

EFICIÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

EFFICIENCY OF PERSONALITY RIGHTS ACCORDING TO THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Marcelo Negri Soares

Orientador e pesquisador ICETI. Doutor em Direito pela PUC-SP, Brasil. Pós-Doutor pela Universidade Nove de Julho – São Paulo e também pela USP – Universidade de São Paulo. Especialista pela Universidade Mackenzie, São Paulo (SP). Coursou extensão universitária em Harvard, Berkeley e MIT, nos Estados Unidos da América. Professor Titular Visitante na Universidade de Coventry, Inglaterra (Reino Unido) – Faculdade de Direito, Administração e Negócios, Programa de Mestrado e Doutorado. Professor de Direito PPGD UNICESUMAR. E-mail: negri@negrisoares.com.br

Maurício Ávila Prazak

Presidente do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Relações Empresariais Internacionais (IBREI). Professor Titular do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito Comercial. Associado do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), sendo presidente da Comissão de Estudos de Direito Empresarial da casa, além de membro do Conselho Editorial da Revista do Instituto. Membro da Comissão de Juristas instituída pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados para a reforma do Código Comercial. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela mesma instituição. Pós-Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) bem como pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor e Orientador nas áreas de Direito Empresarial, Direito Societário e Direito Comercial. Coordenador e professor nos Cursos de Pós-Graduação na Escola Paulista de Direito. Autor de livros e artigos especializados. E-mail: mauricio.prazak@ibrei.org

Liana Varzella Mimary

Mestranda pela Escola Paulista de Direito (EPD-São Paulo), Especialista em Processo Penal (Faculdade Damásio de Jesus), Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário (Escola Paulista da Magistratura), Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, Graduada pela Universidade Paulista. E-mail: negri@negrisoares.com.br

Alender Max de Souza Moraes

Doutorando em Direitos da Personalidade (UNICESUMAR, ATUAL); Mestre em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR, 2016); Especialista em Direitos Humanos e Cidadania (UFGD, 2012); Graduação em Direito (UEMS, 2004). Docente temporário no Curso de Graduação em Direito da UEMS em Dourados/MS (2017 - 2019). Docente colaborador na Pós-graduação Lato Sensu em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS (ATUAL) Docente do Curso Lato Sensu em Gestão Pública da UEMS/EaD (ATUAL) Auditor de Controle Interno - UEMS (ATUAL); Chefe da Procuradoria Jurídica da UEMS (2007 -2016); Tutor EaD - UFPR, (2011); Instrutor, consultor e conteudista da ESCOLAGOV.MS, (2010 -2020). E-mail: alender@negrisoares.com.br

Aprovado em: 26/02/2024

RESUMO: Esta pesquisa tem por objetivo avaliar a possibilidade de aplicação da Análise Econômica do Direito para o fim de medir a eficiência dos direitos da personalidade, contribuindo na identificação de meios que busquem a plena eficiência destas categorias de direitos fundamentais, sendo esta teleologia o mister da compreensão material de justiça constitucional. Nesta investigação, utilizam-se dos critérios de aferição de eficiência econômica como ferramenta de análise teórica para o próprio direito. Adotou-se o método exploratório e a coleta de dados foi realizada pelo método teórico-bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Análise Econômica do Direito. AED. Eficiência.

ABSTRACT: This research aims to evaluate the possibility of applying the Economic Analysis of Law in order to measure the efficiency of personality rights, contributing to the identification of means that seek the full efficiency of these categories of fundamental rights, this teleology being the mission of understanding constitutional justice material. In this investigation, economic efficiency measurement criteria are used as a theoretical analysis tool for the law itself. The exploratory method was adopted and data collection was performed using the theoretical-bibliographic method.

Keywords: Personality Rights. Economic Analysis of Law. AED. Efficiency.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A relação do direito com a economia. 2 Eficiência econômica e sua aplicação nos direitos da personalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência social que tem como escopo disciplinar a vida em sociedade, resolver conflitos, resgatando os preceitos de justiça mediante a aplicação de regras ou normas, segundo os critérios da Common Law ou da Civil Law. Por sua vez, a ciência econômica lida com as explicações e leis da produção, distribuição, circulação e consumo da riqueza em uma dada economia.

O direito busca a justiça, seja a compensação distributiva ou retributiva, já a economia visa melhorar a eficiência na alocação de recursos escassos. A lei repara o status quo, e a economia descritiva é propositalmente voltada para o futuro. Apesar do que foi dito, não há dúvida de que decisões eficazes às vezes podem ser injustas. No entanto, até em razão do desperdício de energia, a tomada de uma decisão ineficiente é certamente injusta. Portanto, justiça e eficiência são metade da mesma moeda e alternadamente se sobrepõem ou se complementam de maneira ordenada.

Com base nessa interação, esta pesquisa tem por objetivo avaliar a possibilidade de aplicação da Análise Econômica do Direito para o fim de medir a eficiência dos direitos da

personalidade, viabilizando a identificação de meios que busquem a plena eficiência destas categorias de direitos fundamentais, sendo esta teleologia o mister da compreensão material de justiça constitucional. Nesta investigação, utilizou-se dos critérios de aferição de eficiência econômica como ferramenta de análise teórica para o próprio direito. A abordagem feita no desenvolvimento abaixo resulta da utilização do método exploratório e a coleta de dados foi realizada pelo método teórico-bibliográfico.

Destarte, ao direito incumbe acompanhar os fenômenos sociais de acordo com a lei, como um instrumento adequado para todos aqueles que dela necessitam para expressar suas vozes para resolver seus conflitos reconhecendo seus direitos e garantias. Segundo a Análise Econômica do Direito, a aproximação entre direito e economia se traduz em uma justificativa para um comportamento tecnicamente racional, que maximiza o resultado.

Pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito se utiliza dos conhecimentos da Teoria Microeconômica aplicada a diversas vertentes do Direito. De qualquer modo, este diálogo entre Direito e Economia vem se estabelecendo gradativamente a partir de uma perspectiva progressista e interdisciplinar conforme se pretende demonstrar.

1 A RELAÇÃO DO DIREITO COM A ECONOMIA

Uma vez esgotado o modelo jurídico e político liberal individualista, conforme o paradigma jusnaturalista generalizado no século XVIII até meados do século XX, definidor do Estado politicamente organizado, com respeito às liberdades e garantias individuais, com divisão de poderes, freios e contrapesos e outras prerrogativas que visam impedir o desapossamento da liberdade do cidadão no contexto da sociedade; apareceu a necessidade de um novo paradigma jurídico com vistas à disciplina da ação do homem econômico racional, protegendo suas liberdades econômicas segundo as exigências do novo contexto social.

No começo do século XX já era notório que as normas de cunho individualista e mesmo as obtidas pela ação do poder judiciário (jurisprudência), não eram mais adequadas diante da complexidade dos acontecimentos sociais e econômicos observados no mercado. Os ramos tradicionais do Direito não ofereciam a adequada análise jurídica dos fatos e relações que necessitavam urgentemente de métodos e soluções pensados para o diálogo entre a Economia e o Direito. Sobretudo, com desenvolvimento do capitalismo, como um sistema econômico constituído por uma economia de mercado, além do imprescindível ordenamento jurídico tradicional, para garantir a segurança e certeza necessárias aos fins do expansionismo do capital, torna-se também indispensável um ramo jurídico conjecturado para a regulamentação do mercado e das ações dos

agentes econômicos.

A ciência econômica passou a proporcionar ferramentas metodológicas para o discurso jurídico, que utilizou seus métodos para definir e orientar as políticas econômicas para esclarecer a realidade social, enquanto o direito ainda tem a tarefa de garantir a justiça social. O direito, de regulamentador da sociedade, passou a efetivamente estimular a atividade econômica por meio de normas programáticas, suplantando o modelo jurídico clássico, que não foi abandonado, mais sim otimizado para as novas demandas sociais. Essa inter-relação entre economia e direito é chamada de Análise Econômica do Direito.

A complexidade da interação entre Direito e Economia pode ser compreendida nas seguintes palavras:

O arcabouço legal e seus instrumentos de enforcement fornecem um conjunto de incentivos aos tomadores de decisão econômica, definem estratégias e tem efeitos não triviais sobre a eficiência econômica. Arranjos institucionais não são neutros em relação ao uso dos recursos econômicos, como gostariam os economistas para justificar modelos que não contemplam tais especificidades. Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica. (FARINA, 2005, p. 13)

A Análise Econômica do Direito é conceituada por Ivo Gico Junior (2014) como:

[...] a aplicação do instrumental analítico e empírico das ciências econômicas, utilizando principalmente a microeconomia e a economia do bem-estar social para tentar compreender, explicar e prever as consequências fáticas do ordenamento jurídico, não deixando de fora a racionalidade jurídica.

Enquanto o Direito Econômico se ocupava das leis Antitruste, política fiscal e outras legislações macroeconômicas, a Análise Econômica do Direito (Law and Economics), veio a empregar os princípios da microeconomia aos vários ramos do Direito. Passou a Análise Econômica do Direito a ser aplicada no exame de vários campos da Common Law.

Richard Allen Posner, juiz e professor estadunidense, foi um dos precursores a empregar a Teoria Econômica em ramos como o Direito Contratual, Família, Propriedade, Responsabilidade Civil, Penal, Constitucional, dentre outros (POSNER, 2010). Entretanto, foram vários os autores que contribuíram para esse movimento da Law and Economics, tais como: Ronald Coase, Guido Calabresi, o utilitarismo de Jeremy Bentham, a teoria de Wilfredo Pareto, o critério de bem-estar de Kaldor-Hicks.

A Análise Econômica do Direito tem a função de interpretação, de buscar a compreensão do mundo jurídico utilizando pressupostos e valores pertencentes ao universo econômico, que

podem ser aplicados tanto na criação das normas jurídicas, como também na sua concretização, segundo critérios de maximização de eficiência econômica.

O direito é a arte de regulamentar o comportamento humano de um ponto de vista objetivo. A economia, por outro lado, é a ciência que estuda as consequências e modo pelo qual as pessoas tomam decisões em um mundo com poucos recursos. Como tal, a Análise Econômica do Direito é uma área do conhecimento humano com o objetivo de usar as várias ferramentas teóricas e experimentais da economia e ciências análogas para, na seara do direito, aumentar a compreensão, melhorar a formulação, aplicação e avaliação das normas jurídicas.

Todos os ramos do Direito, podem ser estudados sob a ótica da Análise Econômica do Direito. As normas jurídicas influenciam sobremaneira a realidade fática, dessa forma devem observar pressupostos econômicos visando, com sua aplicação, maximizar a eficiência a fim de facilitar a otimização da produção de riquezas no mercado.

Diversamente do direito, que se preocupa com o fenômeno ocorrido, a Análise Econômica do Direito tem um olhar para o futuro, com vistas a influenciar a ação dos indivíduos por meio de um conjunto de incentivos e desincentivos, examinando quais as consequências que as normas jurídicas terão sobre o mercado e o meio social.

A Economia pode ser aplicada ao Direito no sentido de propiciar os métodos necessários para analisar probabilisticamente tendências que levam à satisfação de interesses e necessidades, à resolução de conflitos, bem como à elaboração das normas jurídicas.

Os acontecimentos sociais são um só. Não existe o fenômeno jurídico separado do fenômeno econômico. Existe uma só realidade que deve ser observada de vários ângulos para ser melhor compreendida. Na evolução dos sistemas econômicos, o Direito tem função fundamental para o desenvolvimento das diversas atividades econômicas com segurança jurídica, de forma a impedir instabilidades e incertezas.

A Análise Econômica do Direito emerge do pensamento de um Direito com base na aplicação da metodologia, princípios e técnicas de análise econômica ao estudo de problemas do sistema jurídico.

Surge, dessa interação, o termo juseconomista. Um paralelo entre o jurista e o juseconomista amplia o entendimento de como é feito esse exame sobre as normas que servem de incentivos para os agentes. O jurista, utilizando a hermenêutica, busca apreender o ordenamento jurídico por meio da interpretação dos preceitos legais.

Já o juseconomista reputa o direito como um conjunto de regras que geram custos e benefícios para os jurisdicionados, que estabelecem seu comportamento de acordo com esses incentivos. Assim sendo, a AED investiga as causas e consequências do ordenamento jurídico

buscando antever qual será o comportamento dos agentes diante de uma modificação ou de uma nova regulamentação jurídica.

Em suma, a Análise Econômica do Direito fornece ferramentas teóricas abrangentes para ajudar a compreender a realidade social, principalmente como os atores sociais reagem a possíveis mudanças na estrutura de incentivos ou desincentivos.

A tomada de decisões pelos indivíduos e de pequenos grupos é o objeto de estudo da microeconomia. Ela estuda a alocação de recursos entre finalidades antagônicas. Uma vez que os recursos e o tempo são limitados, não é possível realizar tudo o que gostaria, então é necessário fazer escolhas.

A microeconomia estuda como essas escolhas são realizadas, pressupondo que os indivíduos seriam racionais. Assim, diante de várias opções de conduta, pondera-se o custo-benefício de cada uma, escolhendo a que oferece maior benefício.

Os benefícios e custos relacionados a uma conduta recebem o nome de incentivos e a racionalidade está em reagir aos incentivos de modo que se faça escolha daquele que traz maiores benefícios.

Nesse cenário é importante ressaltar que a teoria econômica, assim como a Análise Econômica do Direito, pressupõe que os indivíduos se comportam como se fossem racionais, mas não como se na realidade o fossem. Conforme assevera Gico Junior (2014): “*A teoria econômica não pressupõe que internamente 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.*”

A tomada de decisões racionais pressupõe a maximização de alguma coisa: as empresas buscam maximizar lucros; os consumidores buscam maximizar a satisfação (utilidade); os políticos buscam maximizar votos etc.

Como existem muitas alternativas a escolha do consumidor, por exemplo, uma escolha racional seria eleger a melhor alternativa que suas limitações permitem. Essa escolha racional e conhecida como maximização, que é a eleição da melhor alternativa permitida pelas restrições.

Para os economistas, outro conceito importante é o de equilíbrio, que é um padrão de inter-relação entre os atores maximizantes do mercado, que persiste até que sofra alguma influência de forças externas. Essas interações, supõem os economistas, tendem sempre ao equilíbrio. Assim, existe uma ligação fundamental entre equilíbrio e maximização.

Uma vez que todo comportamento dos indivíduos está voltado à maximização de alguma coisa, esse comportamento tende a alcançar um ponto de equilíbrio. Ainda que os atores do mercado não busquem um equilíbrio, mas sim maximizar algo de seu interesse, sua interação, em

regra, conduz ao equilíbrio.

Dessa forma, quando uma regra é alterada em uma conjuntura que permite a barganha, os agentes farão trocas até quando elas lhes forem benéficas. Assim, é por meio da apuração do equilíbrio que o juseconomista pode avaliar e prever quais seriam os resultados prováveis caso fossem alteradas algumas partes do sistema de incentivos da conjuntura analisada. Quando o mercado chega ao equilíbrio, fala-se que ele é eficiente, pois conseguiu eliminar as suas falhas.

São conceitos basilares para explicar o comportamento econômico do mercado, composto por muitos indivíduos diferentes, a maximização, o equilíbrio e a eficiência. Esta última será estudada a seguir.

2 EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SUA APLICAÇÃO NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são atributos do ser humano em razão da condição de sua existência, revelando-se como direitos subjetivos, públicos ou privados, da pessoa, cujas principais características são a sua essencialidade, posto ser o direito da personalidade inerente ao ser humano (SOARES; PRAZAK; MEN, 2020, p. 1376-1377).

Os direitos da personalidade classicamente são os reconhecidos no Código Civil como tais, a exemplo do direito ao nome, à integridade física, à vida privada, à honra, etc. Contudo, os direitos da personalidade não estão limitados aos previstos no referido *Codex*, de forma que, na pós-modernidade, se reconhece como direito da personalidade novas categorias de direitos, a exemplo do direito do consumidor, em razão de sua reconhecida vulnerabilidade (SOARES; PRAZAK; MEN, 2020, p. 1379). O mesmo se diga em relação ao direito de acesso à justiça ante a vulnerabilidade do indivíduo ao Estado de Democrático de Direito para o efetivo exercício da justiça (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 16-17).

Para aferir a eficiência de determinado direito da personalidade, mister se faz, primeiramente, compreender a ideia de eficiência. De forma coloquial, o termo eficiência é normalmente associado a atividade da iniciativa privada, ao mundo dos negócios e, basicamente, à ideia de riqueza. A eficiência para a economia está atrelada à maximização de riqueza e, conseqüentemente, aos critérios de custo-benefício e de melhor destinação dos recursos, a mais adequada forma de utilizar um bem ou desempenhar uma atividade.

Em uma acepção mais ampla, eficiência se refere apenas à otimização de alguma medida de valor. Diante da realidade da escassez de recursos, leva-se à preferência das opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade.

Pode-se escolher um valor, como, por exemplo, a segurança jurídica, e, por considerá-la relevante, buscar possibilidades que resultem na a maximização deste valor. Desta forma, o termo eficiência caracteriza apenas uma regra de maximização.

A eficiência liga-se à ideia de evitar o desperdício, uma vez que ela busca sempre a maximização de valor de algum bem. Assim, em um universo onde os recursos são escassos, o desperdício é muito injusto.

Os direitos da personalidade, sob a perspectiva normativa, precisam ser analisados de modo a motivarem resultados eficientes, resultados esses que devem ser aferidos para considerar se o bem jurídico está sendo tutelado por norma jurídica desejável ou não.

A visão Econômica percebe o Direito como uma instituição que precisa promover a eficiência, contribuindo para ampliar o bem-estar social. O bem-estar individual é mensurado pela utilidade que o agente extrai da sua decisão, assim como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade).

O custo de oportunidade, porém, seria a noção mais relevante para complementar a ideia de utilidade e corresponderia ao retorno da alocação de um recurso no seu “próximo melhor uso” (ou next-best use) em relação ao custo mínimo, que é soma de todos os gastos e despesas incorridos para produzir certo produto abaixo do qual o produtor, presumivelmente, não venderá esse mesmo produto. A escolha pela oportunidade que lhe dará maior retorno é considerada pela Economia a escolha mais eficiente e, não, a “correta”.

Nesse sentido o que seria utilidade? A economia pressupõe que todo indivíduo racional possui preferências em relação a qualquer situação; ou seja, associa um “nível de satisfação”, que pode ser chamado de nível de utilidade. Ao se defrontar com a escolha de uma de duas opções, o indivíduo escolhe aquela que traz mais utilidade.

Observe que utilidade aqui é o termo de satisfação que um indivíduo pode obter com uma determinada escolha, não se limitando apenas às questões monetárias. Os indivíduos podem se beneficiar comendo um prato que gostam, participando de trabalhos voluntários e também se divertindo com grupos de amadores em um esporte por exemplo.

A utilidade teria o valor que o agente lhe atribui. Por exemplo, fruir de uma moradia, nesse sentido, é uma utilidade, mas a casa pode ser “útil” não só pela chance de moradia, mas porque é bela, bem construída, porque tem uma vista boa, enfim, porque é um recurso cuja fruição interessa ao agente, seja qual for o motivo. Em sentido Econômico, uma “utilidade” é sinônimo desse recurso que interessa ao agente.

O conceito econômico de utilidade é bastante amplo, refletindo não só, como já mencionado, bens materiais ou de consumo, incluindo bens imateriais, tais como a alegria, o amor

ou a desilusão.

A fórmula do bem-estar social é uma medida de adição dos níveis de utilidade de todos os indivíduos de uma sociedade. A forma de agregação mais comumente utilizada é uma soma simples. Em outras palavras, somam-se os níveis de utilidade de cada um dos membros da sociedade sob exame (SEN, 2010, p. 80-82).

Supondo uma sociedade hipotética formada por três indivíduos: João, Pedro e Maria. Adotando-se como forma de integração uma soma simples, a fórmula do bem-estar social neste caso seria dada pela adição dos níveis de utilidade de cada um dos três membros desta sociedade, ou seja, pode-se representá-la pela seguinte fórmula exemplificativa que foi desenvolvida para essa pesquisa: Bem-Estar Social = Utilidade de José + Utilidade de Luís + Utilidade de Márcia.

Portanto, declarar que o conceito de eficiência está ligado à maximização da fórmula do bem-estar social, é dizer que será considerada eficiente toda medida que tiver como efeito a maior satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade.

A inovação trazida por Richard Allen Posner em sua obra, está na pressuposição de que as pessoas se comportam racionalmente não apenas quando interagem nos mercados econômicos, mas também quando estão fora dele, a fim de satisfazerem suas preferências individuais. É desta forma que a maioria dos indivíduos age racionalmente e, aqueles que representam exceções, não são suficientes para alterar esse modelo do agente racional. Posner assim defendia na Escola de Chicago, e chegou a compreender a eficiência como fundação ética do direito, de maneira que as normas jurídicas seriam avaliadas com base na eficiência de Kaldor-Hicks (POSNER, 2010).

Existem dois parâmetros principais de medida de eficiência estabelecidos pela economia clássica: a eficiência de Pareto e a eficiência Kaldor-Hicks. A proposição de Vilfredo Pareto, conhecida como ótimo de Pareto ou eficiência de Pareto dispõe que se considera uma mudança socioeconômica eficiente, quando alguém fica melhor do que sua posição anterior em relação a alguma atribuição de bens, sem que ocorra a piora da posição de ninguém, ou seja, quando a nova conjuntura fosse superior a anterior, sem que houvessem perdas aos indivíduos envolvidos.

É possível imaginar uma conjuntura onde suas externalidades venham a afetar terceiros, e que, nesse caso, não seja possível alcançar um resultado Pareto eficiente. Essa hipótese pode ocorrer em virtude de custos altos de transação, como por exemplo, no impacto da poluição sobre determinado ambiente e a negociação seja muito onerosa ou até mesmo impossível.

Nesse contexto, a pesquisa conhecida por “Princípio da Compensação de Kaldor e Hicks”, elaborada por Nicolas Kaldor e John Hicks, de forma resumida, defende a ideia de que se os favorecidos por novas situações compensarem os prejuízos ocasionados com a mudança, haveria um fundamento para o interesse da sociedade na mudança. Assim, o critério da eficiência Kaldor-

Hicks seria a adição simples dos níveis de utilidade, a mudança será eficiente se elevar o resultado da fórmula do bem-estar social. Dessa forma, a Análise Econômica do Direito é ampliada para um grande número de situações onde os custos de transação ou as externalidades inviabilizem o atingimento de resultados Pareto eficientes, no entanto, estando valorizada a importância dos ganhos da sociedade como um todo.

Se a eficiência de Pareto fosse o único critério de mensuração de eficiência para a Análise Econômica do Direito, juristas e economistas não poderiam atender a importantes situações, tais como as originadas pelas questões ambientais. Por esse motivo, a eficiência Kaldor-Hicks é amplamente aceita e utilizada pela Análise Econômica do Direito.

Nesse sentido, a determinação no caso concreto do que seria eficiente é condição da interpretação das normas jurídicas. Desse modo, a justiça da norma seria considerada conforme sua capacidade de alcançar a maior eficiência ou de maximizar a riqueza no caso concreto.

A análise econômica do direito é compreendida tanto sob o viés positivo, isto é, enquanto “teoria econômica do direito”, no sentido de explicar a maior parte dos fenômenos jurídicos possíveis pelo uso da economia, como pelo viés normativo, como “teoria da eficiência da common law” no sentido de que a common law é melhor compreendida como um sistema de maximização de riqueza da sociedade, resumindo-se à ideia de que “o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade” (KATAOKA, 2016, p. 88).

Sob esse ponto de vista, os juízes deveriam alcançar resultados eficientes ao assegurar o direito à parte que mais o valoriza, isto é, que lhe dá maior valor econômico. Desse modo, fica claro que os juízes, na opinião da Análise Econômica do Direito, deveriam decidir de forma a maximizar a riqueza, isto é, da forma mais eficiente. Desse modo, regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (ou eficiência) são justas; do contrário, são injustas.

Na prática, Posner procura apresentar sua teoria como uma construção intermédia entre a deontologia Kantiana e o utilitarismo de Bentham. Para Posner, a ética da maximização de riqueza pode ser vista como “uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais” (SALAMA, 2008, p. 7).

Jeremy Bentham foi o precursor do utilitarismo, escola que precedeu à análise econômica do direito, e tinha como base o princípio de que o ser humano sempre toma suas decisões de maneira a maximizar seu prazer/felicidade e amenizar sua dor. Assim, o princípio da utilidade visava à busca pela felicidade, e Bentham entendia que isso só poderia ser conseguido por meio do trabalho em conjunto da razão e da lei.

A felicidade era o único parâmetro de utilidade no utilitarismo de Bentham que, assim

Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 38 | n. 14 | p.383-397 | Mai./Ago. 2024

como a análise econômica do direito, se fundava em uma ideia de maximização racional das escolhas pelos indivíduos. Para ele seria ineficaz falar do interesse da comunidade, se não se entender qual é o interesse do indivíduo.

Em sua visão, a utilidade poderia ser considerada em termos de geração de prazer ou de falta de sofrimento. Ele defendia a ideia de que a política e as leis poderiam ser medidas por um cálculo hedonista, uma política ou uma norma melhor poderiam produzir mais prazer.

A ética kantiana se baseia na afirmativa de que somente ações motivadas pelo dever tem valor moral. Isso significa que uma conduta, para ter valor moral, deve ser tomada não por suas consequências, mas sim por ser a coisa certa a fazer.

Hipoteticamente, os economistas passaram a interpretar utilidade levando em consideração as preferências, os valores atribuídos para coisas ou estados subjetivamente pelos agentes econômicos.

Dentro da perspectiva kantiana o ato ético consiste em optar pelo correto simplesmente por ser ele a atitude apropriada a ser seguida e não pelo temor da consequência pelo seu descumprimento. Mesmo uma ação aparentemente boa pode não possuir valor moral. Assim, o ato de um homem, que encontra uma carteira no estacionamento de um mercado e a devolve por medo de que uma câmera o filme, não possui valor moral algum por ter sido tomado pelas razões erradas. Não foi o dever que o motivou, e sim o medo de ser castigado.

Assim sendo, Posner aparentemente aproveita alguns e refuta outras características de cada uma dessas tradições. Da tradição utilitarista, Posner mantém uma noção consequentialista de moralidade e justiça. Ao mesmo tempo, Posner refuta o critério de felicidade, fundamento do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição Kantiana, Posner também rejeita o que denomina de “fanatismo” Kantiano, que seria a repulsa ao raciocínio consequentialista. Enquanto que, retém parte das concepções de autonomia e consenso kantiano (POSNER, 2010).

Assim, conclui-se sobre a autonomia kantiana como uma vontade a ser praticada e que tenha por fundamentos – premissas – um conteúdo moral, uma lei moral universal, que autoriza uma ação com liberdade de decidir conforme todas as nossas inclinações, mas que deve ser praticada sem o interesse (vontade) de atingir metas particulares, que possibilite a máxima a ser aplicada pelo agente, para ele e também para todos, indiscriminadamente.

Na obra “A economia da justiça”, Posner defendeu que a referência para a avaliação das regras jurídicas deveria ser a sua capacidade de concorrer (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto levaria ao pensamento de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner emprega as duas expressões indiferentemente) seria primordial ao Direito, uma vez que

poderia ser o critério ético que distinguiria regras justas de injustas (POSNER, 2010).

Conforme se apreende, a Escola de Chicago identifica os conceitos de justiça e eficiência na aplicação das normas jurídicas e, por isso, sofreu muitas críticas, o que fez Posner mudar de opinião, alguns anos mais tarde, passando a se filiar ao pragmatismo jurídico.

Em “Uma questão de princípios”, Ronald Dworkin questiona os critérios utilizados na interpretação da eficiência e aponta que existiriam falhas no tratamento do tema, já que seria empregada uma regra de maximização de riqueza diferente daquela preconizada por Pareto. O autor enfatiza que a abordagem dos economistas para analisar as situações de eficiência é bastante diferente da abordagem considerada pelos operadores do direito. A aplicação da maximização de riqueza, mesmo em termos práticos, difere do conceito de equilíbrio aplicado pelos economistas:

A análise econômica do Direito que torna central o conceito de maximização de riqueza, deve, portanto, ser distinguida da Análise do Direito dos economistas, isto é, da aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, que é a eficiência de Pareto. Quando o economista pergunta se uma norma de direito é eficiente, geralmente quer saber se a norma de Direito é eficiente segundo Pareto, não se ela promove a maximização de riqueza. (DWORKIN, 2001, p. 355-356):

Na perspectiva de Dworkin, haveria sérios conflitos no uso do termo eficiência. Sua crítica não se limita a diferenças conceituais. Elas vão mais longe aprofundando na essência do sentido de maximização de riqueza dado por Richard Posner. Dworkin questiona profundamente se a abordagem dada pelos autores da Análise Econômica do Direito seria uma meta louvável (KATAOKA, 2016, p. 80-81).

Dessa forma, ao afastar a ideia de eficiência ou maximização de riquezas como base ética do direito e passar a considerar outros valores para a conquista da justiça, Posner se torna um pragmático.

Nesse contexto, o pragmatismo jurídico vai abrigar a ideia de que a norma jurídica não é um fim em si mesmo, devendo funcionar como um incentivo para alcançar objetivos (mais eficientes) almejados pela noção de justiça. Sendo assim, diante do caso concreto, o juiz vai analisar as consequências e tomar a decisão que alcance a maior eficiência, considerados os valores que regem o ordenamento jurídico.

Outro importante jurista americano, John Rawls, em sua obra Teoria da Justiça, apontou o viés filosófico da Análise Econômica do Direito, que seria a busca do bem-estar social. Ele se preocupou com a efetivação dos direitos humanos, suas teorias pregavam que as condutas dos indivíduos deveriam ser coordenadas para que, mesmo despercebidos ou indesejados, os resultados

fossem os melhores possíveis do ponto de vista social (BRANDO, 2010, p. 226-231).

É importante destacar que as ideias de Rawls possibilitam que ele seja reputado como um dos teóricos mais avançados do chamado Estado de Bem-Estar Social (welfare state). O principal critério para criação da teoria foi o desenvolvimento social, de forma a conferir direitos e deveres aos cidadãos, norteando-se nos princípios da justiça/equidade e estabelecendo procedimentos racionais.

CONCLUSÃO

Ordinariamente, verificou-se críticas à combinação entre eficiência e justiça. A eficiência, na perspectiva econômica, busca maximizar os benefícios com os recursos disponíveis utilizados pelo agente. Essa visão, muitas vezes é limitada ao fator monetário, que permite monetizar e quantificar as decisões e ações dos agentes. De outra parte, a justiça está associada aos conceitos morais, éticos, filosóficos e subjetivos de um grupo de pessoas ou de uma sociedade.

Haveria uma pretensa dicotomia entre eficiência e justiça. A análise Econômica do direito, ainda que realizando um exame normativo, não é capaz de determinar o que é certo ou errado, justo ou injusto. Esses são valores subjetivos. Os estudiosos da AED, por outro lado, argumentam que qualquer política pública que uma determinada comunidade deseja implementar deve ser eficaz. Uma vez escolhida uma política pública, não há justificativa moral ou ética para sua prática de forma a causar desperdícios, seja ela qual for. Em um mundo onde os recursos são escassos e os desejos humanos infinitos, o desperdício é profundamente injusto.

Nessa perspectiva, a Análise Econômica do Direito fornece elementos para realizar o reconhecimento do que é injusto (tudo que gera desperdício é ineficiente e conseqüentemente injusto), e ainda, para a compreensão das conseqüências de uma determinada decisão, o que é de grande utilidade para se medir a eficiência da proteção de determinado direito da personalidade.

A juseconomia ajuda a descobrir o que realmente se pode obter de uma determinada política pública (prognóstico) e o que se renuncia (custo de oportunidade) para chegar lá.

Assim, é possível dizer que a AED é uma alternativa eficiente que pode ser utilizada para a avaliação da eficiência da proteção de determinado direito da personalidade, podendo ser aplicada tanto pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, como também para a criação de novas normas que atendam às exigências específicas de novos direitos da personalidade na pós-modernidade.

A utilização da microeconomia concede uma compreensão melhor dos custos de oportunidade e a análise dos incentivos que levam a decisão do agente. Para tal fim, o juseconomista tem a sua disposição um complexo de ferramentas que possibilitam entender a seara

jurídica e identificar se alguns incentivos/desincentivos são os mais adequados para aquela situação. Por meio do conceito de eficiência ele é capaz de saber se uma determinada decisão ou norma atende ou não às demandas da coletividade.

Somente pessoas com esse conhecimento podem realizar análises de custo-benefício e tomar decisões socialmente desejáveis. Conforme mencionado anteriormente, os recursos são escassos e potencialmente ilimitados, mas todo desperdício significa necessidades humanas não atendidas. Portanto, eliminar o desperdício (ou seja, a eficiência) deve ser um pré-requisito para uma decisão (norma) justa.

A precisão conceitual e o método utilizado pela Análise Econômica do Direito é de grande valia quando aplicado ao direito. Os termos econômicos são estabelecidos de forma mais rigorosa devido à proximidade com a linguagem matemática, o que em consequência dificulta a relativização dos conceitos por uma discussão retórica tão comum no direito, o que leva à redução dos custos de informação, pois a aplicação do método juseconômico tem por escopo discutir ideias e as consequências de escolhas e não o significado de palavras.

Face ao exposto, é possível concluir que há um vasto campo dentro da atual estrutura jurídica para a aplicação de técnicas que ajudem os operadores do direito a reconhecer, prever e entender as consequências das escolhas da sociedade, tanto aquelas feitas pelo legislador “ex ante”, quanto as feitas pelos juízes em sus decisões no caso concreto “ex post”.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. *Microeconomia*. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANDO, Marcelo Santini. A Crítica da Vertente Econômica à Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31 (2010), p. 209-234.

COASE, Ronald Coase. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 3. N. 1. Article 9. 2008. Disponível em: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>. Acesso em: 14/06/2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARINA, Elizabeth M.M. IN: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GICO JUNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

KATAOKA, Karla Eliza Correa Barros. A Riqueza como Valor: o debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin. *In*: ALVES, Fernando de Brito; ROCHA, Leonel Severo (coordenadores). **Filosofia do direito II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Atlas. 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: A Perspectiva de Richard Posner. Escola de Direito de São Paulo. Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito: Um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=bruno_meyerhof_salama. Acesso em 14/06/2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, Devido Processo Legal e Coisa Julgada no Processo Civil**. 2 ed. atual. São Paulo: Blucher, 2019.

SOARES, Marcelo Negri; PRAZAK, Maurício Ávila; MEN, Letícia Squaris Camilo. **Negócios jurídicos processuais e sua (in)aplicabilidade nas demandas em que se discutem direitos da personalidade do consumidor no sistema jurídico brasileiro**. Lisboa: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6 (2020), n. 3, p. 1373-1392.