esse que – por seu extremismo e desdém pela pacificação – não merece ser respaldado por abordagem teórica alguma⁹⁷.

⁹⁷ Para uma abordagem sobre os movimentos negros, reporta-se, com as reservas já feitas neste texto, à substanciosa dissertação de mestrado de Karin Sant` Anna KÖSSLING (2007).

3. PONTO DE EQUILÍBRIO: ESTADO, DIREITO, SOCIEDADE E ECONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1. Metodologia na busca do equilíbrio

Após a visita feita aos paradigmas do constitucionalismo contemporâneo (Estado de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito), com escala na tensão entre os dois principais modelos de Estado de Direito (o Estado de Direito *light* – inspirado no projeto ideológico e político do neoliberalismo global – e o Estado de Direito denso – nutrido pelo projeto neoconstitucional global), o presente estudo tomou a estrada aneuada dos diferentes discursos acadêmicos que interrelacionam Direito, Estado, Economia e Sociedade.

A diversidade de abordagens existentes é, por si só, suficiente para revelar a complexidade da tarefa de compreender o mundo e a necessidade de o pesquisador lançar mão da ousadia para escapar à vexatória postura da poltronaria intelectual, que se resigna diante dos enigmas.

Um ponto de equilíbrio entre esse coquetel de ideias deve ser audazmente buscado, para servir de luz ao caminho que terá de ser percorrido pelo Direito na condução da sociedade sob os trilhos da Justiça.

O pesquisador deve, porém, adotar uma postura leal de transparência quanto à metodologia que servirá de leme para essa difícil busca de um marco de equilíbrio.

Ao nosso sentir, qualquer metodologia a ser adotada necessariamente carregará consigo um pouco do subjetivismo do pesquisador. Sempre haverá um pouco da sua cultura, da sua história e da sua experiência, para lembrar o culturalismo jurídico de Miguel Reale⁹⁸. Não há uma pura objetividade em nenhuma reflexão de corrente de pensamento, ainda que os seus sectários o neguem de pés juntos. Assim, por exemplo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é subjetivo quando define um conteúdo próprio de direitos humanos pelo qual se deve lutar; o NDD e a AJPE, quando apontam para o desenvolvimento e o conteúdo do direito a ser fruído; a AED, quando elege o instrumental econômico a ser empregado; a CLS,

⁹⁸ Para aprofundamento do pensamento desse autor, ver REALE (1968, 1977, 1998 e 1999) e TARTUCE (2011, p. 112-117).

quando defende que tudo deve ser questionado; o construtivismo de Unger, quando aponta o que deve ser objeto de experimentalismo democrático. E, nessa pitada de subjetividade que tempera toda e qualquer corrente de pensamento, há subjacente a ideologia dos seus cultivadores. Esse fato não é um demérito, desde que haja a honestidade intelectual de se explicitarem os motivos da opção subjetiva e de se apoiar em parâmetros democráticos.

Na tradição do pensamento da filosofia política, Marcos Faro de CASTRO (2005-A, pp. 17-31) enxerga dos dois paradigmas seminais.

O primeiro é o universalismo platônico, que se lastreia na noção una, abstrata e imutável de verdade extraída do pensamento de Platão (a Ideia do Bem) e que confortou, ao longo da história, diversas concepções formalistas e metafísicas do Direito, como a de Santo Agostinho, a dos Humanistas (com as ressalvas a seguir), a dos Teólogos Protestantes e, no seu paroxismo, a de Kant e a do jusnaturalismo. Essa tradição do pensamento pode ser associada à abordagem dos “liberais” (CITTADINO, 2000) e ao método hermenêutico axiomático-dedutivo (BONAVIDES, 2014). No caso dos humanistas, apesar da influência da retórica, como fruto do desenvolvimento da *Ars Dictaminis*, eles discutiam as virtudes de um bom governante sob uma perspectiva abstrata e metafísica que se vinculava à tradição platônica de pensamento, de maneira que as reflexões aristotélicas têm conexão tênue com as cogitações institucionais dos humanistas. Seja como for, conforme adverte Marcus Faro de CASTRO (2012:98-99), com suporte em SKINNER (1996), “o trabalho dos humanistas realçou a percepção do relativismo histórico inerente a qualquer elaboração proposta por juristas”, o que contribuiu para enfraquecer o “prestígio da *jurisprudencia* romanista juntamente com o seu ‘elemento platônico’”.

O segundo é o particularismo aristotélico, que gira em torno do “problema do poder” de Aristóteles, assim entendido “o problema dos destrutivos conflitos entre as facções” (CASTRO, 2005-A:12). Esse último paradigma inspirou formulações filosóficas posteriores, como a escolástica medieval (com São Tomás de Aquino), a de Maquiavel, a de Montesquieu e a de Hegel, e pode ser associada à abordagem dos “comunitários”, na expressão de CITTADINO (2000), e ao método axiológico-teleológico, de BONAVIDES (2014).

De um lado, a tradição aristotélica, por reconhecer o pluralismo de cosmovisões em uma comunidade marcada pela constante tentativa de cada facção homogeneizar o discurso com as suas próprias concepções, detém um elevado poder explicativo das incessantes disputas ideológicas e políticas da sociedade e da inescandível existência de pluralismos na sociedade. A desvantagem dessa linha de pensamento seria sobrevalorizar o relativismo (com riscos de degenerar para um niilismo), submeter a sociedade a um ambiente institucional de instabilidade e cancelar situações oportunistas de eliminação de facções vencidas.

Por outro lado, a tradição platônica gaba-se da vantagem de, se empregada com cautela, garantir proteção a facções vencidas (como as minorias) e de assegurar relativa estabilidade na convivência dos diversos grupos da comunidade. Assim, por exemplo, ao se dar caráter metafísico à proteção a alguns direitos fundamentais – como a vida –, inibe-se que as várias facções se valham de técnicas mortíferas de combate para prevalecer. Seja como for, o diálogo entre as duas tradições de pensamento é tarefa complexa, mas necessária.

Diante disso, a tensão entre o universalismo platônico e o particularismo aristotélico deve ser resolvida por um caminho que envolva juízos de democracia e de prudência.

Os juízos de democracia devem ser feitos para sempre assegurar que cada nação possa escolher seus rumos, assumindo a responsabilidade por seus erros e colhendo os frutos dos seus acertos. Esses juízos de democracia conferirão legitimidade às soluções adotadas, a fim de garantir que todos os indivíduos – mesmo os vencidos – sintam-se coparticipantes da direção do país. A tarefa aí não é fácil, porque o juízo de democracia não se resume à mera vontade da maioria (que, como se sabe, poderia implantar uma ditadura contra a minoria), mas também envolve técnicas que assegurem a integração da minoria no destino da nação.

Os juízos prudenciais, por outro lado, podem ser extraídos das notáveis reflexões de POCOCK (1975), o qual, ao percorrer a evolução histórica do direito na Inglaterra, aponta três modos de posicionamento do indivíduo perante a política e o poder, ou seja, três modos de se pensar e de se fazer a política: o prudencial, o atemporal e o cívico⁹⁹. No presente caso, o modo prudencial, que se apoia na

⁹⁹ O modo prudencial se baseia na valorização da experiência, dos usos e dos costumes. O modo atemporal prestigia conceitos metafísicos como o da Providência, da fortuna e da virtude. Já o modo cívico prestigia a

experiência, nos usos e nos costumes, é adequado por buscar soluções que suportam o teste do tempo. Esse juízo prudencial, “por adotar uma prospecção como fundamento, refere-se à ação política dirigida a fins criativamente estipulados (*policy*), no âmbito de uma sociedade que admite mudanças fundamentais e criativas em sua estrutura, ou ‘forma’ institucional, como modo de enfrentar o ‘problema do poder’” (CASTRO, 2012:61). De fato, o modo prudencial arrimou o desenvolvimento da *jurisprudencia* inglesa, abrangendo as “formas” do direito comum – *commom law* –, produzido no âmbito dos tribunais de *Westminster*, e da jurisprudência designada como *equity* – gestada no seio da Chancelaria. A grande vantagem do modo prudencial é que ele consegue, com mais adequação, reagir “à percepção, de origem aristotélica, da falibilidade e dos riscos ínsitos ao exercício da autoridade do Estado” (CASTRO, 2012:59). O juízo de prudência envolve o emprego da experiência e contribui para a adoção de uma solução que mitiga os atritos entre as diversas facções.

Em razão de o juízo prudencial irmanar-se com a experiência, o seu emprego deve ser preferencialmente acompanhado de esforços para conferir respaldo empírico às reflexões. Contudo, não se pode ignorar que nem tudo na vida se expressará em números ou em formulários. E os próprios números nem sempre são confiáveis; se torturarmos os dados – ironizava Ronald Coase –, eles confessam (Coase *apud* POSNER, 2009, p. 434). O próprio jeitinho brasileiro, que integra a matriz institucional brasileira e que desempenha papel curial na performance social, econômica e política no país, dificilmente se expressará em estatísticas, pois sua identificação será menos míope se for enxergada através da lente da experiência do pesquisador imerso no cotidiano da sociedade brasileira.

Em suma, no presente estudo, a metodologia a ser empregada para encontrar uma conciliação entre os diversos discursos de Direito, Estado, Economia e de Sociedade e entre as diversos modelos de Estado de Direito consistirá no esforço de conciliar juízos de democracia com juízos de prudência sob um pano de fundo que valoriza a empiria, que pressupõe uma concepção aristotélica de conflitos de facções e que, ao mesmo tempo, reconhece a necessidade de formulações de viés metafísico que garantam a estabilização da sociedade (o que se liga à tradição platônica).

retórica e repudia a concepção atemporal da república, que não era uma mera correspondência da ordem eternal da natureza.

Também estarão subjacentes nessa metodologia traços do pragmatismo de Richard Posner¹⁰⁰, especialmente nos seus pressupostos de que nunca se deve encerrar prematuramente um debate, de que sempre se devem ouvir reflexões divergentes sem a postura de rejeição sumária e de que as formulações devem estar conectadas com a realidade (tem de funcionar!).

3.2. Paradigma da essencialidade

Em qualquer reflexão envolvendo a interrelação entre Direito, Estado, Economia e Sociedade, é fundamental atentar para o grau de essencialidade dos direitos.

O Direito e o Estado, por exemplo, não devem armar-se de postura intervencionista quando isso representar um custo elevadíssimo para a proteção de um direito de pouquíssima essencialidade. A inobservância disso justifica a crítica Eros Roberto Grau, para quem a jurisprudência, tal qual a doutrina, “a pretexto de proteger contratantes que nada têm de hipossuficientes, vem atentando contra a certeza e a segurança jurídica” (Eros Roberto Grau *apud* NEGREIROS, 2006, p. 278).

À semelhança da classificação que o Código Civil Brasileiro dedica às benfeitorias conforme a sua essencialidade, os direitos também devem ser classificados como essenciais, úteis ou supérfluos¹⁰¹. Quanto mais essenciais eles forem, maior justificativa haverá para posturas intervencionistas e custosas por parte do Estado e do Direito.

Essa notável abordagem da essencialidade do direito foi desenvolvida, com olhos na teoria contratual, por Teresa NEGREIROS (2006), por meio da criação do que ela designou de **paradigma da essencialidade**.

A doutrinadora pondera que, ao impulso da necessidade de valorização da dignidade da pessoa humana – arrimo da Carta Magna brasileira –, a teoria contratual não pode ser indiferente às necessidades humanas e, por isso, precisa equipar-se com cláusulas gerais de tutela dos necessitados. Afinal de contas, como

¹⁰⁰ Reportamo-nos aos apontamentos feitos a propósito do pragmatismo de Posner no capítulo 2.2.2.5.3.

¹⁰¹ No caso das benfeitorias, foram empregados adjetivos sinônimos pelo Código Civil Brasileiro: necessário, útil e voluptuário.

anota Teresa NEGREIROS (2006, p. 305) com suporte em Hugh Collins, o contrato (ou, ao menos, algumas espécies de contrato), “muito longe de apenas viabilizar a troca de bens patrimoniais”, deve ser concebido “como um instrumento de realização existencial. A existência dessa dimensão existencial, como é óbvio, não se mostrará a mesma em todos os contratos”.

A identificação desses necessitados, ou seja, desses contratantes hipossuficientes que reclamam tutela jurídica capaz de assegurar a função social e a dignidade da pessoa humana nas relações contratuais não pode estribar-se em critérios ligados a “um estado puramente subjetivo do contratante, mas, sim, à “qualidade essencial do bem *in casu* contratado” (NEGREIROS, 2006, p. 342).

Nesse sentido, os contornos jurídicos de cada contrato deverá ser desenhado sem ignorar o que Teresa Negreiros designa de paradigma da essencialidade.

Acerca da repercussão do juízo de essencialidade do bem para dissolver conflitos principiológicos nos contratos, Teresa NEGREIROS (2006, p. 488) averba, *in litteris*:

A diferenciação elaborada à luz do paradigma da essencialidade tem enorme relevância na composição dos princípios aplicáveis à relação contratual. Como observado ao longo deste trabalho, o quadro de princípios contratuais tornou-se complexo, observando-se a coexistência, na ordem constitucional em vigor, de princípios potencialmente colidentes entre si. Assim é que, por exemplo, o princípio do equilíbrio econômico – a autorizar a rescisão lesionária – se opõe ao princípio da intangibilidade do pactuado, sendo que a composição entre ambos deverá ser feita em conformidade com dados concretos, constantes da relação contratual *in casu*. A função do paradigma da essencialidade é a de introduzir como fundamento decisório, num caso de conflito entre princípios de índole liberal, de um lado, e princípios de índole tutelar, de outro, o dado especificamente objetivo do contrato. Assim, a classificação do bem como bem essencial, porque denota a finalidade existencial da relação jurídica em causa, é fundamento para que se lhe aplique um regime de tutela, instituído em favor do contratante que carece do bem essencial.

Há contratos com objetos essenciais, úteis e supérfluos, conforme o grau de intensidade da sua “destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado” (NEGREIROS, 2006, p. 342). Enfim, a medida da utilidade existencial do objeto do contrato, a qual conecta a pessoa ao bem contratado, “deve ser um fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre os princípios contratuais” (NEGREIROS, 2006, p. 344).

Assim, em contratos, os operadores do Direito, antes de decidirem pela flexibilização do *pacta sunt servanda*, haverão de, no caso concreto, avaliar o grau de essencialidade do bem contratado para, em seguida, resolver o aparente conflito entre os valores liberais e sociais. É verdade que, se se tratar de uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) já presume a vulnerabilidade do consumidor. Todavia, as cláusulas abertas que povoam o CDC entregam ao operador do Direito um razoável espaço hermenêutico para resolver os casos concretos, fato que convida a incidência do paradigma da essencialidade mesmo nos contratos de consumo.

Em adendo às ideias sistematizadas por Teresa Negreiros acerca do paradigma da essencialidade, o juízo de avaliação da utilidade existencial do objeto deve ser feito sob duas perspectivas: endógena e exógena.

De um lado, deve-se aquilatar o grau de essencialidade do objeto sob a ótica das partes contratantes, tendo em vista as suas condições pessoais (essencialidade endógena). Por outro, há de perquirir o nível de essencialidade do objeto do contrato perante a sociedade, pois a flexibilização da avença também pode gerar repercussão, ainda que indireta, para terceiros, a exemplo do aumento dos preços dos produtos, do desestímulo à celebração de contratos etc. (essencialidade exógena).

Com efeito, o paradigma da essencialidade foi concebido por Teresa Negreiros como um parâmetro objetivo a ser empregado pela teoria contratual (NEGREIROS, 2006, p. 338-340). No entanto, com as maiores vênias à eminente professora, parece necessário haver certa dose de análise das necessidades específicas das partes contratantes, como “a pobreza, o desemprego e a doença” (NEGREIROS, 2006, p. 338), especialmente para classificar o bem como supérfluo, útil ou essencial sob a ótica das partes, operação que se designou de essencialidade endógena neste estudo. Todavia, essa mensuração interna da essencialidade do objeto do contrato necessita ser mesclada com o exame da essencialidade exógena, análise da utilidade do bem sob a ótica da sociedade, e não das partes contratantes. Da média desses dois juízos (o de essencialidade endógena e o exógena) o operador do Direito extrairá o grau de essencialidade do bem, a pavimentar, em conjunto com os outros parâmetros apontados no presente estudo, a sua decisão diante do conflito entre os valores liberais e os valores sociais.

Como se vê, embora o paradigma da essencialidade tenha sido empregado pela eminente Teresa Negreiros para dissolver tensões de valores em contratos, o seu conceito é fundamental para o tratamento de qualquer discussão envolvendo Direito, Estado, Economia e Sociedade.

3.3. Ponto de equilíbrio entre os vários discursos

3.3.1. Em busca de parâmetros analíticos

Ao impulso da metodologia que noticiada no capítulo 3.1. e do reconhecimento de que a essencialidade dos direitos deve ser ingrediente marcante nas opções que envolvem intervencionismos estatais, a conciliação entre os diversos discursos contemporâneos sobre Direito, Estado, Economia e Sociedade deve desaguar em um modelo em que os indivíduos consigam ser os protagonistas de seu futuro.

Embora não haja uma receita de bolo ou uma fórmula mágica para alcançar esse quadro, algumas diretrizes podem ser traçadas na busca desse resultado. Esses nortes devem servir de guia para a formulação de políticas públicas e para a dosagem do intervencionismo estatal.

Essas diretrizes poderiam ser organizadas nas seguintes análises prévias de que o jurista deve valer-se antes de formular suas soluções: (a) análise de viabilidade material; (b) análise de essencialidade do direito; (c) análise de criatividade institucional; (d) análise de democracia responsável; (e) análise de monitoramento de direitos essenciais.

A seguir desafia-se cada uma dessas análises.

3.3.1.1. Análise de viabilidade material

As soluções jurídicas no âmbito do Estado Democrático de Direito devem, sobretudo, ser submetidas a um teste de viabilidade material, para o qual serão extremamente úteis os aportes da AED e da NEI.

A AED permite que o jurista confira a realidade atual (AED positiva) e, num exercício de prognose amparado por instrumentais da economia, preveja as consequências concretas de suas soluções (AED normativa).

Esse exame, todavia, deve levar em conta a matriz institucional de cada sociedade, com análise não apenas das instituições formais (como as leis escritas), mas também das informais (como a cultura *Malasarte* vigente no Brasil). É que inquestionavelmente os indivíduos respondem a incentivos das instituições. Também se deve tomar em consideração que as mudanças da matriz institucional são possíveis, mas costumam ser demoradas e difíceis (*path dependence*). A NEI é ferramenta idônea para identificar isso.

Nessas análises, evidentemente se realçará o papel do Direito para corrigir falhas de mercado e tolher oportunismos. A intervenção estatal na economia é, por vezes, a única ferramenta disponível para impedir resultados indesejados.

A crise imobiliária do *subprime* que atingiu o mundo inteiro é justificada, em parte, pela falta de intervenção estatal, fato que confirma a percepção de que a liberdade individual deve conviver com a intervenção estatal. Joseph William SINGER (2015) sintetiza essa ideia com o título de sua obra: *No Freedom without Regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*.

Em muitos casos, determinados resultados desejados somente podem ser obtidos após as alterações das instituições informais de um País, de modo que o jurista, ao se deparar com isso, deverá empreender os esforços de criar medidas que favoreçam essas transformações. A educação, por exemplo, pode ser um dos caminhos para as mudanças de instituições informais, mas, qual o largo arco descrito nas águas por um barco que evita atracar no cais¹⁰², a curva da mudança institucional costuma ser lenta.

O fato é que, com os olhos na realidade atual e futura, o jurista terá condições de avançar para outras etapas de análises, que, talvez, poderão cancelar uma solução que tenha sido censurada pelo exame de viabilidade material.

Não se olvide de que a análise de viabilidade material também deve ser para identificar as formas de implementação de soluções jurídicas que evitem o

¹⁰² Para se server de metáfora de Chico Buarque na sua música “Pedaço de Mim”.

máximo de desperdício. Para usar a metáfora de COOTER e ULEN (2010, p. 31), a tigela de sorvete não deve ser transportada pelo deserto, de um oásis ao outro, por um corredor lento nem por um corredor desonesto – que tome o sorvete ao longo do percurso –, e sim por um corretor rápido e probo. O jurista precisa sempre esforçar-se para que suas soluções contenham mecanismos de implementação eficiente, o que exige também a atenção para as instituições informais do País (que, como sucede na cultura Malasarte vigente no Brasil, poderá majorar a dificuldade de encontrar corredores que não consumam arditosamente o sorvete ao longo o percurso).

3.3.1.2. Análise de essencialidade do direito

O jurista também deve atentar para o grau de essencialidade do direito envolvido na sua solução.

Conforme explanado no capítulo 3.2., à luz de um juízo prudencial, direitos supérfluos não parecem justificar posturas custosas e intervencionistas do Direito, especialmente quando há direitos mais essenciais que ainda estão longe de serem concretizados. Trata-se de uma atenção ao paradigma da essencialidade desenvolvido por Teresa Negreiros.

Quanto mais essencial for um direito, mais se justificam a intervenção e a flexibilização da eficiência econômica. O inverso é verdadeiro.

Acresça-se que a atenção à função social está diretamente relacionada à essencialidade do direito, pois essa aferição da essencialidade deve levar em conta não apenas a sua importância para o indivíduo (essencialidade endógena), mas também para a sociedade (essencialidade exógena).

Com efeito, qualquer um se apressaria em condenar uma política pública que viesse a garantir a doação de um aparelho celular de luxo a todos os brasileiros, mas já não haveria a mesma resistência a políticas públicas que garantissem educação gratuita a crianças e adolescentes. Por um juízo prudencial, a essencialidade do direito à educação parece justificar os custos financeiros envolvidos nessa política.

Igualmente, a declaração de nulidade de cláusula contratual por suposta abusividade em um contrato celebrado entre duas empresas de grande porte envolvendo valores estratosféricos dificilmente receberia os mesmos aplausos se se tratasse de um contrato de plano de saúde firmado com um consumidor. A essencialidade do direito envolvido no contrato de plano de saúde (que, em última instância, se reporta ao direito à vida do consumidor) justifica a intervenção.

Para a análise da essencialidade do Direito, os estudos feitos sob a ótica do Novo Direito e Desenvolvimento, da Análise Jurídica da Política Econômica e do neoinstitucionalismo sob o viés de Karl Polanyi serão de grande valiam, pois realçam a perspectiva da essencialidade de o Direito garantir também a promoção do bem-estar dos indivíduos, e não apenas o crescimento monetário.

3.3.1.3. Análise de criatividade institucional

Conforme exposto nos capítulos 1.1.3. e 2.6.2., o jurista deve ser ousado e criativo para criar novos arranjos institucionais, ainda que isso implique ruptura com tradições. É nesse sentido que Mangabeira Unger condena o fetichismo estrutural, o fetichismo institucional e a Ditadura da Falta de Alternativas e incita os juristas a terem papel proativo na imaginação de soluções institucionais alternativas, ainda que o modelo vigente não esteja em crise. E tais reflexões devem ser feitas sempre sob um respaldo democrático.

É evidente, porém, que esse experimentalismo democrático deve ser aplicado com cautela, pois é equivocado presumir que sempre há necessidade de novas mudanças. A estabilidade das instituições também é um valor essencial para a sobrevivência de qualquer comunidade. Assim, embora o jurista não deva se portar sob comodismo intelectual e, portanto, deva incessantemente questionar a estrutura institucional vigente, isso não significa que o resultado de seus questionamentos sempre deverá ser o rompimento com o atual. Sua conclusão poderá, muitas vezes, ser a de que a matriz institucional vigente é adequada ou mereça apenas retoques não radicais.

Enfim, o jurista deve ter ousadia e criatividade, mas sob cautela.

Quando, porém, se verifica a necessidade de mudanças, o jurista deve ser audaz e não se intimidar pelo medo do novo nem pela culto ao passado. O risco de erros não é um obstáculo, pois a esses riscos correspondem também chances de sucesso (LOPES, 2006, p. 219). Como se vê, a análise de criatividade institucional abebera-se de conceitos do *Critical Legal Studies*, especialmente na versão aperfeiçoada do construtivismo de Roberto Mangabeira Unger.

3.3.1.4. Análise de democracia responsável

O jurista jamais poderá ignorar que todas as suas soluções devem ser legitimadas democraticamente, de maneira que todos os indivíduos – mesmo os divergentes – devem sentir-se coparticipantes das soluções. Isso evitaria o déficit de cidadania que esteve entre as concausas mais significativas da derrocada de modelos de Estado de Direito, conforme explicitado no capítulo 1.1.3., que catalogou esse mal como um dos influentes motivos da falência do Estado Social. O Estado Social gerou mais clientes do que cidadãos.

Essa legitimação democrática envolve, sobretudo, a necessidade de todos os indivíduos sentirem-se corresponsáveis pelos resultados das soluções adotadas e de terem ciência completa de todas as consequências concretas que daí decorrem. Essa integração democrática dos indivíduos certamente reduziria a informalidade, o oportunismo e o pluralismo normativo. Nas palavras de André ROTH (2014), precisamos de menos governo vertical e de “mais governança democrática horizontal”.

Em outras palavras, se um País adota uma solução que, embora seja censurável do ponto de vista financeiro, gere outros benefícios não monetários (e a análise de viabilidade material terá denunciado isso), a comunidade toda deve assumir a responsabilidade pelos resultados. Afinal de contas, nem tudo da vida pode estar exposto ao mercado, como adverte as reflexões de Michael J. SANDEL (2012)¹⁰³.

¹⁰³ Ressalva-se que, embora o autor expressamente destaque que não dará respostas definitivas, a leitura de sua obra deixa implícita a sua tendência de atrofiar os objetos suscetíveis de negociações, sem, porém, reconhecer expressamente as consequências práticas disso (sem fazer uma análise de viabilidade material da proposta). Por exemplo, o autor demonstra indigestão quanto à cobrança de valores de empresas por nível de poluição, insinuando que a poluição não deveria ser objeto do mercado (SANDEL, 2012, p. 10). Todavia, parece-nos faltar

Esse sentimento de responsabilidade não significa resignação, e sim que toda a comunidade deverá se sentir convidada a pensar em novas alternativas institucionais que contornem os prejuízos sofridos.

Difícilmente – talvez só no mundo dos sonhos –, haverá uma alternativa institucional que seja livre de dores. Sempre há um custo de oportunidade em qualquer escolha. Sempre se deixa de ganhar algo em troca de um benefício. O desafio está em justamente obter um arranjo institucional que garanta o máximo de benefício com o mínimo de dores ou de prejuízos.

No que diz respeito ao modelo democrático que consiga a proeza de fazer todos se sentirem coparticipantes da política, tem-se outro desafio que, até o presente momento, ainda está sendo enfrentado. Desconhece-se um modelo democrático que tenha conseguido fazer todos se sentirem coparticipantes das soluções adotadas. Não se trata de democracia direta nem de mera busca da vontade da maioria, pois, em países radicais do islamismo, por exemplo, há maioria para dizimar e oprimir as minorias. A democracia não pode cancelar uma “ditadura da maioria”. Cuida-se de tema que, por sua complexidade e por escapar ao corte epistemológico do presente estudo, merece investigação em outra ocasião.

Além do mais, nas avaliações democráticas, parece irreal a sociedade apenas pedir direitos, ignorando os custos que eles possuem. O sentimento democrático não é uma carta em branco para irresponsabilidades. O povo deve estar ciente das consequências e deve ter condições efetivas de avaliá-las democraticamente.

Em suma, a análise de democracia responsável implica que as soluções jurídicas sejam legitimadas e que toda a sociedade conscientemente

responsabilidade nessa crítica velada quando o autor deixa de consignar expressamente que essa ojeriza extremada à poluição acarretaria o fim de inúmeros artefatos humanos essenciais à qualidade de vida moderna. O próprio livro que hospedou as suas ideias foi fruto de poluição ambiental. Ao nosso aviso, é legítimo o discurso contrário à poluição, desde que expressamente se reconheça as consequências práticas disso. Censuramos, porém, a irresponsabilidade de criticar sem olhar para a realidade. Isso fere o que designamos de análise de democracia responsável e cancela uma análise puramente romântica e desafinada com a realidade. No caso da poluição ambiental, é inegável a sua indispensabilidade, mas obviamente o Estado e a Sociedade devem, com a maior criatividade possível, buscar atenuar os seus efeitos e, em alguns casos, proibir expressamente, sempre com olhos no fato de que, no futuro, o esgarçamento dos recursos ambientais poderá comprometer a própria sobrevivência humana. A cobrança de valores por nível de poluição é, nesse sentido, uma excelente medida que, além de forçar as empresas a pensar em alternativas de menor poluição (o que reduziria o custo de sua produção), redundaria em geração de recursos financeiros que poderiam ser destinados a providências de pesquisas, de *marketing* e de conscientização ambientais. A obra de Michael J. Sandel, com as ressalvas acima quanto à cautela de não estimular uma postura irresponsável de demonização do mercado, suscita reflexões oportunas sobre a interação entre Direito, Economia e as demais disciplinas.

assuma a responsabilidade pelas consequências para, com hombridade, resignar-se ou, com ousadia e criatividade, mudar os rumos.

É condenável a postura de atribuir a culpa a terceiros, como costumam fazer regimes ditatoriais que sempre criam um inimigo que supostamente seria o causador das tragédias. Os Estados Unidos, por exemplo, são muitas vezes colocados como inimigos causadores da catástrofe econômica de Cuba ou da Venezuela (sob o regime implantado por Hugo Chavez e Nicolás Maduro), quando os seus resultados monetários foram frutos de escolhas que o próprio país fez para buscar obter outros benefícios¹⁰⁴. Em verdade, se a população escolhe uma alternativa de ineficiência financeira por meio de um caminho democrático – e os contornos desse caminho são turbulentos, conforme já realçado –, cumpre-lhe suportar os prejuízos daí decorrentes e contentar-se com os benefícios não monetários que foram obtidos. Será injusto, porém, imputar a responsabilidade por esses resultados financeiros desastrosos a terceiros, com o objetivo de conseguir custeios econômicos. É evidente que há situações em que terceiros atuam, com abuso de direito, para ocasionar a catástrofe financeira, mas essa hipótese escapa ao figurino ora desenhado e obviamente atrairia reflexões de reparação dos danos injustamente causados. O foco aqui é para as soluções jurídicas adotadas pela própria sociedade num caminho democrático responsável.

É igualmente necessário que os setores desorganizados também sejam, de algum modo, integrados nos debates democráticos acerca das soluções a serem adotadas. Por exemplo, os sindicatos acabam representando mais o interesse dos trabalhadores assalariados, e não das pessoas desempregadas, que geralmente ficam sem mecanismos de amplificação de sua voz nas democracias atuais. Isso coloca em dúvidas a legitimidade democrática de diversas soluções jurídicas adotadas em matéria trabalhista.

Enfim, a análise de democracia responsável se sustenta em reflexões obtidas a partir do material fornecido pela AED e pela NEI e, também, pelos estudos desenvolvidos pela professora da UnB Ana Frazão, os quais serviram de amparo central neste trabalho acerca do Estado Democrático de Direito (capítulo 1.1.3.).

¹⁰⁴ Não se ignora que, mesmo no âmbito acadêmico, haja diagnósticos diversos das patologias sofridas pela Venezuela e por Cuba, mas a refutação detalhada dessas perspectivas exigira aprofundamentos que o corte epistemológico aqui feito censura.

3.3.1.5. Análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais

Além da análise da essencialidade dos direitos envolvidos na solução jurídica adotada – a qual já foi tratada mais acima –, é necessário que as soluções jurídicas favoreçam o contínuo monitoramento da concretização dos direitos classificados como essenciais.

Esse monitoramento é fundamental para evitar uma situação comum, mas não adequada, de proliferação das informalidades. Trata-se de fenômeno extremamente comum, mas que, por estimular a criação de ordenamentos jurídicos paralelos ao estatal, conduz a um pluralismo jurídico que acaba sendo nocivo ao desenvolvimento do País.

O fato é que a falta de garantia de efetivação de direitos essenciais inexoravelmente induzirá os indivíduos a, como ato de autodefesa, forjarem uma estrutura jurídica paralela ao ordenamento jurídico estatal. É verdade que há outras causas do pluralismo jurídico, como a própria cultura do oportunismo ou da criminalidade. Todavia, a falta de implantação efetiva dos direitos essenciais desempenha persuasivo papel causal. É praticamente inevitável que os indivíduos criem alternativas informais paralelas para satisfazerem os seus interesses. Essa inevitabilidade é bem lembrada nesta pergunta retórica feita por Chico Buarque na sua música “O Que Será?”: “O que será, que será? Que todos os avisos não vão evitar?”.

É curioso que, mesmo em países em que a tutela dos direitos de propriedade se revela mais acentuada, pode-se enxergar, ainda que em menor grau, a informalidade socialmente chancelada. Um passeio pela famosa *Dr. Martin Luther King Jr. Boulevard* no bairro do *Harlem* em Nova Iorque para visitar o famoso *Apollo Theater* não esconderá camelôs vendendo, às escâncaras, CD's com músicas pirateadas. A violação ostensiva e socialmente tolerada dos direitos autorais em locais mais humildes parece ter causa que vai muito além da mera cultura da malandragem e que abrange também as dificuldades de acesso dos menos afortunados às produções culturais por motivos financeiros.

Embora, em situações extremas, a imposição violenta da ordem formal possa ser necessária, esse caminho é, em regra, desaconselhável e ineficiente. As recentes intervenções militares para a pacificação das comunidades do Rio de

Janeiro, por exemplo, acabaram por, na prática, gerar uma pseudo-pacificação: os traficantes se disfarçaram mais e, no lugar dos grupos de traficantes dissolvidos, surgiram os paramilitares, que exasperam o clima de terror nas comunidades.

As inúmeras situações de ocupações irregulares de terras também são reflexos da falta de implementação de direitos essenciais, além de, para tal tema, poderem concorrer miríades de outros argumentos, como a inadequação do ordenamento jurídico-formal e a atuação ineficiente da máquina estatal.

Aliás, é comum empresas comecem a operar suas atividades sem a prévia emissão de alvará de funcionamento em razão de demoras injustificáveis da Administração em analisar os seus pedidos. O direito essencial a exercer atividades econômicas é entravado por estruturas institucionais morosas e ineficientes e, por isso, acabam dando azo às informalidades.

A propósito dessas informalidades, estudos feitos sob a ótica do Direito Achado na Rua e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano podem ser úteis, por indicarem diversas situações de informalidades que, na prática, estão a legitimamente reivindicar direitos ainda não inscritos nas instituições formais. Todavia, sempre há de ter-se cautela no manejo dessas ferramentas teóricas, pois, conforme as ressalvas já feitas no capítulo 2.7., esse modo de abordagem pode desprezar a viabilidade material das coisas e, de forma escamoteada, cancelar o que se designou de “discurso do opressor na boca do oprimido”.

Além do mais, as advertências implícitas nas reflexões de Karl Polanyi, do NDD e da AJPE contra o distanciamento do Direito em relação à Sociedade são alicerces dessa espécie de análise de monitoramento.

Portanto, a análise do monitoramento contínuo da efetivação dos direitos essenciais é papel fundamental do jurista, que, a todo instante, deve verificar se as suas soluções jurídicas permitem esse acompanhamento da realidade e indicar novas metodologias que garantam esse efetivo monitoramento.

3.4. Por uma conciliação entre ED light e ED denso: as diretrizes teóricas do Estado Democrático de Direito

Com apoio nos parâmetros analíticos escandidos no capítulo 3.3.1. (análises de viabilidade material, de essencialidade do direito, de criatividade institucional, de democracia responsável e de monitoramento dos direitos essenciais) e com suporte nas bases metodológicas indicadas no capítulo 3.1., que mescla o pragmatismo de Richard Posner, o reconhecimento de traços de subjetividade e a valorização de juízos democráticos e prudenciais num contexto de sociedade concebida sob o agito do conflito de facções (tradição aristotélica) e sob a necessidade de traços metafísicos de estabilidade (tradição platônica), há de ser edificado o Estado Democrático de Direito, harmonizando os dois principais modelos de Estado de Direito (ED) em voga: (1) o ED light, que se associa ao projeto neoliberal global, em razão do qual se prestigiam valores que asseguram livre iniciativa, liberdade de ir e vir, regras claras do jogo etc.; e (2) o ED denso, que se atrela ao projeto neoconstitucional global, em virtude do qual se focam valores vinculados à promoção de direitos sociais.

Conforme já realçado neste estudo (capítulo 1.2.), Garavito lamenta que haja uma preponderância do ED light em diversos países do mundo, com infiltrações tímidas do discurso decantado no ED denso. Nas palavras de Garavito, esse cenário é descrito como “neoconstitucionalismo reprechido”, visto que o projeto neoliberal acaba por estorvar as tentativas de avanços do projeto neoconstitucional.

Todavia, manejando as bases metodológicas deste estudo, a intensidade dos pincéis do ED *light* e do ED denso deve ser calibrada pela vontade de cada sociedade, que há de colorir o seu modelo estatal de acordo com os parâmetros analíticos que prestigiem o sentimento de coparticipação democrática, a responsabilidade pelo próprio destino e a prudência quanto às consequências reais, nos moldes dos parâmetros analíticos de soluções jurídicas indicados neste estudo. O equilíbrio entre os dois modelos de ED deve ser encontrado por meio de um juízo prudencial e democrático acerca das soluções institucionais adotadas, com a responsabilidade de honradamente assumir a responsabilidade pelas prováveis consequências práticas, seja para se resignar, seja para, com a ousadia, experimentar novos arranjos institucionais.

Parece-nos equivocado, como insinua Garavito, abalançar-se no sentido de que o modelo de ED mais adequado seria um que privilegiasse a

concepção densa de ED. A prudência demonstra que Estados muito inclinados à versão densa do ED tendem a estimular o assistencialismo, a inibir o empreendedorismo e a incorrer em crises econômicas, especialmente que a matriz institucional não esteja preparada para evitar isso. E, nesses modelos de Estado com inclinação decisiva para a concepção densa de ED e sem uma matriz institucional devidamente compatível, a causa da catástrofe econômica, social e política do país, qual o homem invisível de Chesterton¹⁰⁵, não é percebida pelo governo nem pela população apesar de ser ostensiva, pois, nesses Estados, os apelos ideológicos, propagandísticos e retóricos costumam anevar o discernimento das massas.

Desse modo, o mais oportuno parece ser aquele modelo de Estado Democrático de Direito cujas cores sejam frutos de pinceladas tanto do ED *light* quanto do ED denso, com modesta preferência para o primeiro¹⁰⁶. Nesse sentido, a expressão “neoconstitucionalismo repreendido” de que se valeu Garavito para criticar a modesta prevalência da concepção *light* sobre a densa não parece ser adequada. Parece-nos que seria melhor se valer de outro adjetivo, como “neoconstitucionalismo prudente” para designar essa composição estatal inclinada ligeiramente para a concepção *light*, conforme já exposto neste estudo (capítulo 1.2).

Ao nosso sentir, o perfil mais conveniente de matriz institucional é aquele que amplia a margem de possibilidades para os indivíduos, por meio das suas próprias condutas, definirem o seu próprio futuro. Nesse sentido, há a necessidade de assegurarem-se **direitos essenciais mínimos**¹⁰⁷, que estariam relacionados: (1) a direitos civis e políticos, como a vida, a propriedade etc. e (2) aos direitos sociais que sejam necessários para garantir um ponto de partida mínimo para que os indivíduos possam desenvolver o seu futuro por talento, mérito e sorte. Com efeito, o Direito deve ser solidário, com fundamento na própria Constituição Federal de 1988, que elenca o solidarismo como um objetivo fundamental da

¹⁰⁵ O inglês Gilbert Keith CHESTERTON (1997), no seu conto intitulado “O Homem Invisível”, onde se destaca o famoso detetive padre Brown (que, à maneira de um Sherlock Holmes, desvenda casos enigmáticos), ensina que o “homem invisível” que causa males só é mentalmente invisível, pois se disfarça como se integrasse o universo esperado de pessoas de um ambiente.

¹⁰⁶ Em uma comparação com as notáveis ferramentas analíticas que Louis DUMONT (1993) brindou à antropologia, defende-se aqui uma mixórdia de holismo e individualismo, com ligeira inclinação para este último.

¹⁰⁷ Esse conceito se aproximaria do que John Rawls designa de bens primários e da concepção de mínimo existencial. A propósito desses temas, ver Lucas MENDES (2009) e WEBER (2013).

República (art. 3º, inciso I). O solidarismo, porém, não é um mero assistencialismo, e sim um estímulo à autodeterminação dos indivíduos.

Assim, por exemplo, pessoas com inaptidão laboral por questões físicas merecem auxílio estatal mais incisivo, inclusive, se necessário com outorga de benefícios financeiros, mas esse subsídio deve ser construído de uma forma que garanta a esse indivíduo vulnerável as condições para emancipar-se e construir o seu próprio futuro.

Obviamente a definição do conteúdo desses direitos essenciais mínimos não está sujeito a um critério cartesiano, mas exigirão debates democráticos e prudenciais na sua delimitação. A título ilustrativo, a garantia de educação e de saúde deve ser estendida a todos e, em atenção aos custos desses direitos, poder-se-ia cogitar em cobrança por esses serviços apenas daqueles que possuam condições financeiras, reservando a gratuidade aos mais carentes¹⁰⁸.

Esse tipo de arranjo institucional que mescla as concepções *light* e densa de ED com prestígio para a primeira dá a devida atenção aos custos dos direitos (análise de viabilidade material), ao seu grau de essencialidade (análise de essencialidade), à abertura para a criação de diversas alternativas de soluções institucionais (análise de criatividade institucional), à coautoria democrática das políticas públicas (análise de democracia responsável) e à possibilidade de acompanhamento da efetivação dos direitos essenciais (análise de monitoramento dos direitos essenciais).

Por essa razão, no lugar de se empregar o termo pejorativo “neoconstitucionalismo repreendido”, como sugere o lamento de Garavito, é mais oportuno se servir da expressão “neoconstitucionalismo prudente”, por atentar para os limites materiais e por espicaçar a emancipação de cada indivíduo. Ressalva-se que esse modelo preferencial não exclui obviamente a possibilidade de, em determinadas sociedades, outro arranjo ser desenhado, com atendimento das premissas ora defendidas (especialmente a democracia e a prudência), mas obviamente a sociedade deverá assumir a responsabilidade das consequências. Esses outros arranjos devem ser havidos como legítimos, pois, afinal de contas, cada nação deve ser a protagonista de sua história.

¹⁰⁸ Não é intenção aqui detalhar esse exemplo, que se presta apenas a demonstrar a importância das ideias ora agitadas para a abertura de inúmeras discussões.

As soluções jurídicas devem estar estritamente conectadas à realidade. Defender uma teoria da justiça que ignora as consequências práticas de suas soluções é uma temeridade. É criar uma estrutura institucional fadada a se romper. É como construir a cidade do Direito, do Estado, da Economia e da Sociedade sobre a falha geológica de *San Andreas* após alertas de uma iminente deflagração de um devastador abalo sísmico. A instabilidade da solução jurídica adotada acabará por exigir a imposição de um governo autoritário que reprima os divergentes e terminará por ruir toda a cidade.

E essa atenção à realidade reclama observância rigorosa à formatação institucional da nação. Ora, após a Segunda Guerra Mundial, vários países europeus e asiáticos (como o Japão) estavam totalmente em ruína, em patamar financeiro similar aos dos países subdesenvolvidos. Esses países, todavia, cresceram e voltaram a ser mais desenvolvidos do que várias outras nações que não haviam sido atingidas pelo terror das guerras. Há várias explicações para isso. A explicação mais verossímil é a de que a estrutura institucional desses países propiciam mais o desenvolvimento econômico. Os auxílios financeiros dados aos países após a Segunda Guerra, como as procedentes do Plano Marshall, seriam inócuos se a matriz institucional dos países beneficiários desperdiçasse esses subsídios ou não os aproveitasse criativamente em direção ao desenvolvimento econômico. Não se ignora que houve certos expedientes abusivos que dificultaram a emergência de países subdesenvolvidos, mas indubitavelmente o fator cultural – que é uma instituição informal – é o principal motivo de seus fracassos financeiros. No caso brasileiro, a cultura de aventureiro, de afeição ao crescimento rápido sem esforço e de estímulo à malandragem (perfil Bandeirante, conforme Vianna Moog) é o principal fator explicativo do quadro socioeconômico presente do Brasil e o fator mais decisivo para o nosso futuro.

Essa cultura Bandeirante é acentuada em diversos outros países latino-americanos, como a Venezuela, onde a proliferação de corrupção entre militares e particulares é bem mais acentuada, a Colômbia, cujo Estado coexiste, há muitos anos, com organizações paraestatais vinculadas ao narcotráfico, e o México, que ainda hoje convive com diversos cartéis de narcotraficantes.

É verdade que a prosperidade econômica não é tudo na vida. Há outros aspectos importantes à felicidade da nação. Todavia, é improvável haver

sociedades que, ao mergulhar na penúria, irrompam-se em júbilos. Se esse tipo sociedade houver, elas devem ser respeitadas se as suas escolhas se pautaram nos parâmetros analíticos expostos neste trabalho, mas devem assumir as consequências de suas decisões.

Outro aspecto fundamental no desenho do modelo de ED é que o jurista nunca encerre precocemente os debates, com rejeições sumárias. Não se pode adotar uma postura de censura a investigações da realidade.

Para citar um exemplo, a Caixa Econômica Federal (CEF) decidiu, em 2016, promover o financiamento de imóveis de alto valor (G1-B, 2016). Muitos se apressaram a criticar a medida, alegando que a CEF, por ser um banco estatal, deveria financiar imóveis para pessoas de baixa renda apenas, como as que estavam incluídas nas faixas de baixa renda do Programa Minha Casa, Minha Vida. Argumentaram que isso seria uma atitude opressora dos “burgueses” contra os pobres. Ora, no lugar de financiar um imóvel de três milhões para beneficiar um “rico”, a CEF poderia financiar, com esse valor, 20 imóveis de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e beneficiar vinte pessoas pobres. Um exemplo desse discurso foi o da crítica da ex-Ministra do Planejamento Miriam Belchior (VERMELHO, 2016). Acontece que esses discursos geralmente não são acompanhados de análises concretas das realidade concreta dos fatos e, ao abusarem de vocábulos próprios de uma retórica de combate (como ricos, pobres, opressores, burgueses etc.), rejeitam sumariamente reflexões que possam conduzir a ilações contrárias.

Ora, no caso da CEF, sabe-se que os financiamentos fornecidos, nos últimos anos, para pessoas de baixa renda acabaram tendo altíssimos índices de inadimplência, o que se somou a outras crises financeiras da CEF (FOLHA, 2015). Era fato notório que a CEF estava em crise financeira, atrasando compromissos financeiros. Dessa maneira, a medida tomada no sentido de financiar imóveis de alta renda decorreu de uma iniciativa de aumentar o lucro da CEF para cobrir os seus *deficits*, de maneira a poder continuar promovendo financiamentos a imóveis de baixa renda com qualidade.

O jurista, em situações como essas, deve lançar no papel todas as consequências e, depois, com consciência, criatividade, responsabilidade e ousadia, decidir o que for mais justo, com atenção aos parâmetros analíticos indicados neste estudo. Há várias alternativas: (1) aumentar tributos para continuar custeando os

financiamentos de baixa renda e perdoar os elevados índices de inadimplências; (2) aumentar o lucro da CEF com financiamentos de imóveis mais caros, visto que o lucro por operação é maior e o índice de inadimplência costuma ser baixo; (3) cessar a concessão de financiamentos bancários; (4) outras opções que poderiam ser aventadas com criatividade, como, por exemplo, financiar a aquisição apenas do direito real de usufruto, deixando a nua propriedade para ser alienado a outros interessados; etc. O jurista deve estar aberto a todas a essas alternativas e não encerrar o debate precocemente com base em argumentos de retórica do combate.

Além do mais, a sociedade deve assumir as consequências das suas opções, que devem ser tomadas à luz dos parâmetros analíticos indicados neste estudo.

Hernando de SOTO (2014, 2015-A e 2015-B) defende que, nas terras indígenas do Peru, há uma quantidade significativa de riquezas minerais que, se fosse comercializada no mercado internacional, geraria um capital extremamente vertiginoso, o qual poderia ser rateado entre o Governo peruano e os indígenas. Com esse capital, o Governo peruano poderia desenvolver diversas políticas públicas destinadas a aumentar o bem-estar de todo o país e contribuir para o seu progresso econômico e social.

Essa perspectiva indicada por Hernando de Soto prestigia a análise de viabilidade material das políticas públicas. Todavia, conforme indicado nos parâmetros analíticos indicados neste trabalho, essa questão envolvendo os indígenas deve passar por outros filtros de análise, inclusive os de natureza democrática. Se a opção democrática do Peru for pela intangibilidade das riquezas minerais situadas em terras indígenas e essa decisão tiver sido tomada com consciência de todas as suas consequências práticas, ter-se-á uma atuação legítima do Estado. Nesse caso, chegar-se-á a um resultado que, financeiramente, pode vir a ser desastroso; porém, esse resultado será tido como legítimo por atender a escolha democrática da sociedade.

A sociedade deve assumir a responsabilidade por suas decisões e, com essa ciência, pode pensar em outras alternativas para contornar os prejuízos que suportará ou poderá simplesmente resignar-se. O que é inadmissível é que essa população, posteriormente, a pretexto de retórico manejo dos direitos humanos, venha a reclamar de outras sociedades doações financeiras, pois foi ela quem

escolheu o caminho de ineficiência econômica. A assunção de responsabilidades deve ser um corolário da democracia e das teorias de justiça.

O jurista deve comportar-se com criatividade para enxergar as diversas alternativas institucionais disponíveis para a sociedade, com atenção às consequências práticas de suas soluções.

Uma ilustração disso é vista na frase do economista Henrique Meirelles, que, na condição de Ministro da Fazenda durante o governo do Presidente Michel Temer, teria afirmado que, para resolver a dívida pública, era necessário mudar a Constituição para reduzir “gastos obrigatórios com saúde, educação, moradia, previdência social entre outros” (JUSTIFICANDO, 2016).

Vários juristas se insurgiram contra essa afirmação, invocando o princípio do não retrocesso dos direitos sociais. Acontece que a discussão sobre um tema como esse não pode girar em torno de invocações a concepções formalistas e metafísicas de justiça e no emprego vazio de brados mágicos de inconstitucionalidade da medida. É preciso também atentar para a realidade concreta das coisas, no que a ferramenta da AED se revela útil. Nesse contexto, houve juristas que defenderam que, no lugar de reduzir os gastos com direitos sociais, a solução passaria por refletir sobre tributação de grandes fortunas.

Ao nosso aviso, é preciso sim atentar para as consequências práticas das várias alternativas disponíveis. De um lado, há de refletir se a tributação sobre grandes fortunas não ocasionaria um efeito reflexo negativo na economia, com a fuga dos grandes capitais do país. De outro lado, é necessário também atentar para as consequências práticas dos cortes financeiros em direitos sociais, levando em conta não apenas os resultados econômicos, mas também os desdobramentos sociais, humanos e pessoais. Para o exercício desses prognósticos, a AED normativa revela-se essencial, por se valer de ferramentas da economia para, no cenário de escassez de recursos, apontar as prováveis consequências das soluções adotadas. Após esses prognósticos, o jurista poderá verificar, à luz das teorias de justiça e das teorias democráticas, qual a solução jurídica é mais adequada, com a consciência de que terá de assumir a responsabilidade de suas decisões.

Não poderá, ainda, o jurista fugir de, nas suas reflexões, fazer análises de essencialidades dos direitos envolvidos, pois, a depender do grau de relevância de um direito, a adoção de soluções intervencionistas e de perfil social terá mais

legitimidade, ainda que gerem custos econômicos. Um bom exemplo de que eficiência financeira e justiça nem sempre coincidem é a absurda prática imposta pelas fábricas da Nissan no Japão para que os seus trabalhadores usem fraldas geriátricas para não perderem tempo com idas ao banheiro (REVISTA FORUM, 2016). Ora, o direito de os trabalhadores atenderem às suas necessidades fisiológicas é de extrema essencialidade, de maneira que, ainda que o exercício desse direito cause repercussões econômicas negativas (redução da produção na fábrica e possível aumento do preço dos produtos), a essencialidade do direito justifica a intervenção estatal para proibir essa prática atroz.

Seja como for, não se ignora que é difícil a tarefa de encontrar um ponto de conciliação entre os modelos de ED *light* e de ED denso no ambiente do paradigma do Estado Democrático de Direito. Os parâmetros aqui suscitados servem de norte, mas exigem do jurista um elevado grau de criatividade, de ousadia, de tentativas de acerto, de humildade no reconhecimento de equívocos, de hombridade na assunção de responsabilidade e, principalmente, de sensibilidade ao “sentimento de liberdade de cada um”¹⁰⁹.

Não se esconde certa preferência pelas diretrizes da versão *light* de Estado de Direito, que busca fazer de cada indivíduo o protagonista da própria história. E, nesse sentido, a clareza dos direitos, a previsibilidade das regras do jogo, a contenção nas ingerências estatais e o respeito a direitos liberais como a propriedade revelam-se fundamentais.

Todavia, esse concerto de estruturação do Direito, do Estado, da Economia e da Sociedade inevitavelmente possuirá falhas diante da complexidade das interações humanas em escala de um País.

Em primeiro lugar, grupos em posição econômica superior poderiam tolher, totalmente, a ascensão de outros grupos por meio de comportamentos abusivos, a exemplo dos famigerados casos de abusos do poder econômico.

¹⁰⁹ A obtenção de conclusões cartesianas, como se fossem “receitas de bolo” para os males da sociedade, em discussões travadas no âmbito das ciências sociais merece ser sempre questionada. Cass Sustein, por exemplo, ao tratar da liberdade de expressão, elaborou o livro *Democracy and the Problem of Free Speech*, em que suscitou considerações acerca de consequências advindas de restrições a essa liberdade, sem formular uma resposta apodítica. O resultado disso, nas palavras de Richard POSNER (2009, p. 419), “é um livro cauteloso e até indeciso, mas responsável, pois o autor tem plena consciência da profunda incerteza empírica que obscurece o debate sobre as consequências das diversas formas de discursos e das propostas de controle delas”. Deveras, é de causar suspeita o anúncio de soluções peremptórias em um “tempo de perguntas fortes e de respostas fracas”, para se servir de expressão de Boaventura de Sousa Santos (sem endossar, porém, a sua direção de pensamento) (SANTOS, 2007, p. 23).

Em segundo lugar, o ponto de partida dos indivíduos não é igual, o que intima o Estado a intervir para garantir um nivelamento naquilo que é indispensável para que o talento e o esforço de cada um predeterminem o futuro. E, aí, não se terá como fugir à delimitação do conteúdo de um “mínimo existencial”, tarefa árdua que, ao nosso aviso, deve ser executada mediante uma investigação que seja, a um só tempo, democrática, realista e responsável:

- a) democrática, por ser necessário auscultar a população por mecanismos de participação democrática;
- b) realista, porque não se pode desconectar da inescapável realidade de escassez de recursos, a qual impõe limites materiais à concretização de todas as vontades (um exemplo truísta: é absolutamente inviável garantir uma renda mínima a todos os indivíduos – que exerçam ou não atividades produtivas financeiramente – em patamar que lhes garanta viver nababescamente, ao sopro de alimentação refinada, de hospedagens palacianas, de viagens internacionais etc.); e
- c) responsável, em virtude da imperiosidade de suportar, com hombridade, as consequências das decisões feitas, de não exigir de outros o compartilhamento das suas eventuais desventuras e de adotar, com ousadia, novos rumos em busca de acerto (outra ilustração truística: países que adotaram caminhos de extremismo de viés socialista, como Cuba e, mais recentemente, a Venezuela, devem assumir a responsabilidade pela sua conjuntura atual de carência financeira em troca de uma busca por possíveis ganhos sociais: se eles estiverem satisfeitos, nada há a fazer; se, ao contrário, lamuriam a penúria financeira de seus cidadãos, devem ter a hombridade de adotar novos rumos, sem imputar a outros a responsabilidade pela sua história).

Em terceiro lugar, apesar das tentativas inexitosas de várias correntes de pensamento contra o uso da metafísica na definição de direitos (por exemplo, a teoria crítica dos direitos humanos, embora negue a existência de conteúdos metafísicos de direitos, defendem direitos que, na verdade, são metafisicamente definidos pelos seus intelectuais), é preciso adotar esforços de racionalidade para

definir alguns direitos mínimos, sob pena de expurgarmos dos indivíduos valores muito caros à coexistência humana, como a solidariedade.

A propósito disso, a história é pródiga em lições.

Os ares do sul da Polônia respiraram a fumaça exarada pelas chaminés das fornalhas humanas de Auschwitz, em virtude de a grande massa da população alemã consentir na eliminação de indivíduos que não eram bem-vindos diante da opção política adotada. A maioria dos alemães emprestou sua adesão e, nem por isso, se pode qualificar essas fogueiras humanas de democráticas, pois violaram garantias mínimas que devem ser concedidas às minorias. A empreitada da Alemanha nazista, se exitosa, talvez pudesse garantir prosperidade econômica aos arianos, mas certamente não poderia ser admitida como legítima em virtude da profanação de direitos fundamentais (como a vida) perpetrada pela maioria.

Igualmente, o discurso esteticamente libertário, contra-hegemônico e de emancipação social de Stálin era aplaudido pela maioria dos soviéticos, mas, na verdade, chancelava uma carnificina de tenebrosidade similar ao da Alemanha nazista. As minorias, ao ousarem discordar da máquina estatal vermelha, cavavam a própria sepultura, porque direitos mínimos eram vilipendiados pela maioria sob um estético discurso de libertação nacional. Esses sacrifícios humanos, todavia, eram justificados em nome de uma sofismática emancipação social e popular. É extremamente curioso ouvir a desfaçatez dos discursos stalinistas, que anunciavam uma suposta libertação social e econômica da população e, ao mesmo tempo, justificavam o morticínio das minorias como uma necessidade de combate aos inimigos opressores. O último discurso de Stálin em 14 de outubro de 1952 é bem ilustrativo, quando o ditador bradava, *in verbis* (STALIN, 1952, *grifo nosso*):

Para nós, é especialmente valiosa essa confiança indicativa do empenho em apoiar nosso partido nas lutas por um futuro radiante para os povos contra a Guerra e pela manutenção da paz.

(...)

A peculiaridade desse apoio consiste em que cada partido irmão, ao apoiar as aspirações pacifistas de nosso partido, demonstra também estar apoiando a luta de seu próprio povo pela manutenção da paz. Em 1918-1919, durante a agressão armada da burguesia inglesa à União Soviética, o operariado inglês, ao organizar a luta contra a guerra sob o slogan “Tirem as mãos da Rússia”, apoiou, antes de tudo, a luta de seu povo pela paz, e só depois a União Soviética. (...). No que concerne, pois, à União Soviética, seus interesses são totalmente inseparáveis da causa da paz mundial.

Naturalmente, nosso partido não pode permanecer em dívida com os partidos irmãos e deve também, por sua vez, apoiar a eles e a seus respectivos povos na luta por sua libertação e pela manutenção da paz. Como se sabe, é assim mesmo que ele procede. Após nosso partido ter conquistado o poder em

1917 e ter tomado medidas efetivas para liquidar o jugo capitalista e latifundiário, os representantes dos partidos irmãos, admirados pela bravura e pelos êxitos de nosso partido, confiaram-lhe o título de “Brigada de Choque” do movimento revolucionário e operário mundial. Com isso, eles manifestaram a expectativa de que os êxitos dessa “Brigada de Choque” aliviassem a situação dos povos afligidos pelo jugo do capitalismo. (...).

(...)

Merecem atenção especial os partidos comunistas, democráticos ou operário-camponeses que ainda não chegaram ao poder e continuam atuando sob o tacão das leis draconianas burguesas. (...).

Por que, em todo caso, para esses partidos não será tão difícil atuar, em comparação com os comunistas russos do período tsarista?

Em primeiro lugar, porque eles têm diante dos olhos os exemplos das lutas e dos êxitos da União Soviética e dos países democrático-populares. Eles podem, portanto, aprender com os erros e os acertos desses países e, assim, facilitar sua atuação.

Em segundo lugar, porque a própria burguesia, principal inimiga do movimento emancipador, mudou drasticamente, tornou-se mais reacionária, perdeu seus vínculos com o povo e, assim, enfraqueceu-se. Naturalmente, essa situação também deve facilitar a atuação dos partidos revolucionários e democráticos.

(...)”

No caso stalinista, tratava-se do que se pode chamar do “discurso do opressor na boca do oprimido”, ao cancelar a liquidação dos “burgueses opressores”. Aliás, essa mesma lógica comandou alguns líderes políticos latino-americanos. De fato, o desprezo pela vida das minorias também atapetou o caminho de ídolos como Che Guevara e Fidel Castro, os quais impiedosamente eliminaram as minorias que se opunham ao seu ideário político.

Semelhantemente, o emprego da violência para silenciar eternamente minorias opositoras também caracterizou várias outras ditaduras latino-americanas, que banalizaram direitos fundamentais de qualquer indivíduo em nome de um discurso de proteção às ameaças comunistas na América.

Também são testemunhas dos riscos oriundos do menoscabo à definição racional do conteúdo de direitos fundamentais os inúmeros trabalhadores que, sem qualquer proteção assistencial ou previdenciária, eram defenestrados das janelas das fábricas da revolução industrial por terem se tornado fisicamente incapacitados após um acidente de trabalho. Eles também bradam, de suas tumbas, em favor da definição de um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, medida que inevitavelmente dependerá de esforços de racionalismo que, embora se revista de certa metodologia metafísica, estará atenta às experiências e à realidade concreta.

A tarefa de divisar os limites mínimos de direitos fundamentais é árdua, mas necessária. E, para tanto, além da auscultação dos canais de participação democrática, haverá a necessidade de esforço de metafísica e de empiria para não conspurcar a democracia com a mancha da ditadura de uma maioria.

4. O DIREITO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: rumos para a constitucionalização

4.1. Constitucionalização do Direito Civil

Nos trabalhos embrionários do italiano Pietro PERLINGIERI (2007 e 2008), podem ser encontradas as reflexões seminais do movimento da Constitucionalização do Direito Civil. A tendência de acolher as questões privadas sob o guarda-chuva da Constituição pode ser reportada a período anterior aos escritos de Perlingieri, especificamente na Alemanha “com a conhecida decisão no caso Lüth, já na vigência da Lei Fundamental de 1949” (FERNANDES, 2014, p. 62)¹¹⁰. Como lembra o Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Néviton GUEDES (2014), o famoso caso Lüth foi fruto da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em razão do recurso constitucional interposto por Erich Lüth, que havia sido condenado pelo tribunal estadual por ter publicamente convocado vários boicotes aos filmes produzidos Veit Harlan como retaliação ao seu suposto passado nazista, marcado por ter produzido um influente filme anti-semita em 1940. A Corte Alemã reformou a decisão da Corte local, sustentando que “o *direito fundamental à liberdade de opinião* irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil” (GUEDES, 2014), de sorte que, mesmo em relações entre particulares, os direitos fundamentais devem ser fonte normativa.

Em suma, esse movimento sujeita o Direito Civil às luzes axiológicas irradiadas pelo Direito Constitucional, rejeitando a concepção do Direito Civil como sendo a Constituição do Homem Comum, como afirmava Miguel REALE (2002). A Constituição deve ser o fundamento de validade de todo o Direito Civil, como ensina o professor Paulo Luiz Netto LÔBO (1999, p. 108). Disso decorrem diversas consequências práticas, como a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)¹¹¹ e a entrega da posição central do Direito Civil para a tutela da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁰ A propósito da abordagem constitucional para relações contratuais, reportamo-nos também a didático texto de FERNANDES (2009).

¹¹¹ A propósito da incidência dos direitos fundamentais no Direito Privado, o professor catedrático da Universidade de Munique Claus-Wilhelm CANARIS (2012, p. 129) ensinava que os direitos fundamentais devem ter aplicação imediata em qualquer relação privada, sem exceção, com a devida proteção por parte dos tribunais.

A constitucionalização do Direito Civil não se confunde com a Publicização do Direito Civil. Esta última se reporta à redução da autonomia privada, ao espicaçamento do dirigismo contratual, à outorga de natureza cogente a normas de direito privado. A publicização diz respeito ao “processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito do Estado Social do século XX” (LÔBO, 1999, p. 99). É o que sucedeu, por exemplo, com a locação predial urbana, a tutela da criança e do adolescente, a tutela do consumidor, o direito do trabalho etc. A publicização é, em poucas palavras, o processo de intervenção estatal no plano infraconstitucional, “ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos” (LÔBO, 1999, p. 101).

O gênio de Gustavo Tepedino e de Maria Celina Bodin de Moraes importou ao Brasil esse movimento, que se espalhou pelas universidades brasileiras, abriu inúmeras frentes de pesquisas e estimulou o nascimento de incomensuráveis trabalhos riquíssimos, a exemplo do trabalho de doutorado de Marcelo Schenk DUQUE (2013).

Os contornos do Direito Civil Constitucional foram bem resumidos no documento conhecido como “Carta de Curitiba”, no qual os Grupos de Pesquisa de Direito Civil dos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro editaram seis proposições que, em suma, realçam a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, a rejeição do método de subsunção, a supremacia do paradigma principiológico, a mudança do ensino jurídico e a sobrevalorização da dignidade da pessoa humana. Por sua relevância, as proposições merecem transcrição (FACHIN e TEPEDINO, 2006):

Proposição 1: Integra o elenco dos desafios contemporâneos do Direito Civil brasileiro a análise crítica do conceito de personalidade jurídica, distinguindo, de um lado, os valores da pessoa humana que fundamentam os direitos da personalidade; e, de outro, a subjetividade, noção associada à capacidade, atribuída pelo ordenamento para o exercício de direitos de modo a abranger, nesse âmbito, titularidades coletivas de bens.

Proposição 2: É da substância do Direito Civil brasileiro contemporâneo, à luz da principiologia axiológica de índole constitucional, a defesa de modos plurais de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Proposição 3: A unidade do ordenamento importa na superação do método da subsunção, que fragmenta o processo de interpretação e aplicação do direito, pretendendo submeter os fatos sociais, estaticamente considerados, à previsão normativa abstrata. A aplicação do direito, muito ao contrário, configura procedimento hermenêutico unitário, em que a norma, construída a

partir do fato concreto, deve refletir a totalidade do ordenamento na ambivalência dialética entre fato e norma.

Proposição 4: A supremacia do paradigma principiológico diante do dogma da segurança jurídica formal constitui um “banco de provas” que arrosta, na travessia da modernidade clássica à contemporaneidade crítica, os limites e as possibilidades da doutrina e da jurisprudência, no sentido de reconstruir o princípio da segurança jurídica, não como reprodução literal e acrítica dos textos legais, mas como tutela dos interesses que melhor traduzam, no caso concreto, a ordem pública constitucional.

Proposição 5: No ensino do Direito Civil brasileiro contemporâneo, o perfil problematizante na formação jurídica pressupõe projeto didático-pedagógico e corpos docente e discente comprometidos com a extensão e a pesquisa de modo sistemático e contínuo, na graduação e na pós-graduação, superando o modelo das fórmulas abstratas de juízos apriorísticos generalizantes, e valorando, na força criadora dos fatos sociais, a casuística oferecida pela jurisprudência.

Proposição 6: Tendo como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana materialmente compreendido, coloca-se o Direito Civil brasileiro contemporâneo na perspectiva da instrumentalização das relações patrimoniais às existenciais, quer no contrato, quer nas relações familiares apreendidas sob conjugalidade plural, quer, ainda, no trânsito das titularidades, abrindo espaço para afazeres que congreguem questões teóricas e os compromissos da práxis.

A matéria-prima desse movimento é bem plástica e dá ensejo a diversos modos de abordagem. É que, ao preconizar a incidência do envolvimento do Direito Civil pelo Direito Constitucional, esse movimento exige do civilista a imersão nos principais debates existentes no mundo acerca da interrelação entre Estado, Direito, Economia e Sociedade, o que poderá desaguar em resultados. Essa tarefa fica mais difícil quando se leva em conta que os direitos fundamentais previstos na Carta Magna podem ser aplicados diretamente em relações civis entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), o que confere maior abertura ao jurista por lidar com a pouca densidade dos princípios constitucionais no Direito Privado.

No presente estudo, buscar-se-á indicar parâmetros analíticos que devem ser adotados pelo Direito Civil Constitucional, critérios esses que almejam conduzir o jurista a um ponto de equilíbrio que consiga conciliar a realidade concreta com os primados de justiça. Entre esses critérios está, por exemplo, a preocupação com a realidade concreta das coisas sob uma perspectiva da Economia, abordagem que não vem aparecendo, com frequência, nas pesquisas guiadas sob a ótica do Direito Civil Constitucional.

Ao estabelecer a interlocução entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, os debates não podem voar apenas nas asas de reflexões desconectadas da viabilidade material das coisas, sob pena de transformar a

empreitada reflexiva em uma jornada romântica e diletante que, na vida real, redundará em desastre. Tampouco esse diálogo pode se entregar, indiscriminadamente, ao vento de subjetivismos, de irrealidade e de magia hermenêutica nos moldes do que algumas abordagens neoconstitucionais têm patrocinado, com sérias ameaças à própria subsistência do Estado de Direito, na expressão de Jorge Octávio Lavocat GALVÃO (2014), de quem se extrai este excerto:

Felizmente os próprios autores neoconstitucionais já estão começando a dar conta dos efeitos perniciosos que sua teoria tem causado para a nossa prática jurídica. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 11 e 18), um dos precursores dessa corrente doutrinária, já reconhece que “o discurso (sedutor) da dogmática principialista (...) tem se prestado a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através dos princípios”, concluindo de maneira crítica que “todas as questões jurídicas vêm sido reportadas à dignidade da pessoa humana”. Daniel Samerto (2007, p. 144) é ainda mais enfático ao afirmar que as teses do Neoconstitucionalismo abriram espaço para um “decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo”. E arremata: “Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles o julgador de plantão consegue fazer tudo o que quiser”.

Não obstante as críticas, esses autores ainda não conseguiram conceitualizar o sentimento de perda que emerge quando os juízos utilizam uma das variadas teses de flexibilização das normas para decidir conforme suas preferências. Tanto Schier quanto Sarmento, sem abrir mão de seu instrumental teórico, procuram apelar para a prudência dos jugladores como forma de evitar que abusos sejam cometidos. Não se conseguiu identificar a raiz do problema. O que se argumentou aqui foi que esse sentimento de perda está intimamente ligado à violação dos valores subjacentes ao conceito de Estado de Direito. A partir do reconhecimento da dignidade da legislação e do Estado de Direito, muitas das angústias compartilhadas por esses autores podem ser mais bem compreendidas, possibilitando, a partir de uma interpretação construtiva, a adaptação de suas concepções jurídicas para albergar esses valores em seu âmago. Dado esse passo, contudo, haverá uma reviravolta no estudo do Neoconstitucionalismo. A centralidade da perspectiva do juiz como o agente de transformação social cederá espaço à revalorização da política democrática como principal fórum decisório e para o estudo do modo pelo qual as normas jurídicas advindas desse processo políticos passam a ser respeitadas e utilizadas como guias de conduta. Nesse dia será possível dizer que o Estado de Direito terá dado um *firm* ao Neoconstitucionalismo.

O Direito Civil Constitucional não pode deixar-se cativar pelos exageros de fantasia hermenêutica que algumas abordagens neoconstitucionalistas têm estimulado. Ele deve conseguir um ponto de equilíbrio que concilie a realidade com a imaginação.

Os parâmetros analíticos ora cogitados para o Direito Civil Constitucional buscam, de um lado, impor limites a essa sedução de desconexão com o real e, de outro lado, não tolher o uso da imaginação institucional, sem se

esquecer da observância da necessidade de atenção à participação democrática na formulação das soluções jurídico-civis.

4.2. Da sintonia do Direito Civil e o modelo de Estado de Direito

Ao longo deste estudo, desenvolveram-se parâmetros analíticos e diretrizes teóricas na modelagem do Estado Democrático de Direito diante dos inúmeros discursos contemporâneos de Direito, Economia e Sociedade.

O resultado disso foi resumido na indicação de parâmetros analíticos a serem empregados pelos juristas (capítulo 3.3.1.), no reconhecimento da importância da prudência e da metafísica (capítulo 3.1.) e na vantagem de um modelo de Estado de Direito (ED) que, ao mesclar as versões *light* e densa de ED, incline-se para os elementos da concepção *light* (capítulo 3.4.).

O Direito Privado, com inclusão do Direito Civil, inevitavelmente terá de ser guiado pelo paradigma de Estado Democrático de Direito em vigor, na medida em que a consecução dos projetos estatais se implementam por meio de suas instituições (formais e informais). O Direito Civil representa uma das instituições mais influentes nesse contexto, pois está presente nas mais diversas interações entre os agentes.

Aliás, é nesse contexto que o movimento da constitucionalização do Direito Civil, ao preconizar a submissão desse ramo do Direito à Constituição, apenas realça esse papel fundamental na concretização do projeto de Estado de Direito adotado.

A sintonia entre o Direito Civil e a concepção de Estado de Direito em vigor é fundamental. Realmente, seria um despropósito imaginar que um projeto de radical liberalismo poderia prosperar se o Direito Civil fosse marcado por uma excessiva postura social e intervencionista. E vice-versa.

Uma ilustração disso é dada pela Venezuela. O seu presidente Nicolás Maduro determinou, por decreto, em 2014, que “os proprietários de prédios residenciais que alugam apartamentos há mais de 20 anos deverão colocá-los à venda para seus inquilinos, sob pena de multa ou prisão” (G1-C, 2014). Ora, nesse regime estatal de viés socialista, as instituições de Direito Civil – como a propriedade

e os contratos – acabam sendo manejadas por diversos atores (legislador, juízes, doutrinadores etc.) sob as diretrizes dadas pelo modelo de Estado de Direito em vigor.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002, ao se valer das técnicas de redação legislativas da cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, vestiu-se de um texto que permite ao intérprete adaptar a norma ao arranjo institucional de cada momento.

A matriz institucional – na concepção de Douglass North –, por abarcar as instituições formais (leis, por exemplo) e informais (cultura, por exemplo), é o reflexo do modelo de Estado de Direito em vigor.

Assim, o Direito Civil, por permear as instituições formais e informais, deve andar em sintonia com o modelo de Estado de Direito projetado para a respectiva sociedade. Essa é uma das essências que podem ser extraídas do Direito Civil Constitucional. As instituições de Direito Civil devem ser criadas, lidas, modeladas, interpretadas e extintas em consonância as diretrizes constitucionais expressadas no modelo de Estado de Direito do momento.

4.3. Parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional

4.3.1. Considerações gerais

Tendo em vista que o Direito Civil deve manter afinidade com a diretriz de Estado de Direito em vigor, conforme se extrai do movimento de constitucionalização, devem ser plenamente invocados, com as adaptações que se fizerem necessárias, os parâmetros analíticos desenvolvidos neste estudo para as análises feitas pelos juristas na modelação das instituições (capítulo 3.3.1.).

Nesse sentido, as soluções jurídicas de direito civil – independentemente do modo de sua exteriorização (proposição ou revogação de leis, decisões judiciais, atos administrativos etc.) – devem submeter-se a esses parâmetros analíticos, os quais servirão de guia para o operador do Direito. A título ilustrativo, a avaliação da nulidade de uma cláusula contratual por conta de sua abusividade deve atentar para esses parâmetros analíticos. Estes são os principais parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional:

- a) análise da viabilidade material;
- b) análise de essencialidade do direito;
- c) análise de criatividade institucional;
- d) análise de democracia responsável; e
- e) análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais.

4.3.2. Análise de viabilidade material

O movimento da constitucionalização do Direito Civil aluiu as bases exclusivamente patrimonialistas e individualista – certamente irmanadas com as concepções da economia neoclássica –, exigindo do jurista uma preocupação com uma noção de justiça que afasta a Economia do centro do debate jurídico-civil em nome das vantagens solidárias, humanas e existenciais que a legalidade constitucional propicia.

Isso justifica o porquê de um dos pais desse movimento, Pietro Perlingieri, criticar a Análise Econômica do Direito, insurgindo-se contra a equiparação entre o justo e o eficiente economicamente.

Acontece que, como sói acontecer em movimentos impulsionadores de transformações paradigmáticas, os seus arautos são sempre seduzidos a radicalizar para a outra extremidade, negando qualquer diálogo com os pressupostos do paradigma anterior e, à semelhança dos tempos revolucionários franceses, cortando a cabeça dos velhos sacerdotes. Só o tempo é capaz de arrefecer os ânimos insurgentes e encantatórios e de conduzir os debates a soluções intermediárias, pois a história nunca conseguiu exitosamente refutar a lição peripatética *virtus in medium est*. A complexidade do mundo dificilmente se familiarizará com soluções apodíticas e inflexíveis.

Não se pode dizer, porém, que esse extremismo tenha timbrado o pensamento de um dos pais da Direito Civil Constitucional. Na realidade, Pietro Perlingieri, ao criticar a AED, apenas incorreu na crítica à já ultrapassada versão fundacional da AED, que se reunia nos primeiros escritos de Richard Posner e que

reduzia a justiça ao eficiente economicamente¹¹². O catedrático italiano expressamente reconhece a importância de perquirições de índole econômica, mas lhe recusa o papel de protagonista nas reflexões jurídicas. São deles estas palavras, nas quais se vê claramente que a sua crítica se direciona à já sepultada e imatura versão fundacional da AED e que a sua crítica não alcança a importância das reflexões econômicas como escrutínio do Direito e harmonização das suas instituições (PERLINGIERI, 2007, p. 64):

A “*economics analysis*”, como teoria global do direito conforme a racionalidade do mercado, postula que todas as avaliações que no sistema se apresentam como fundamento dos negócios podem esgotar-se no aspecto econômico e que todas as escolhas dos sujeitos econômicos são apresentáveis em função de uma utilidade social global. Ambos os postulados parecem discutíveis. O jurista sabe que nem todas as avaliações do direito são traduzidas em avaliações econômicas: as soluções jurídicas são assumidas sobretudo com base no consentimento formulado em termos políticos.

Com isso não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para “escrutinar o direito” e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessária ter consciência que, se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica.

É irreprochável essa lição de Perlingieri, mas, ao contrário do que sugeririam leituras mais apressadas, ele não desdenha a AED; ao contrário, prestigia-a nas suas versões cunhadas após sua fase inicial. Com efeito, a versão fundacional da AED, que fazia coincidir a justiça com a eficiência econômica, foi certamente fruto da supracitada sedução de radicalismo inspirada pelas transformações paradigmáticas, que são fontes de encanto, de inebrio e de aversão a diálogos com pressupostos do paradigma anterior.

Todavia, o amadurecimento da abordagem da AED desfez essa imaturidade inicial e, com as versões pragmática (também de Richard Posner) e regulatória (de Guido Calabresi), a AED permite enxergar o mundo como uma grande peça de cujo elenco devem participar todos os ramos do saber (entre os quais a Economia), que ora revesarão, ora compartilharão o papel de protagonista. A AED não é uma teoria da justiça¹¹³.

Além do mais, a análise de viabilidade material, ao lançar mão da ferramenta da AED e da NEI, abre espaço para reflexões acerca da necessidade de

¹¹² No capítulo 2.2.2.1., detalhou-se esse *aberratio ictus*, esse erro na execução: o tiro disparado contra a AED acertou, na verdade, a sua já abandonada versão fundacional e, portanto, deixou vivas as suas versões pragmáticas e regulatória.

¹¹³ A propósito, reporta-se ao expandido no capítulo 2.2.2.5.

intervenção estatal nas instituições privadas, servindo-se de normas cogentes para dar natureza de ordem pública a determinadas regras e induzindo os agentes a determinados comportamentos. Essa postura intervencionista é, frequentemente, necessária para corrigir falhas próprias do mercado, para evitar o oportunismo, para reduzir os custos de transação e de informação, para garantir maior igualdade de condições entre as partes contraentes e, também, para o melhor aproveitamento das funcionalidades das propriedades. Em matéria de propriedade, por exemplo, o professor Frederico Henrique Viegas de LIMA (2010, p. 11) lembra Joseph William Singer para defender a suscetibilidade da instituição da propriedade privada à regulamentação estatal, *in verbis*:

A propriedade não existe isoladamente, como afirmou Joseph Sax, mas o seu exercício afeta os proprietários e os não proprietários. Nesse cenário, Joseph Singer, na obra *Entitlement*, afirma que “propriedade privada e regulamentação não são inimigos mortais”, mesmo porque pela mesma muitas pessoas detêm o seu poder de controle em vários aspectos sobre a mesma propriedade e que esta deve ser vista como uma relação entre pessoas e não entre a pessoa e uma coisa. Neste sentido, os direitos de propriedade impõem obrigações de respeito a esses direitos e que a liberdade de uns pode interferir nos direitos de outros. Situação que deve ser evitada, porque como estabelece Eduardo Peñalver, o proprietário consciente dela pode se utilizar da maneira mais ampla, sem se descuidar de seu caráter econômico, porém condicionado a um forte conteúdo moral.

O fato é que o desenvolvimento das abordagens do Constitucionalização do Direito Civil se abalçou a relegar ao anonimato as perquirições econômicas, o que deu ensanchas a reflexões (algumas, não todas, obviamente!) que desaguavam em soluções jurídicas irrealis e inviáveis. Isso se deveu à indevida exclusão das ponderações de viabilidade material do âmbito de definição das questões constitucionais, como se Constituição fosse antônimo de Economia.

Essa percepção, todavia, não pode prevalecer. Entregar os contornos do Direito Civil Constitucional a perquirições metafísicas e despreocupadas com a realidade concreta não é expandir os direitos dos indivíduos, e sim esvaziá-los diante da iniludível realidade do esgotamento dos recursos materiais. A escassez de recursos e o custo dos direitos – que não nascem em árvores, na ironia de Flávio Galdino – são os fantasmas que rondam essas abordagens descompromissadas com a realidade. Igualmente, é inafastável a premissa da NEI no sentido de que os indivíduos são influenciados pelas instituições formais e informais.

Há necessidade de o Direito Civil Constitucional se preocupar também com as consequências concretas das instituições jurídicas, sem descuidar do papel não menos relevante do Direito, da Antropologia e de outras disciplinas. A interdisciplinaridade e a preocupação com investigações empíricas são indeclináveis para desvelar o arranjo institucional, conforme já assinalado neste estudo quando se tratou da NEI¹¹⁴.

Atentar para as consequências práticas não é cancelar o individualismo ou o conservadorismo, mas, ao contrário, é desmarcar o romantismo das perspectivas retóricas de expansão irresponsável e inviável de direitos. É assegurar um Direito Civil Solidário e Humano que, simultaneamente, seja viável concretamente.

Nesse sentido, são irretocáveis os delineamentos conceituais do Direito Civil Constitucional feitos pelo talento de juristas do porte do professor Frederico Henrique Viegas de LIMA (2004 e 2009) e do professor Luciano TIMM (2015).

A título ilustrativo, temos que o fato de a jurisprudência do STJ ser firme no sentido de responsabilizar solidária e objetivamente o proprietário do veículo emprestado gratuitamente por danos causados a terceiros desestimula a generosidade dos indivíduos em compartilhar seus veículos. Igualmente, a responsabilidade civil por culpa grave (conceito aberto de subjetiva definição) do motorista no caso de transporte de mera cortesia, nos moldes da jurisprudência do STJ, afigura-se como um desestímulo à prática de caronas solidárias. Aliás, o risco a que estão expostos os restaurantes de responder civilmente por danos causados por alimentos doados está entre as causas da preferência que a maioria deles tem no sentido de jogar no lixo os restos dos alimentos. Esse comportamento da jurisprudência de responsabilizar o generoso por culpa (ainda que grave) ou de forma objetiva – em desrespeito ao art. 392 do Código Civil, que exige, no mínimo, o dolo – é um exemplo de como a matriz institucional estimula condutas: no caso, essas instituições formais incentivam o comportamento egoísta, o que pode frustrar o êxito de políticas públicas de desafogamento do trânsito ou de doações de alimentos etc. Afinal de contas, é muito caro ser generoso. É claro que o desconhecimento das pessoas quanto a esses riscos da generosidade (custos informacionais) e a tradição cultural da solidariedade (instituição informal) podem

¹¹⁴ Ver capítulo 2.3.3.1.

atenuar essas induções ao egoísmo. Seja como for, o jurista sempre deve voltar os seus olhos à análise de viabilidade material de suas soluções.

No presente estudo, o esforço de apontar parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional buscou não descurar disso e, por isso, reputou indispensável incluir, nesse leque, o que se designa de análise de viabilidade material.

Os juristas, ao se depararem com as soluções jurídicas disponíveis para determinada questão civil, deverão verificar as suas consequências concretas num exercício de diagnóstico – para esquadrihar a realidade atual – e de prognose – para vaticinar os resultados concretos futuros de cada alternativa. E, para tanto, o instrumental da AED é irrecusável, pois permite adequadamente esses juízos de diagnóstico (AED positiva) e de prognose (AED normativa).

Essas avaliações de viabilidade material não se limitam a questões monetárias ou financeiras, mas a resultados de qualquer natureza. O cabedal teórico da AED permite a análise de custo-benefício de qualquer natureza, inclusive social, antropológico etc.

Essas reflexões devem adotar como pano de fundo a visão da Nova Economia Institucional nos moldes de Douglass North, que é certa ao identificar que os indivíduos são influenciados por instituições formais (leis, decretos, decisões judiciais etc.) e informais (cultura, costumes etc.) e que as mudanças da matriz institucional de uma sociedade costumam ser lentas, graduais e, por vezes, inviáveis (*path dependence*). Com efeito, a NEI demonstra que os indivíduos não são motivados apenas por interesses egoísticos de natureza financeira – como se inclinava a criticada economia neoclássica –, mas também são guiados pelo conjunto institucional em vigor (o que inclui também motivos filantrópicos, religiosos e de outras espécies, integrantes da estrutura institucional).

Portanto, é indispensável que o Direito Civil Constitucional submeta as suas reflexões não apenas aos demais parâmetros analíticos aqui expostos, mas também ao parâmetro da análise da viabilidade material, que se alimenta de pressupostos da AED e da NEI¹¹⁵.

¹¹⁵ A título de curiosidade, averbe-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) lançou mão da AED para lembrar que o papel do direito contractual no robustecimento do Mercado: STJ, REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015.

A título ilustrativo, passa-se a uma ligeira análise de viabilidade material do papel redistributivo do Direito Civil.

COOTER e ULEN (2010, pp. 30-32) consideram ineficiente a redistribuição de riquezas por meio de institutos de direito privado, de maneira que:

(...) perseguir objetivos redistributivos constitui um uso excepcional do direito privado que circunstâncias especiais poderão justificar, mas esse não deveria ser o uso comum do direito privado.

Entendem que o “sistema de tributação e transferência”, assim entendido o sistema que envolve tributação progressiva e programas sociais de transferência de renda, constituiria um meio mais eficiente na redistribuição de renda. A metáfora de que os autores se valem é insuscetível de paráfrase, *in verbis* (COOTER e ULEN, 2010, p. 31):

Um exemplo satírico o ajudará a perceber as vantagens da redistribuição eficiente. Suponha que um deserto contenha dois oásis, sendo que um deles tem sorvete e outro, não. Os defensores da justiça social que são a favor da redistribuição conseguem o controle sobre o Estado e declaram que o primeiro oásis deveria compartilhar seu sorvete com o segundo. Em reação a isso, o primeiro oásis enche de sorvete uma grande tigela e envia um jovem que atravessa o deserto correndo para levar o sorvete ao segundo oásis. O sol quente faz uma parte do sorvete derreter, de modo que o primeiro oásis abre mão de mais sorvete do que o segundo recebe. O sorvete derretido representa o custo da redistribuição. As pessoas que discordam veementemente a respeito de quanto sorvete o primeiro oásis deveria dar ao segundo talvez concordem que um corredor rápido deveria transportá-lo. Elas também poderiam concordar em escolher um corredor honesto que não vá tomar o sorvete ao longo do trajeto.

Muitos economistas creem que a tributação progressiva e programas de assistência social – o “sistema de tributação e transferência”, como geralmente é chamado – pode atingir objetivos de redistribuição em estados modernos de maneira mais eficiente do que aquilo que pode ser feito modificando ou rearranjando direitos jurídicos privados. Há diversas razões pelas quais rearranjar direitos jurídicos privados se assemelha a dar o sorvete a um corredor lento.

Em reforço de sua tese, COOTER e ULEN ponderam que a redistribuição por meio do direito privado envolve médias grosseiras. Por exemplo, ao se associar consumidores com “pobres” para, por meio de interpretações da legislação civil, transferir-lhe riquezas, os tribunais incorreriam no equívoco de acabar enriquecendo mais ainda consumidores já ricos (como soem ser os consumidores de automóveis de luxo, de viagens internacionais etc.) e agravando a penúria de investidores de baixa renda (como costumam ser os pequenos empresários). Se, porém, a redistribuição de renda for feita por meio do sistema de tributação progressiva, a lei distinguirá “com mais precisão entre ricos e pobres do que adotando a abordagem indireta de visar ‘consumidores’ e ‘investidores’”.

Outra inconveniência do direito privado como veículo redistributivo é a dificuldade de prever as consequências. Há várias consequências que podem ser imprevisíveis. Por exemplo, ao recrudescer a responsabilidade das empresas, os preços dos produtos podem majorar, alijando do mercado consumidores menos afortunados.

Ademais, os custos transacionais da redistribuição por meio dos direitos privados “normalmente são altos” (COOTER e ULEN, 2010, p. 32), a exemplo das elevadas despesas com as demandas judiciais (honorários contratuais, honorários sucumbenciais etc.) que inevitavelmente deflagram.

Mais um percalço da função redistributiva do direito privado é a sua maior distorção em relação à utilização da tributação. Assim, por exemplo, uma lei que beneficie os consumidores de tomates pode acarretar a redução dos lucros dos produtores dessa *commodity*, o que, conseqüentemente, poderá induzir os investidores a reagir, “retirando recursos dessas propriedades agrícolas e investindo em outros negócios” (COOTER e ULEN, 2010, p. 32). Ao final, a própria oferta de tomates reduzirá, e o consumidor acabará pagando um preço mais alto.

No mesmo sentido, Luciano Benetti TIMM (2015, p. 214) assevera, *in verbis*:

Em síntese, o direito contratual dentro do modelo econômico de contrato confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. O sistema tributário (e o direito público como um todo) providenciará a distribuição de riqueza.

Ao nosso aviso, COOTER e ULEN não deixam de ter razão em apontar para falhas redistributivas pela via do Direito Privado. Todavia, alguns contrapontos devem ser levados em conta, especialmente com olhos no Direito Brasileiro.

Em primeiro lugar, o Estado brasileiro, na sua elevada burocracia e nos níveis alarmantes de corrupção, pode ser considerado historicamente uma fonte de desperdício de dinheiro, assemelhando-se ao corredor lento e desonesto que atravessaria o deserto carregando um sorvete de um oásis ao outro, para se servir da metáfora de Cooter e Ulen.

Em segundo lugar, o Direito Privado não pode ser insensível a realidades concretas de injustiças decorrentes da diferença de força entre os indivíduos. Um exemplo disso é que, antes da lei federal que estabeleceu um rol

mínimo de doenças a serem cobertas pelos planos de saúde, vários operadores acabavam por restringir a cobertura, notadamente diante de pessoas idosas. É verdade que essa lei federal acabou aumentando indiretamente as mensalidades dos planos de saúde, mas o ganho social com isso parece ter compensado o custo financeiro decorrente dessa política. Não haveremos de realizar estudos aqui para detalhar essa relação de custo-benefício por escapar ao objetivo deste trabalho, pois o que nos importa é a ilação que se pode ter no sentido de que o direito privado, em várias situações, deve ser empregado como meio redistributivo.

COOTER e ULEN, no entanto, têm razão ao asseverar que o direito privado não deve ser enxergado pelos formuladores de políticas públicas como o canal precípua de redistribuição de renda. A via do “sistema de tributação e transferência” realmente desempenha esse mister com menor taxa de desperdício, se, no caso brasileiro, forem superadas diversas patologias burocráticas e da cultura Malasarte.

Apesar disso, o direito privado deve receber a intervenção estatal para, em situações excepcionais de manifesta injustiça no caso concreto, guiar a relação privada a um resultado justo e redistributivo. Não se pode, porém, abusar dessas ingerências estatais, pois a regra geral é deixar que a própria liberdade no campo do direito privado conduza os indivíduos à melhoria do seu bem-estar.

Ademais, quando se constata a necessidade de intervenção estatal no direito privado, o jurista deverá, com os aportes da AED normativa, fazer uma prognose acerca das consequências práticas de sua solução jurídica e, em seguida, decidir se os efeitos pretendidos realmente serão obtidos. A propósito, COOTER e ULEN (2010, p. 32) exibem igual sentir, *in verbis*:

(...) Em circunstâncias especiais, (...) o direito privado pode redistribuir com relativa eficiência. Para ilustrar: pense nas leis que exigem aos empregadores construir prédios capazes de dar acesso a pessoas que andam em cadeiras de rodas. Essas leis, caso projetadas de maneira apropriada, podem ser direcionadas com precisão e de forma previsível para portadores de alguma deficiência. Além disso, o cumprimento privado pode ser barato e eficaz, e a distorção nos incentivos pode ser modesta. Projetar esse tipo de lei a fim de produzir resultados desejáveis, porém, exige atenção mais cuidadosa da ciência econômica subjacente do que os reguladores normalmente mostram.

Enfim, temos, porém, que, na linha do acenado por COOTER e ULEN – com a ressalva de que esses autores demonstram maior repulsa do que as nossas

ponderações em relação à função redistributiva do direito privado¹¹⁶ –, a intervenção estatal no direito privado para a promoção de redistribuição de renda deve ser empregada apenas em situações excepcionais. Reconhecemos, porém, que não é tarefa fácil indicar quais são os casos em que a intervenção estatal com fins redistributivos por meio do direito privado é mais adequada. É preciso, porém, testar com ousadia, com a cautela de atentar para as consequências concretas das soluções (para o que a AED normativa será útil).

4.3.3. Análise de essencialidade do direito

As reflexões de Direito Civil à luz do movimento da constitucionalização não podem ignorar para o grau de essencialidade de cada direito, na esteira da reflexão feita por Teresa Negreiros acerca do que ela designou de paradigma da essencialidade.

No capítulo 3.3.1.2., foi destacada a importância do paradigma da essencialidade e, em suma, pode-se extrair daí que o Direito Civil Constitucional deve demonstrar maior postura interventiva à medida que mais essencial se afigurar o direito. Assim, por exemplo, o comércio de órgãos humanos deve ser coibido pelo Direito Civil em razão de ameaçar um direito de extrema essencialidade: a integridade física. Os direitos da personalidade, em geral, exuberam essencialidade, ainda que em graus diferentes: o direito à integridade física, por exemplo, é mais essencial do que o direito aos escritos. Essa distinção de essencialidade poderá conduzir o civilista a tutelas jurídicas diversas, com diferentes graus de intervencionismo.

De uma certa maneira, o Direito Civil vale-se de um critério de essencialidade para justificar a menor intensidade na proteção das seguintes situações de menor essencialidade endógena (entre as partes) e exógena (perante a sociedade):

¹¹⁶ COOTER e ULEN chegam a afirmar que o seu livro “rejeita a abordagem redistributiva do direito” (2010, p. 31), mas, posteriormente, contemporizam, afirmando que o escopo redistributivo do direito privado é “de uso excepcional” (2010, p. 31).

- a) situações de luxo acima do padrão do homem médio (a exemplo de não prever indenização por benfeitorias voluptuárias¹¹⁷ e de excepcionar o princípio da *restitutio in integrum* diante da manifesta desproporção entre o grau de culpa e o dano¹¹⁸);
- b) situações de beneficiários de negócios jurídicos gratuitos, as quais, do ponto de vista da função social – essencialidade exógena –, é menos essencial do que as situações de negócios onerosos, pois é mais adequado estimular estes últimos do que aqueles (por exemplo, os beneficiários de liberalidades só têm direito a indenização no caso de dolo da outra parte¹¹⁹, estão sujeitos a sofrer os prejuízos da fraude contra credores independentemente da prova de má-fé¹²⁰, não podem exigir os proveitos da evicção¹²¹ ou dos vícios redibitórios¹²², só têm direito à indenização pelas benfeitorias que fizer enquanto comodatário sem autorização do comodante se forem urgentes e imprevistas¹²³ etc.); e
- c) situações de mero capricho ou de relevância mínima, pois, como já ensinavam os romanos, *de minimis non curat praetor* (a exemplo da irrelevância do mero dissabor para efeito de indenização).

Nesse contexto, a análise da essencialidade do direito dialoga, à saciedade, com o movimento da constitucionalização do Direito Civil, que, na didática exposição de Paulo LÔBO (2009), refugou a esclerosada visão dos indivíduos como meros agentes econômicos e colocou, no centro da tutela do Direito Civil, a promoção da dignidade da pessoa humana, e não mais o patrimônio

¹¹⁷ Dispõe o art. 1.219 do Código Civil: “Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

¹¹⁸ Trata-se do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, que autorizaria, por exemplo, a fixação de uma indenização em valor inferior ao valor do conserto de um veículo de luxo que foi abalroado por uma culpa leve de outro motorista. Dispõe o parágrafo único do art. 944 do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

¹¹⁹ Art. 392 do Código Civil.

¹²⁰ Art. 158 do Código Civil.

¹²¹ Art. 447 do Código Civil.

¹²² Art. 441 do Código Civil.

¹²³ “As despesas feitas pelo comodatário, com a fruição da coisa emprestada, nos termos do art. 1254 do Código Civil, são as ordinárias, para sua conservação normal e manutenção regular. Despesas outras realizadas sem consentimento do comodante, ainda que impliquem na mais valia do bem, só são indenizáveis se urgentes e necessárias, quando se classificam como extraordinárias.” (STJ, REsp 249.925/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2000, DJ 12/02/2001).

(*repersonalização e despatrimonialização* do Direito Civil). Essa diretriz teórica deve ser levada em conta na definição do grau de essencialidade do direito, com o cuidado de não descurar da importância do patrimônio para a própria promoção da dignidade das pessoas.

Além da dignidade da pessoa humana, a essencialidade também envolverá aferição do atendimento da função social do direito envolvido. Quanto maior a importância do direito sob a ótica da função social, maior deve ser a sua essencialidade. E os contornos desse conceito aberto – função social – deverá levar em conta a relevância do direito para a sociedade e, também, para o seu titular, numa perspectiva que se apoiará nos demais parâmetros analíticos aqui suscitados, como os impactos concretos (análise de viabilidade material) e a adesão democrática e responsável da sociedade.

Reforce-se esta obviedade: o parâmetro da essencialidade deve ser levado em conta em conjunto com os demais parâmetros.

4.3.4. Análise de criatividade institucional

As incessantes e complexas transformações da sociedade exigem que o Direito Civil Constitucional seja dinâmico, atento à realidade e criativo. A todo instante, a realidade apresenta situações novas que não se encaixam nas “caixinhas” das instituições jurídicas tradicionais, o que atrai as reflexões urdidas no capítulo 3.3.1.3. deste trabalho.

Daí decorre que a constitucionalização do Direito Civil exige ousadia do jurista para inovar e desvencilhar-se das concepções tradicionais, insurgindo-se contra o fetichismo institucional de que tratou Mangabeira Unger. Isso, todavia, deve ser feito com o necessário equilíbrio, pois a estabilidade social e jurídica também depende de respeito à história e ao passado.

Assim, por exemplo, os modelos de negócios surgidos sob a batuta da *time-sharing* não deveriam ser sumariamente rejeitados sob a veneração indevida do tradicional regime de *numerus clausus* dos direitos reais. É preciso pensar em formas criativas que garantam a necessária segurança jurídica a esses negócios

que, além de contribuírem para o aproveitamento dos bens, beneficiam a sociedade como um todo¹²⁴.

Ainda na lição do eminente professor Frederico Henrique Viegas de LIMA (2010, p. 97), a tradicional característica da taxatividade dos direitos reais não satisfaz as necessidades sociais e econômicas da atualidade, o que exige do civilista criatividade para cunhar um sistema que atenda aos reclamos da sociedade contemporânea.

4.3.5. Análise de democracia responsável

Sob o prisma do tratado no capítulo 3.3.1.4., o Direito Civil Constitucional deve estar preocupado com que as formulações feitas pelos civilistas reflitam os anseios de toda a sociedade, de maneira que todos – mesmo os dissidentes – emprestem legitimidade a essas soluções. Não se trata de atender à vontade da maioria, pois, conforme já se explanou, isso poderia redundar em uma anti-democrática ditadura da maioria.

A tarefa não é fácil e suscita inúmeras preocupações, como a que diz respeito à necessidade de os responsáveis pela aplicação do Direito Civil Constitucional sejam democraticamente designados para essa missão. Isso ergue reflexões sobre a forma como devem ser feitos os concursos de magistratura, como deve ser feita a nomeação dos desembargadores e dos Ministros de Tribunais, como devem ser elaboradas as leis etc.

A discussão também passa pela formatação do ensino jurídico, que deve cumprir a missão de formar juristas que estejam conectados com a realidade democrática.

Todavia, essa busca por legitimação democrática deve ser associada com a assunção da responsabilidade pelas consequências das soluções jurídicas adotadas. O Direito Civil Constitucional não pode ser manejado irresponsavelmente,

¹²⁴ Para aprofundamento acerca de *time sharing*, é inafastável a consulta ao rico estudo feito pelo professor Frederico Henrique Viegas de LIMA (2004) e à dissertação de mestrado de Paulo Emílio Dantas NAZARÉ (2016, p. 62). Acresça-se que, em meados do ano de 2016, o Superior Tribunal Justiça (STJ) reconheceu a multipropriedade como direito real: REsp 1546165/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 06/09/2016.

mas deve prudentemente refletir sobre as prováveis consequências concretas e, em seguida, assumir a responsabilidade por elas.

4.3.6. Análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais

À luz do exposto no capítulo 3.3.1.5, o civilista deve constantemente estar esquadrinhando a efetividade de suas soluções jurídicas, especialmente para verificar se os direitos essenciais vêm sendo efetivados.

É dever do civilista, ao se deparar com um quadro de ineficiência das soluções jurídicas, cogitar de novos arranjos que garantam a implementação dos direitos essenciais da sociedade.

Deixar de assistir incessantemente ao desenrolar da vida do Direito no cotidiano é entregar a sociedade à multiplicação de situações de informalidades jurídicas, de modo a criar uma situação de pluralismo jurídico que não costuma favorecer o desenvolvimento econômico, social, político e espiritual de um país.

Enxergamos um riquíssimo exemplo na tese oferecida pelo Professor Frederico Henrique Viegas de LIMA (2010) para alçar-se à cadeira de catedrático da Faculdade de Direito da UnB. O referido estudo, após um alentado delineamento da propriedade diante do Mercado e do Estado, deita-se em profundas pesquisas empíricas no Estado do Pará, na cidade de Recife e no bairro da Rocinha para, monitorando a concretização do direito essencial de acesso à propriedade, demonstrar que há urgente necessidade de transposição das ocupações irregulares para a formalidade imobiliária.

As sucessivas violações a direitos autorais por meio da ostensiva prática da pirataria também exemplificam o fato de que, se o Direito ignorar a situação efetiva dos indivíduos perante vários direitos essenciais, haverá a tendência de eles descambarem para a informalidade, especialmente se a matriz cultural do país bater palmas para essas condutas de contorno à norma estatal.

Não se quer aqui coonestar a informalidade. Parece-nos que a matriz institucional de cada país, na linha das ideias ventiladas pela NEI, desempenha papel fundamental na multiplicação da paraestatalidade. O que se pretende aqui é apenas sublinhar que a falta de efetivação de direitos essenciais é, no mínimo, uma

sedução à informalidade, tentação essa que ganha intensidade a depender da configuração institucional da comunidade.

É fato, porém, que, quando a matriz institucional desdenha a informalidade e prestigia a participação efetiva e responsável dos indivíduos na política, dificilmente a informalidade terá espaço. Esse cenário desejável, porém, está bem distante ainda do Brasil, cuja tendência malasarte ainda segue bem arraigada na cultura nacional.

CONCLUSÃO

A sedução por abordagens teóricas que exuberam sofisticação intelectual abstrata ou que focalizam apenas a amplificação de direitos dos indivíduos sem se lembrar dos deveres e dos seus custos é constante na Academia e frequentemente enfeitiçam os profissionais do Direito. O problema é que, quando essas reflexões abstratas não guardam conexão direta com a realidade dos indivíduos e desprezam as consequências reais das soluções construídas, elas acabam sendo uma perigosa expressão de diletantismo, que poderá conduzir a interação do Direito, Estado, Economia e Sociedade rumo a uma verdadeira tragédia jurídica, política, econômica e social. O diálogo entre o metafísico e o empírico bem como a preocupação com as repercussões efetivas das formulações teóricas devem ser uma constante no Direito, sob pena de transformar o jurista em um profeta que prega uma verdadeira retórica da tragédia.

No presente trabalho, o esforço consistiu em construir parâmetros analíticos de que se deve valer o civilista sob o enfoque do Direito Civil Constitucional. Esses parâmetros foram fruto de uma fórmula de equilíbrio entre os principais discursos existentes no mundo sobre Direito, Estado, Economia e Sociedade, com sutil ênfase nas abordagens que interpelam o jurista a preocupar-se com as repercussões concretas de suas soluções, como as provenientes da AED e da NEI. Esse realce, todavia, não excluiu o necessário diálogo com outras abordagens que apresentam vantagens analíticas, por expressarem a preocupação com a busca de um desenvolvimento não apenas monetário (Novo Direito e Desenvolvimento e neoinstitucionalismo de Karl Polanyi), com a efetiva fruição de direitos pelos indivíduos (AJPE), com a ode à ousadia e ao experimentalismo democrático (*Critical Legal Studies* e construtivismo de Roberto Mangabeira Unger) e com o risco de proliferação de informalidades e de esquecimento de grupos sem voz (Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Direito Achado na Rua, ferramentas cujo manuseio, conforme exposto neste trabalho, depende de cautela diante de seu potencial inflamável de cancelar um estado despótico comandado por autodeclaradas vítimas¹²⁵).

¹²⁵ Trata-se do que se chamou de discurso do opressor na boca do oprimido (ver capítulo 2.7.).

A tarefa de delinear o caminho a ser seguido pelo Direito Civil Constitucional cuidou de contextualizar esses diversos discursos sobre Direito, Estado, Economia e Sociedade com reflexões acerca do modelo de Estado Democrático de Direito que deve imperar, especialmente diante do embate existente entre o que Garavito designou de concepções densa e *light* de Estado de Direito.

O resultado foi que o trabalho se inclinou a entender que compete ao Estado Democrático de Direito a difícil tarefa de garantir os pontos de partidas mínimas para que os indivíduos possam ser protagonistas de sua própria história, ao mesmo tempo em que todos os indivíduos – mesmo os vencidos – devem sentir-se como coautores das trajetórias adotadas pelo Estado de Direito. O Estado Democrático de Direito deve gerar cidadãos, e não clientes.

Nesse contexto, o Direito Privado – como uma relevante instituição formal – deve espelhar esse espírito do Estado Democrático de Direito, para promover a efetivação de direitos dos indivíduos. Foi nesse cenário de profusão de discursos que o presente trabalho caminhou para fixar parâmetros analíticos que deveriam servir para os juristas que militam nesse Estado Democrático de Direito, especialmente quando lidarem com o Direito Civil. Essas ferramentas analíticas do Direito Civil Constitucional (que, *mutatis mutandi*, também se estendem a outros ramos do Direito) consistem em exigir que o jurista atente para:

- 1) a iniludível realidade de que qualquer solução jurídica exige um custo, gera consequências práticas e precisa ser implementada com o mínimo de desperdício (análise de viabilidade material);
- 2) a necessária identificação do grau de essencialidade do direito envolvido especialmente para legitimar soluções jurídicas desaconselhadas pelos outros parâmetros analíticos (análise de essencialidade do direito);
- 3) a adoção de uma postura ousada e criativa de pensar em diversas alternativas institucionais para promover o bem-estar social de modo eficiente (análise de criatividade institucional);
- 4) a preocupação de atender aos anseios do povo – de quem deve emanar todo o poder - por meio de um sistema democrático que freie uma “ditadura da maioria” e que garanta a efetiva postura de hombridade da população de assumir a responsabilidade pelas

consequências concretas de suas soluções jurídicas (análise de democracia responsável); e

5) a necessidade de constante investigação da efetiva implementação de direitos essenciais nas “ruas”, no dia-a-dia da população (análise de monitoramento da concretização de direitos essenciais).

Essas ferramentas analíticas do Direito Civil Constitucional, por serem ferramentas, não predeterminam a meta a ser alcançada. Elas não passam de arcos, que auxiliam o disparo das flechas (as soluções jurídicas) rumo ao alvo indicado pelo arqueiro (o modelo de Estado de Direito vigente). Assim, por exemplo, o nível dos custos dos direitos, a definição do que é ou não essencial, as opções democráticas que serão feitas dependerão intrinsecamente das instituições formais e informais de cada sociedade. Em sociedades tismadas por inclinações culturais da malandragem e de prestígio ao espírito Bandeirante (e não Pioneiro, para lembrar Vianna Moog), os custos dos direitos são mais elevados, o alargamento do que é essencial tende a ser maior e as opções democráticas tendem a desdenhar soluções jurídicas que exijam mais responsabilidade dos indivíduos e a reivindicar um perfil estatal de paternalismo.

Nesse contexto, este estudo apontou que o perfil de Estado Democrático de Direito mais adequado é aquele que garante aos indivíduos efetiva e consciente participação política, transplantando-os das condições de “clientes do Estado” para a de cidadão coparticipante do Estado. Não se trata de tarefa fácil, mas necessária para a estabilização e o desenvolvimento de qualquer nação.

Esse Estado Democrático de Direito compostos por cidadãos, e não por clientes, terá de enfrentar o ambiente obscuro do futuro, devestindo-se dos seus temores, brandindo a espada da ousadia e da criatividade institucional e arriscando-se responsável e conscientemente na escolha de opções institucionais.

No leque de opções institucionais, este trabalho explicitou que as alternativas mais razoáveis são aquelas que mesclam as concepções densas e *light* de Estado de Direito, com certa inclinação para esta última, que – ao reclamar arranjos institucionais favoráveis à segurança jurídica e ao empreendedorismo, como a previsibilidade das regras do jogo e o respeito a direitos individuais fundamentais, como a propriedade e os contratos – tende a colaborar para a promoção de um desenvolvimento sustentável e realista. Essa inclinação, todavia, é

suave, pois não se pode ignorar que, diante da escassez de recursos, da ausência de pontos de partida similares entre os indivíduos, da existência de abusos de direito e de outras diferenças relacionadas à desigualdade educacional, econômica, social e política, é inafastável a intervenção estatal na efetivação de direitos sociais e na imposição de regulamentações de direitos individuais fundamentais.

Os parâmetros analíticos construídos neste trabalho para o Direito Civil Constitucional (e que, conforme exposto no capítulo 3, também se estendem, *mutatis mutandi*, aos demais ramos do direito) não são uma receita de bolo ou uma formulação cartesiana de respostas unívocas às inquietações geradas pela agitada interação entre Direito, Estado, Economia e Sociedade. Uma pretensão de fornecer uma panaceia a essas questões faria este trabalho algo mais próximo de uma prática de magia ou de uma expressão de alquimia do que propriamente de um exercício científico de pesquisa de ciência social. O que se colima com os parâmetros analíticos é atapetar as discussões jurídicas com uma metodologia que condene que as soluções jurídico-civil-constitucionais sejam escolhidas a partir de inspirações fantasiosas, puramente metafísicas, irreais e, conseqüentemente, injustas e antidemocráticas.

A tarefa do civilista no ambiente do Direito Civil Constitucional é árdua e complexa, mas recompensadora ao propiciar a efetiva realização da arte do bom e do justo¹²⁶.

¹²⁶ Referência à tradicional definição de Celso, que, conforme eternizado no Digesto de JUSTINIANO I (2010, p. 20), ensinava que o Direito é arte do bom e do justo ou, em latim, *ius est ars boni et aequi*.

REFERÊNCIAS

Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 249.925/RJ, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJ 12/02/2001.

_____. REsp 1397870/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/12/2014.

_____. AgRg no REsp 1377047/RN, 2º Turma, Rel. Ministra Diva Malerbi – desembargadora convocada –, DJe 31/03/2016.

_____. REsp 1163283/RS, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04/05/2015.

_____. REsp 1546165/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 06/09/2016.

Legislação

BRASIL. Constituição Federal de 1998.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Decreto Federal nº 4.176, de 28 de março de 2002.

Vídeos

ROTH, André. **Neoinstitucionalismo aplicado**. Palestra proferido em Quito, Equador. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gSS4znTf0Ug>. Acesso em 30 de abril de 2016. Palestra proferida em 26 de julho de 2014.

SOTO, Hernando de Soto. **Entrevista concedida ao Jornal “La Hora” em 07/07/2015**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_hDe0C7U5pl&index=19&list=PLhh9Kt4-jhG_zlsUNojMpwYpstaLFsy_a. Acesso em 20 de março de 2016. Vídeo publicado em 7 de julho de 2015-A.

SOTO, Hernando de Soto. **Hernando de Soto: me han censurado Jaime Malthaus**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=atRgPQFk7cc&list=PLhh9Kt4-jhG_zlsUNojMpwYpstaLFsy_a&index=15. Acesso em 20 de março de 2016. Vídeo publicado em 14 de agosto de 2015-B.

_____. **Entrevista concedida ao Programa “Mira Quién Habla”**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=79JrrKCxVxo&index=17&list=PLhh9Kt4-jhG_zlsUNojMpwYpstaLFsy_a. Acesso em 20 de março de 2016. Vídeo publicado em 2 de abril de 2014.

STÁLIN, Joseph. **O último discurso de Stalin em 14 de outubro de 1952.** Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/stalin/1952/10/14.htm>. Acesso em 15 de maio de 2016. Discurso gravado em 14 de outubro de 1952.

Imprensa e outras notícias na Internet

AIRWAY. **COMPANHIA DE BAIXO CUSTO RYANAIR DESISTE DE VOAR NO BRASIL “POR CAUSA DA CORRUPÇÃO”** Disponível em: <http://airway.uol.com.br/companhia-de-baixo-custo-ryanair-desiste-de-voar-no-brasil-por-causa-da-corrupcao/>. Acesso em 21 de julho de 2016. Matéria de 21 de julho de 2016.

BBC. **¿Quiénes son los "bachaqueros" que el gobierno de Venezuela culpa de la escasez?** Disponível em: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150818_venezuela_bachaqueros_dp. Acesso em 29 de maio de 2016. Matéria de 19 de agosto de 2016.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. **Microsoft desiste de fábrica própria e revê investimento em P&D no Brasil.** Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=40800&sid=9>. Acesso em 21 de julho de 2016. Matéria de 5 de outubro de 2015.

ECONOMIA LEGAL. **Blog Direito – Economia – Sociedade.** Disponível em: <https://economialegal.wordpress.com/>. Acesso em 5 de agosto de 2016.

ESTADÃO. **Para dissidência, restrição ao direito de ir e vir segue em vigor.** Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,para-dissidencia-restricao-ao-direito-de-ir-e-vir-segue-em-vigor-imp-,946581>. Acesso em 6 de agosto de 2016. Matéria de 17 de outubro de 2012.

ESTADÃO. **Pablo Escobar: mitos e verdades cercam a vida e a morte do narcotraficante.** Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/televisao,pablo-escobar-na-tv-mitos-e-verdades-cercam-a-vida-e-a-morte-do-narcotraficante-,1714523>. Acesso em 29 de julho de 2016. Matéria de 28 de junho de 2015.

FACEBOOK. **“Bachaqueros libres vende de todo”.** Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/917762741577149/>. Acesso em 29 de maio de 2016.

FOLHA. **Cresce calote no Minha Casa, Minha Vida.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1636053-cresce-calote-no-minha-casa-minha-vida.shtml>. Acesso em 17 de agosto de 2016. Matéria de 1º de junho de 2015.

G1. **Maduro anuncia tomada de fábricas paralisadas e prisão de empresários”.** Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/05/maduro-anuncia-tomada-de-fabricas-paralisadas-e-prisao-de-empresarios-20160514181003313392.html>. Acesso em 29 de maio de 2016. Matéria de 14 de maio de 2016.

G1-A. Suíça decide se todos os seus cidadãos receberão R\$ 9 mil por mês sem fazer nada. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/suica-decide-se-todos-os-seus-cidadaos-receberao-r-9-mil-por-mes-sem-fazer-nada.html>. Acesso em 4 de junho de 2016. Matéria de 4 de junho de 2016.

G1-B. CEF passa a financiar a compra de imóveis de até R\$ 3 milhões Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/07/cef-passa-financiar-compra-de-imoveis-de-ate-r-3-milhoes.html>. Acesso em 20 de julho de 2016. Matéria de 19 de julho de 2016.

G1-C. Proprietários devem vender imóvel a inquilinos após 20 anos na Venezuela. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/prorietarios-devem-vender-imovel-inquilinos-apos-20-anos-na-venezuela.html>. Acesso em 20 de julho de 2016. Matéria de 31 de março de 2014.

G1-D. Lufthansa suspende voos à Venezuela. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/lufthansa-suspende-voos-venezuela.html>. Acesso em 20 de julho de 2016. Matéria de 29 de maio de 2016.

JUSTIFICANDO. Meirelles aponta para corte de direitos sociais na Constituição e é criticado por juristas. Disponível em: <http://justificando.com/2016/06/22/meirelles-aponta-para-corte-de-direitos-sociais-na-constituicao-e-e-criticado-por-juristas/>. Acesso em 23 de junho de 2016. Matéria de 22 de junho de 2016.

REVISTA FORUM. Multinacionais obrigam trabalhadores a usar fralda e vetam banheiro. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/2016/06/06/multinacionais-obrigam-trabalhadores-a-usar-fralda-e-vetam-banheiro/>. Acesso em 10 de junho de 2016. Matéria de 6 de junho de 2016.

TRANSPORTA BRASIL. JAC Motors desiste de projeto ambicioso e fábrica brasileira será 5 vezes menor. Disponível em: <http://www.transportabrasil.com.br/2016/02/jac-motors-desiste-de-projeto-ambicioso-e-fabrica-brasileira-sera-5-vezes-menor/>. Acesso em 21 de julho de 2016. Matéria de 2 de fevereiro de 2016.

UOL. Metade das empresas fecha as portas no Brasil após quatro anos, diz IBGE. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1677729-metade-das-empresas-fecha-as-portas-no-brasil-apos-quatro-anos-diz-ibge.shtml>. Acesso em 4 de junho de 2016. Matéria de 4 de setembro de 2015.

UOL. No Brasil, quase metade das empresas fecha em 3 anos, diz IBGE. Matéria de 27 de agosto de 2012. Disponível em <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2012/08/27/no-brasil-quase-metade-das-empresas-fecha-em-3-anos-diz-ibge.jhtm>. Acesso em 4 de junho de 2016.

VERMELHO. **Miriam Belchior critica mudanças na Caixa, que agora é para ricos.** Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia/283918-1>. Acesso em 20 de julho de 2016. Matéria de 20 de julho de 2016.

ZERO HORA. **Na Nicarágua, Daniel Ortega afasta 16 deputados e impõe a própria mulher como candidata a vice.** Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/colunistas/leo-gerchmann/noticia/2016/08/na-nicaragua-daniel-ortega-afasta-16-deputados-e-impoe-a-propria-mulher-como-candidata-a-vice-7132691.html>. Acesso em 3 de agosto de 2016. Matéria de 3 de agosto de 2016.

Livros e artigos

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. In: **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 84, n. 3, aug. 1970, pp. 488-500.

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso. **O Institucionalismo de Douglass North e as Interpretações Weberianas do Atraso Brasileiro.** Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Economia, Porto Alegre, 2009.

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso; FONSECA; Pedro Cezar Dutra. Instituições e Cooperação Social em Douglass North e nos Intérpretes Weberianos do Atraso Brasileiro. In: **Revista de Estudos Econômicos**, vol. 41, nº 3, jul/set, 2011, pp. 551-571.

ANDERSON, William L.. **“Falhas de Mercado” e informações assimétricas.** Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1150>. Acesso em 4 de fevereiro de 2016. Texto elaborado em 15 de agosto de 2013.

ANDRADE, Mário de. **Macunaíma: o herói sem nenhum caráter.** Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 2001.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato.** Coimbra: Editora Almedina, 2007.

BARRAL, Welber. Apresentação. In: SCHAPIRO, Mário G.; TRUBEK, David M. **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS** (coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate). São Paulo, Saraiva, 2012.

BELO, Neuza Maria; BRASIL, Haroldo Guimarães. Assimetria Informacional e Eficiência Semiforte do Mercado. In: **RAE – Revista de Administração de Empresas**, vol. 46, n. 0, Edição Especial, nov-dez, 2006, pp. 48-57.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Reglas de propiedad, reglas re responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la Catedral. In: **Estudios Públicos**, n. 63, 1996, pp. 347-391.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: **Notícia do Direito Brasileiro nova série**, n. 6. Brasília: Ed. UnB, 2º sem., 1998.

CASTRO, Marcus Faro. **Política e Relações Internacionais: Fundamentos Clássicos**. Brasília: Ed. UnB, 2005-A.

_____. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma Abordagem Pós-Neo-Clássica. In: **Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília**, ago set 2005, v. 7, n. 74, 2005-B. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm. Acesso em 30 de julho de 2015.

_____. Análise Jurídica da Política Econômica. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2009, pp. 17-70.

_____. Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. In: **Revista da PGFN**, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: PGFN, 2011, pp. 23-52.

_____. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Novas Perspectivas Jurídicas sobre a Reforma da Política Pública. In: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, vol. 1, n. 1, jan./jun., 2013. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/18/29>. Acesso em 5 de agosto de 2016.

_____. **Limites da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <https://economialelegal.wordpress.com/2007/03/23/limites-da-analise-economica-do-direito/>. Acesso em 07 de março de 2014. Sem indicação da data de elaboração do texto.

_____. Pluralismo jurídico: principais ideias e desafios. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 159-177.

CATALAN, Marcos; GERCHMANN, Suzana Rahde. *Duzentos anos de historicidade na resignificação da ideia de contrato*. In: EHRHARDT JR., Marcos (coord). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

CHESTERTON, Gilbert Keith. **O Homem Invisível e Outras Histórias** do padre Brown. Tradução Lucia Santaella. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1997, pp. 23-45.

COASE, Ronald Herry. A firma, o mercado e o direito. In: COASE, Ronald Herry. **A firma, o mercado e o direito (coleção Paulo Bonavides)**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016-A, pp. 1-32.

_____. A Natureza da Firma. In: COASE, Ronald Herry. **A firma, o mercado e o direito (coleção Paulo Bonavides)**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016-B, pp. 33-56.

_____. O Problema do Custo Social. In: COASE, Ronald Herry. **A firma, o mercado e o direito (coleção Paulo Bonavides)**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016-C, pp. 95-156.

_____. O Farol na Economia. In: COASE, Ronald Herry. **A firma, o mercado e o direito (coleção Paulo Bonavides)**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016-D, pp. 95-156.

_____. The New Institutional Economics. In: **The American Economic Review**, vol. 88, n. 2, May, 1998, pp. 72-74.

CONCEIÇÃO, Octavio A. C. Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os evolucionários e pós-keynesianos. In: **Revista de Economia**, v. 7, n. 3, 2007, pp. 621-642. Disponível em: http://www.anpec.org.br/revista/vol8/vol8n3p621_642.pdf Acesso em 27 de Julho de 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, R.; Edlin, A.. **Law and Growth Economics: A Framework for Research**. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/50t4d0kt>. Acesso em 12 de julho de 2016. Texto elaborado em 13 de janeiro de 2011.

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. **Solomon's knot: how law can end the poverty of nations**. New Jersey: Princeton University Press, 2012.

CUI, Zhiyuan. Prefácio. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. Tradução Paulo César Castanheiras. São Paulo: Boitempo, 2001.

DRESCH, Rafael de Freitas. Análise Econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 193-201.

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de convergências à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Carta de Curitiba**. Disponível em: <http://mjcatalan.blogspot.com.br/2006/11/carta-de-curitiba-v-encontro-dos.html>. Acesso em 24 de agosto de 2016. Texto elaborado em 24 de novembro de 2006.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. Vol. 1**. Porto Alegre: Globo, 1979-A.

_____. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. Vol. 2**. Porto Alegre: Globo, 1979-B.

FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **Contratos: eficácia e relatividade nas coligações contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direito Civil Constitucional na Contemporaneidade Brasileira. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas (coord.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília/DF: Obscursos Editora, 2009, pp. 295-311.

FERREIRA, Hugo Luís Pena. **Direito, Política Econômica e Globalização: formação de um debate**. Brasília/DF: Tese de Doutorado apresentado no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UnB, 2016.

FERREIRA, Antonio Carlos. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito. In: COASE, Ronald Herry. **A firma, o mercado e o direito (coleção Paulo Bonavides)**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final

Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016-A.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Reflexões sobre a constitucionalização do Direito Civil*. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 13, vol. 49, jan-mar de 2012.

GALA, Paulo. *A Teoria Institucional de Douglass North*. In: **Revista de Economia Política**, vol. 23, nº 2 (90), abr./jun, 2003, pp. 89-105.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARAVITO, César Rodríguez. *A globalização do Estado de Direito: o neoconstitucionalismo, o neoliberalismo e a reforma institucional na América Latina*. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 247-286.

GARGARELLA, Roberto. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GICO Jr., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 1/33.

GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>. Acesso em 8 de setembro de 2016. Texto elaborado em 19 de agosto de 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* In: **Revista de informação legislativa**. V. 43, n. 171, p. 91-105, jul./set. de 2006.

_____. **Movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10254/o-movimento-critical-legal-studies-e-duncan-kennedy>. Acesso em 6 de agosto de 2016. Texto elaborado em julho de 2007.

_____. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger: Democracia Radical, Imaginação Institucional e Esperança como Razão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Os Custos dos Direitos, parte I**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein->

[demonstram-custo-financeiro-direitos](#). Acesso em 6 de agosto de 2016. Texto elaborado em 7 de abril de 2013.

GOMES, Fábio Guedes. **A Nova Economia Institucional (NEI) e o (Sub) Desenvolvimento Econômico Brasileiro: Limites e Impossibilidades de Interpretação**. Disponível em: <http://www.sep.org.br/artigos/download?id=864&title=A%20Nova%20Economia%20Institucional%20>. Acesso em 31 de março de 2016¹²⁷.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 58, 2003, pp. 193-223. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452003000100010&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em 4 de abril de 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R.. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano**. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KÖSSLING, Karin Sant' Anna. **As Lutas Anti-Racistas de Afro-descendentes sob Vigilância do DEOPS/SP (1964-1983)**. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP, 2007. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-01112007-142119/publico/TESE_KARIN_SANTANNA_KOSSLING.pdf. Acesso em 6 de agosto de 2016.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAENDER, Gabriel Boavista. **O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional**. Brasília/DF: Tese de Doutorado apresentado no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UnB, 2014.

LEONE, José Antonio Rivas. El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones. In: **Reflexión política**, ano 5, nº 9, 2003, pp. 36-46.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional**. Porto Alegre: IRIB:S.A.Fabris, 2004.

_____. O Delineamento da Propriedade imobiliária na Pós-Modernidade. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas (coord.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília/DF: Obscursos Editora, 2009, pp. 151-190.

¹²⁷ Não há registros da data de elaboração do texto.

_____. **Propriedade, Estado e Mercado**. Tese apresentada como prova escrita do Concurso de Professor Titular de Direito Privado da Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, 2010. (no prelo)

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 141, jan/março, 1999, pp. 99-109.

_____. Direito Civil Constitucional na contemporaneidade brasileira. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas (coord.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília/DF: Obscursos Editora, 2009, pp. 313-336.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUNGOV, Felipe. **A Suécia é um Modelo de Sucesso do Estado do Bem-Estar Social**. Disponível em: <http://liberalismoeconomico.org/a-suecia-e-um-modelo-de-sucesso-do-estado-do-bem-estar-social/>. Acesso em 26 de setembro de 2016. Texto elaborado em 28 de setembro de 2015.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MACHADO, Nuno Miguel Cardoso. Karl Polanyi e a Nova Sociologia Económica: Notas sobre o conceito de *(dis) embeddedness*. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais [online]**, 90, set., 2010, pp. 71-94. Disponível em <http://rccs.revues.org/1771>. Acesso em 27 de julho de 2016.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MANDEVILLE, Bernard. **The Fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits: With a Commentary Critical, Historical, and Explanatory by F.B. Kaye**. Indianapolis: Liberty Fund, 1988. v. 1. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/846>. Acesso em 19 de julho de 2008. Texto elaborado em 1724.

MELLO, Gláucia Buratto Rodrigues de; CARVALHO, Mauricio de Brito de. Um aspecto da identidade brasileira: o arquétipo da maladragem. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes; *et al.* **América Latina – fragmentos de memória**. Rio de Janeiro: Editora 7Letras, 2001, pp. 63-72.

MENDES, Lucas. **Liberdade e Bens Primários: uma Investigação da Teoria de John Rawls a partir do Liberalismo Clássico**. Santa Maria/RS: Dissertação de Mestrado apresentado no Centro de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria, 2009. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/ppgf/wp-content/uploads/2011/10/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Lucas-Mendes.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2016.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Tomás. T. S. **O Dilema entre a Eficiência de Curto e de Longo Prazo no Ordenamento Jurídico e o Impacto no Crescimento Econômico**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2016

(Texto para Discussão nº 200). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de julho de 2016. Texto elaborado em julho de 2016.

MENEGUIN, Fernando B.. As indenizações por danos morais nas relações de consumo sob a ótica da análise econômica do direito. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 61, jul./dez. 2012, pp. 255-285.

MOOG, Vianna. **Bandeirantes e pioneiros: paralelo entre duas culturas**. Rio de Janeiro: Graphia, 2000.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Desentrançamento da Jurisdição Constitucional**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UnB, 2013.

NASSER, Salem Hikmat. Rule of Law e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 247-286.

NAZARÉ, Paulo Emílio Dantas. **O Acesso à Propriedade Imobiliária na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016 (no prelo).

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORTH, Douglass C.; THOMAS, Robert Paul. **The Rise of the Western World: a New Economic History**. New York, NY: Cambridge University Press, 1973.

NORTH, Douglass C. **Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico**. Tradução de Augustín Bárcena. México: FCE, 1993¹²⁸.

PAIVA, Mila. **Macunaíma, um herói malandro**. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3527862>. Acesso em 29 de julho de 2016. Texto elaborado em 24 de janeiro de 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2007.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Ciccu. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POCOCK, John G. A. **El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica**. Espanha: Princeton University Press, 1975.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Tradução de Fanny Wrabel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

¹²⁸ A primeira edição dessa obra de Douglass North ocorreu em 1990, em inglês.

PORTO, Antônio José Maristrello (autor); GRAÇA, Guilherme Mello (colaborador). **Análise Econômica do Direito (AED)**. Disponível em: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em 26 de abril de 2016. Texto produzido no âmbito da Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Ano 2013.

POSNER, Eric. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Análise Econômica do Direito Contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 13-77.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

_____. **Para Além do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Experiência e Cultura: Para a Fundação de um Teoria Geral da Experiência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo e Editorial Grijalbo Ltda, 1977.

_____. **Pluralismo e Liberdade**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paul: Saraiva, 1999.

_____. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em 26 de setembro de 2016. Texto publicado em 20 de dezembro de 2002.

ROCHA, Antonio Penalves Rocha. Braudel: tempo histórico e civilização material. Um ensaio bibliográfico. In: **Anais do Museu Paulista**. São Paulo, volume 3, jan/dez, 1995, pp. 239-249.

RODRIGUES, Nelson. **A vida como ela é: o homem fiel e outros contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Coase foi um dos pais da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-set-04/direito-comparado-coase-foi-pais-analise-economica-direito?imprimir=1#_ftn2_1506. Acesso em 30 de junho de 2016. Texto elaborado em 4 de setembro de 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. O Novo Direito e Desenvolvimento: entrevista com David Trubek. In: **Revista Direito GV**, v. 3, n. 2, jul/dez, 2007, pp. 305-330.

RUBIO, David Sanches. **Entrevista concedida**. Disponível em: <http://odireitoachadonarua.blogspot.com.br/2015/02/entrevista-concedida-por-david-sanchez.html>. Acesso em 2 de maio de 2015. Texto elaborado em 23 de fevereiro de 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Análise Econômica do Direito Contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo: Saraiva, 2010-A, pp. 9-12.

_____. O que é pesquisa em Direito e Economia?. In: **Caderno Direito GV**, volume 22, março de 2008.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do Mercado**. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na zona de contacto entre globalizações rivais. In: **Cronos**, v. 8, n. 1, jan./jun., 2007, pp. 23-40.

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

_____. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. **Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências**. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf. Acesso em 1/5/2015.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; MENEGUIN, Fernando B. **Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de agosto de 2013. Texto elaborado em agosto de 2013.

SINGER, Joseph William. **No freedom without Regulation: The Hidden Lesson of the Supreme Crisis**. New Haven and London: Yale University Press, 2015.

SILVA, Fabiano André Gonçalves Silva; CALAZANS, Dinara Leslye Macedo Silva; GONZÁLEZ, Juan Miguel Rosa; e SOUZA, Washigton José de. Os princípios de economia substantiva de Karl Polanyi em relações de economia solidária: o caso do povoado Cruz (Currais Novos/RN). In: **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa (RECADM)**, vol. 10, n. 2, jul/dez, 2011, pp. 93-106. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/ojs/index.php/recadm/article/view/826/564>. Acesso em 28 de julho de 2016.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo; COSTA, Alexandre Bernardino. O Direito Achado na Rua: uma ideia em movimento. In: **O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009. Pp. 18-19.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. **Debate Teórico-conceitual e político sobre Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 1-15.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005-A, pp. 74-83.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, outubro/2014 (Texto para Discussão no 157). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 6 de outubro de 2014. Texto elaborado em outubro de 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Modos de explicar o Brasil: o estruturalismo sociológico de Florestan Fernandes e o construtivismo institucional de Mangabeira Unger. In: **Sinais Sociais**, v. 10, n. 28, mai/ago, 2015, pp. 55-79.

_____. (org.). **Encontros Roberto Mangabeira Unger**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012.

_____. **A Esquerda Experimentalista: Análise da Teoria Política de Unger**. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP, 2009.

_____. Modos de explicar o Brasil: o estruturalismo sociológico de Florestan Fernandes e o construtivismo institucional de Mangabeira Unger. In: **Sinais Sociais**, v. 10, n. 28, mai/ago, 2015, pp. 55-79.

THOFEM, Uta. **Opinião: Ditaduras socialistas com verniz democrático**. Disponível em: <http://www.dw.com/pt/opini%C3%A3o-ditaduras-socialistas-com-verniz-democr%C3%A1tico/a-19446962>. Acesso em 3 de agosto de 2016. Texto de 3 de agosto de 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Capítulo II – A Função Social do Contrato: Conceito e Critérios de Aplicação. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord). **O Direito da Empresa e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartien Latin, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Passion: an essay on personality**. New York/London: The Free Press/Collier Macmillan Publishers, 1984.

_____. **Social Theory: its situation and its task: a critical introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory**. New York: Cambridge, 1990¹²⁹.

_____. **What Should Legal Analyses Become?** New York/London: Verso, 1996.

_____. **Democracy Realized: the progressive alternative**. New York/London: Verso, 1996.

_____. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. São Paulo: Boitempo, 2001-A.

_____. **A segunda via: presente e futuro do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2001-B.

_____. **Necessidades Falsas**. Tradução Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **O que a Esquerda deve Propor**. Tradução Antonio Risério Leite Filho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. **A Reinvenção do Livre-Comércio: a Divisão do Trabalho no Mundo e o Método da Economia**. Tradução Marcos Santarita. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. In: **Kriterion: Revista de Filosofia**, vol. 54, nº 127, jun, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X20130001_00011. Acesso em 17 de agosto de 2016.

WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**. São Paulo: Pezco Editora, 2012.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. In: **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília – REDUnB**, vol. 10, 2012, pp. 25-53.

_____. **O novo direito e desenvolvimento: rumo a uma abordagem crítica?** Disponível em: https://www.academia.edu/1250658/O_Novo_Direito_e_Desenvolvimento_rumo_a_uma_abordagem_cr%C3%ADtica. Acesso em 4 de agosto de 2016. Texto elaborado em 2011.

¹²⁹ Primeira impressão foi de 1987.