

Algumas reflexões críticas da visão da Análise Econômica do Direito sobre a teoria das externalidades no contexto da contemporaneidade

Some reflections about the Law and Economics vision over the externalities theory on the contemporaneity context

Lucas Franco de Paula¹

Elve Miguel Cenci²

RESUMO: A Análise Econômica do Direito originou-se nas décadas de sessenta e setenta quando da crise do Estado do Bem-Estar Social, e abordou vários temas sendo que neste trabalho pretende-se fazer algumas reflexões críticas das posições e pressupostos adotados pela Análise Econômica do Direito em relação à teoria das externalidades, e conseqüentemente da sua visão do Direito, e para atingir tal objetivo, se fará uma construção, passando por várias teorias econômicas para explicar o surgimento da Análise Econômica do Direito. Então passa-se a estruturar uma visão crítica dos fundamentos da visão da Análise Econômica do Direito sobre a teoria das externalidade e o papel do direito dentro dela, das quais serão feitas algumas reflexões, tomando por base as releituras feitas desta escola do direito e o contexto atual do cenário jurídico e econômico em que atualmente se insere.

PALAVRAS CHAVE: Análise Econômica do Direito; Estado Contemporâneo; Teoria das Externalidades; Globalização econômica e Crise Financeira;

ABSTRACT: The Law and Economics was Born in the seventies among the Welfare State crisis and studied various themes and in this paper the intention is to draw some critical reflections on the positions adopted by the Law and Economics over the externalities theory and as consequence, its vision of Law, and to accomplish this goal, there will be made a construction passing by various economic theories to explain the rising of the Law and Economics. It will be structured then, a critical vision of the fundamental vision of Law and Economics over the externalities theory and the law paper inside of it, among those there will be made some reflections, taking as base the lectures made of this school and the contemporary economic and juridical scenario in which its inserted.

PALAVRAS CHAVE: Law and Economics; Contemporary State; Externalities theory; Economic Globalization and Financial Crisis;

1.Introdução

A Análise Econômica do Direito originou-se em Chicago, nos Estados Unidos, tendo suas raízes teóricas desenvolvidas por Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Gary Becker, sendo os três primeiros economistas, e o quarto, Posner, renomado jurista

¹ Aluno Regular do Programa de Mestrado.Trabalho apresentado referente à matéria “Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável”, coordenada pelo professor Miguel Etinger de Araujo Junior.

² Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Estadual de Londrina. Email: Elve@uel.br

americano, surgindo quando da crise da década dos setenta do Estado do Bem-Estar Social e buscava apresentar novas posições e idéias às doutrinas realista e convencionalista então dominantes.

Aqui buscar-se-á fazer uma releitura das posições e pressupostos adotados pela Análise Econômica do Direito em relação à teoria das externalidades, e conseqüentemente da sua visão do Direito, e para tanto, se fará uma construção, passando por várias teorias econômicas para explicar o surgimento da Análise Econômica do Direito, inicialmente pela teoria neoclássica, que despreza o marco institucional em sua abordagem, trabalhando, em seguida, com a teoria do bem estar social, a doutrina do Public Choice, destacando como resposta neoclássica ao *Welfare State*, o movimento dos direitos de propriedade, “property rights”, e então a tese de Coase, crítico de Pigou, em que todos agentes envolvidos em um problema de efeitos externos chegam, em determinado momento, a negociar entre só efeito externo, alcançando uma solução ótima, que beneficia todas partes envolvidas.

2. A Análise Econômica do Direito e a teoria das externalidades

Inicialmente, vale marcar que a Análise Econômica do Direito surgiu com a tentativa de se contra-atacar as críticas à teoria neoclássica, que despreza o marco institucional em sua abordagem, e é caracterizada pelo individualismo metodológico, em qual o vínculo social se realiza com o mercado através da troca. Utilizou-se, segundo o autor acima mencionado, de uma metodologia formalista e positivista que considerava os fenômenos econômicos como dados físicos que podiam ser objetos de estudos científicos independente dos contextos sociopolíticos.

Em seguida, destaca-se a doutrina do *Public Choice*, emergindo como uma resposta neoclássica ao *Welfare State*, com a crítica de que esta não havia se ocupado de estudar o comportamento dos agentes econômicos (produtores e consumidores), na esfera pública, e também o movimento dos direitos de propriedade, “*property rights*”, que assume que a troca através do mercado é o mecanismo de atribuição de recursos mais eficiente, mas que para funcione, necessita ao menos de um direito preciso, exclusivo e livremente transferível sobre os que trocam, ou seja, um direito de propriedade.

A Análise Econômica do Direito possui, de acordo com Pedro Mercado Pacheco (1994, p.164), possui uma faixa temporal de nascimento determinada, nos anos 60, e também possui uma raiz teórica precisa, que são os desenvolvimentos vistos na ciência econômica neoclássica que se expressam no fenômeno do imperialismo econômico e na construção de uma teoria econômica das instituições como renovação do discurso neoclássico para fazer

frente as novos problemas apresentados no contexto da crise de um modelo de Estado também de política econômica e jurídica, como era o Estado do Bem Estar.

A tese de Coase, crítico de Pigou, que denominava os efeitos sociais danosos de “deseconomias externas” e de economias externas aqueles efeitos de uma ascensão de bem-estar social oriundo da produção privada, considerando que em ambos os casos, tanto positivo, como negativo, o mercado não se encarregaria suficientemente as informações imprescindíveis para que os agentes que dele participem (produtores e consumidores) efetuem uma alocação de fatores ótima, contrapondo à esta tese a de que todos agentes envolvidos em um problema de efeitos externos chegam, em determinado momento, a negociar entre si o efeito externo, alcançando uma solução ótima, que beneficiaria todas partes envolvidas. da maneira mais barata possível e a negociação traria a alocação mais eficiente.

Coase é utilizado, em um extremo oposto ao de Pigou, pelos adeptos da liberalização dos mercados, que dão preferência à soluções oriundas das transações feitas entre causador e suportador das externalidades, extinguindo assim o Estado redistribuidor (subvencionador), e a utilização do mecanismo de elevação de impostos por esta entidade, repousando a solução na construção de um sistema global de direitos de propriedade de agentes privados, aos quais caberia negociar seus interesses e atingir um acordo, e assim, atingirem uma internalização eficiente dos efeitos externos. Sobraria ao Estado não o papel de cuidar da internalização de externalidades, mas unicamente evitar o surgimento daquelas que não interessem a ninguém, garantido a eficiência completa da internalização de efeitos externos por agentes do mercado. (DERANI, 2008, p.92).

Coase define os mercados como mecanismos de redução desses custos de transação, de modo que um sistema de regras e regulações é necessário para reduzir esses custos e, com isso, aumentar o volume de negócios. Para Coase, se os direitos de executar certas ações podem ser vendidos ou comprados, eles tenderão a ser adquiridos por aqueles que os consideram mais valiosos, assim levando as ações são levadas a um resultado onde o maior valor possível no mercado é atingido.

Ao se utilizar a Análise Econômica do Direito como método, é necessário definir alguns pressupostos conceituais, sendo um desses conceitos o de *homo oeconomicus*, ou seja, a idéia de que o indivíduo se mostra como maximizador de seus interesses pessoais, o que significa afirmar que pessoas reagem a incentivos externos com o objetivo de aumentar o nível de satisfação de seus interesses. Neste vértice, o sujeito na Análise Econômica do Direito só age quando provocado pela perspectiva de um ganho, de aumento de seu conjunto

de bens resultando na expectativa como resultado da conduta individual um benefício maior do que o custo daquela conduta. (LARA, 2008, p.12).

Apresentada brevemente a posição da Análise Econômica do Direito em relação a teoria das externalidades, passa-se então abordar, antes de entrar na discussão principal, a atual conjuntura econômica desde sua evolução contemporânea à da Análise Econômica do Direito.

3. Transformações no Estado, globalização econômica e crise financeira mundial

Como explicado anteriormente, a construção aqui feita, com o objetivo final de contextualizar a discussão principal passará inicialmente pela observação pontual das transformações pela qual passou o Estado Nacional nas últimas décadas, destacando-se a aporia apontada por Luigi Ferrajolli (2005, p.117), de que o principal efeito do declínio do poder estatal no plano internacional tem sido de fato um vazio de direito internacional público, ou seja, a falta de regras, de limites e de vínculos que garantam a paz e os direitos humanos diante dos novos poderes transnacionais, públicos e privados, que destronaram os velhos poderes estatais ou que perderam o seu papel de governo e de controle.

Seguindo esta linha, Danilo Fontenele Sampaio Cunha (2009, p.346), expõe que:

O reflexo da globalização do risco econômico no campo jurídico acaba por tornar o *direito internacional dos Estados* em *direito internacional das relações entre vários atores legítimos*, surgindo uma nova ordem normativa econômica global envolvendo, além dos Estados, também empresas multinacionais, grupos e minorias (representados ou não por organizações não governamentais), sendo certo que caso os interesses envolvidos versem sobre ações de política externa estatal, patrimônio público ou interesses difusos dos nacionais, caso refiram-se a questões tratadas em acordos, tratados ou convenções internacionais, cabe ao Estado atuar e responder conjuntamente com os demais agentes incluídos na polêmica.

Como conseqüência do processo, vê-se a multiplicação de fontes normativas além do Estado-nação com o surgimento de redes paralelas ou que vêm a interagir tanto em nível nacional com regional ou internacional. Ao passar por diversos processos de transformação interna e externa decorrentes de valores globais:

o Estado-fonte de normas sofre o processo de descentralização de fontes; o Estado-esfera pública sofre a privatização e, sobretudo, no que nos interessa, o Estado-nação é ameaçado pela internacionalização do direito. Não apenas o Estado não é mais o único comandante do processo, mas os próprios conceitos de ordem, de espaço e de tempo normativo começaram a escapar-lhe, e os atores envolvidos não se perguntam se existe um responsável para guiar a evolução dos sistema e, havendo, qual sua natureza jurídica.(VARELLA, p.29)

Adota-se aqui como referência do que se entende pelo fenômeno da globalização econômica, sem se entrar nas discussões teóricas atinentes para que não se perca o foco a ser desenvolvido, a progressiva internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos,

acompanhada de redução de tarifas de exportação, obstáculos aduaneiros e padronização e interconexão desterritorializada das operações mercantis. (OLIVEIRA JUNIOR, 2007 p.7).

Fábio Nusdeo, na mesma linha ressalta que:

(...) essas megaempresas, a cada dia maiores, e em número, a cada dia menor, concentram as operações de produção e distribuição, lastreando-se em enormes volumes de capitais que migram de país para país, através dessas cadeias, por um mundo sem fronteiras, na exata velocidade das transmissões eletrônicas de dados. O resultado óbvio desses movimentos é a concentração do capital e do poder em instituições como bancos, companhias de investimento, de seguros, de administração de recursos, de fundos mútuos, de pensão, gerando fortes impactos sociais, econômicos e políticos nas comunidades por que passam, os quais precisam ser definidos e monitorados. Com seus capitais atomizados em grande número de acionistas e com suas gestões altamente profissionalizadas, chega ao auge a inevitável separação entre os detentores do capital e o corpo de dirigentes dessas empresas. (NUSDEO, p.335)

Então, na apuração do contexto de sua origem, a crise denota a especificidade e ineditismo de fatores, como o aumento sem controle de derivativos, a ampliação de operações despadronizadas fora de mercados regulados, arbitragens com taxas de câmbio e juros, a falta de transparência de tipos novos fundos de investimentos e operações, níveis altos e sem controle de alavancagem, políticas remuneratórias que estimulam executivos financeiros a uma excessiva exposição de risco, e coexistência entre instituições financeiras regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou sem qualquer regulamentação. (FARIA, 2011, p.22).

4. Reflexões críticas da visão da teoria das externalidades pela Análise Econômica do Direito nos tempos atuais

A primeira das críticas às premissas da visão trazida pelo pensamento jurídico ora estudado em relação à teoria das externalidades, consiste nas suas bases metodológicas, trazendo as palavras de Pacheco (XXXX,164), segundo o qual cometem um erro ao:

(...) colocar a Análise Econômica do Direito em uma tradição centenária de estudo interdisciplinar das realidades jurídicas e econômicas, e tal como faz Posner, é desfocar os pressupostos, as premissas, as limitações de seu próprio discurso. Somente no marco de uma ciência econômica que se autoproclama ciência geral da sociedade, invadindo âmbitos até então alheios a seu próprio discurso, se legitima a extensão das técnicas e categorias econômicas a explicação do sistema jurídico. Neste sentido, temos pretendido demonstrar que a Análise Econômica do Direito, compartilha a visão da ciência econômica e de seu objeto universalizado que já estavam nas formulações de G Becker da escola do Public Choice ou na teoria do capital humano.

Tomando-se como referência a teoria dos *propriety rights* desenvolvida por Coase, atribui-se um valor econômico, por exemplo, para o uso dos recursos naturais, valor este que passa a ser determinado pelo mercado, transformando a natureza em um bem comercializável. Pode-se entender que estabelecer um valor a um bem natural e inserí-lo em um mercado é o

mesmo que privatizá-lo, verificando-se então o problema da dependência da disponibilidade do particular em arcar com o preço imputado à parcela da natureza que pretende usufruir:

É necessário remarcar que disponibilidade a pagar contém o atributo possibilidade de pagar. Uma relação calcada neste interesse subjetivo pouco garante de proteção efetiva ao ambiente, mas, por ser dependente de uma situação individual econômica, sujeita-se a vários critérios, como existência de outros bens no mercado, situação concorrencial, flutuações entre crises e aquecimento de consumo, além do fôlego econômico de cada empreendedor. (p. DERANI, 2008, p.95).

A metodologia de estabelecer uma valoração monetária à determinadas externalidades é criticável também do ponto de vista moral e ético, como é o caso da saúde humana ou da vida, também sendo perigosa ao colocar tais bens juridicamente relevantes para ser sopesado com o critério da eficiência econômica em um ambiente de livre negociação, onde se pressupõe constantemente a igualdade entre os agentes econômicos e a limitação do papel do Estado como mero gestor da diminuição dos custos de transação.

Ademais, tal teoria repousa parte de sua funcionalidade novamente (como a teoria neoclássica) à existência de um ambiente concorrencial perfeito, sem distorções, nunca verificável como se pretende na economia de mercado, o que leva à circunstância de ter que se atribuir importância bem jurídica e sua exploração, como por exemplo, é o meio ambiente e os recursos naturais, apenas para mãos de oligopólios formados por grandes grupos empresariais dispostos a pagar por ele, que segundo Coase seriam os únicos que por saber o valor por ele pago, fariam sua gestão eficientemente.

Mais uma vez, a teoria de Coase aqui explorada cai no erro de depositar sua crença no paradigma do mercado eficiente, e também de atribuir a externalidades como o meio ambiente, ou a qualidade de vida, o aspecto meramente econômico, o que não pode ser verdade, uma vez que os recursos naturais, por exemplo, podem ter outros aspectos e apenas aspectos não econômicos.

É possível verificar também, que a Análise Econômica do Direito, ao adotar como premissa fundamental a do paradigma do *homo oeconomicus*, apresenta certo reducionismo na explicação do seu objeto (Direito), que inclusive limita seu próprio aporte teórico:

Temos visto que a universalização do objeto econômico que este imperialismo postula radica em última instância na assunção do paradigma do *homo oeconomicus*, como premissa básica da qual é possível a descrição de todo o real. Era necessário ilustrar como descreve a realidade esta categoria, e para tanto, usamos o trabalho de Posner sobre as sociedades primitivas com o objetivo de demonstrar o reducionismo a que conduz o “enfoque econômico” de realidades não mercantis, reducionismo que esta na base da explicação de direito que pretende realizar a Análise Econômica do Direito e limita seu próprio aporte teórico. (PACHECO, 1994, p.164)

E continua afirmando que:

O problema reside no nível das premissas, se estas se assumem como panacea de rigor científico, como um hecho universal indiscutido e indiscutível, a descrição da realidade realizada de acordo com elas é sempre uma realidade sesgada, reduzida, pelas próprias restrições das premissas de partida. Por isso era necessário ahondar no fundamento desse modelo de racionalidade encarnado na figura do *homo oeconomicus*, porque somente depois de demonstrar sua origem, sua formação e generalização como critério de racionalidade podíamos compreender o significado desse reducionismo. Esse rastro ao nível dos fundamentos teria como objetivo ultimo ulstra que a Análise Economica do Direito não é somente um aspecto desse fenomeno mais amplo do imperialismo econômico, mas também reproduz o reducionismo na exmplicação dos fenômenos sociais, o que implica na aceitação de uma ficção: a racionalidade econômica do *homo oeconomicus* como hecho natural e universal de todo o comportamento humano. (PACHECO,1994, p.165)

Assim, uma racionalidade econômica que assume como natural e universal para todo comportamento humano, o que segundo o autor é uma ficção, e diminui de caráter científico da proposição da AED. A crítica à concepção positiva é realizada por Adeodato (LARA, 2008, p.12) nos seguintes termos: “a crítica é fundada sobre uma consideração óbvia: o comportamento do indivíduo se origina de uma pluralidade de motivações, que não podem ser todas explicadas em termos econômicos”.

Não se mostra compatível com a realidade, a forma fácil como se desenvolvem as teorias fundadas na capacidade de auto ajuste do mercado, uma vez que por elas, todas atividades e movimentos devem de forma ideal corresponder às necessidades de mercado, assim como a capacidade ponderatória para se apropriar e se ajustar aos recursos existentes seria atribuída à produção em uma eficiência ótima:

Ora, não existe tal imediata mobilidade de recursos produtivos. Isto faz parte de um tipo ideal, resultado de uma decomposição ideológica, em que se despreza séculos de batalha histórica, para o ajuste e domesticação de hábitos, gostos e modos de vida a um processo produtivo que não surgiu de uma racionalização de recursos produtivos, mas de uma razão individual de apropriação e proveito. Qualquer mudança de otimização de um proveito individual para uma utilidade social deve surgir de fora dessa lógica estéril, idealizada em um processo econômico impossível de concretizar. (DERANI, 2008 p.98).

A situação apresentada, contudo, não mais se sustenta em razão da incapacidade que o mercado financeiro demonstrou de manter o paradigma do mercado eficiente e, em consequência, sustentar sua política de desregulamentação e a possibilidade de se autorregular sem a intervenção do poder público (DEGRAWE 2009, p.19,20), sem que evitasse uma quebra sistêmica que quase levou a economia mundial ao colapso e abre, dentro dos vários questionamentos e discussões que se abrem sobre a regulação e intervenção no setor, aqueles que têm como referência o papel (ou o papel deixado) pelo Estado.

Segundo Coase (apud Mercado, p.148), o sistema jurídico não opera então “com uma racionalidade própria da resolução dos conflitos, não haveria uma lógica racional, um princípio de justiça alheio à justiça do mercado”. A afirmação consiste na idéia de Coase que

instrumentaliza o direito para alcançar como resultado a alocação suficiente de recursos e a busca de uma “assiguação ótima” dada pelo mercado, devendo o Direito resolver, então, conflitos de direito de acordo com a solução ideal, que segundo relata o autor, seria a do Mercado.

É uma visão reducionista do papel do direito, como se fosse mero acessório da resolução de conflitos contratuais econômicos entre particulares. O Direito possui, principalmente como ciência a busca de princípios e de um princípio de justiça que vão muito além do princípio de justiça do mercado, que diz respeito, talvez, somente a determinada categoria de agentes econômicos.

5. Conclusão

Abordou-se em primeiro lugar, os aspectos do contexto do surgimento da Análise Econômica do Direito e sua abordagem da teoria das externalidades, surgindo como a tentativa de se contra-atacar as críticas feitas à teoria neoclássica, passando pelo desenvolvimento das teorias do *Public Choice* e do *propriety rights*, e então o Teorema de Coase, de acordo com o qual não faria diferença a alocação inicial dos direitos de propriedade, pois tais direitos iriam acabar onde o maior valor pudesse ser gerado no mercado, cabendo aos Estados então criar instituições que minimizassem os custos de transação, permitindo assim que as alocações ineficientes dos recursos possam ser corrigidas da maneira mais barata possível e a negociação traria a alocação mais eficiente.

O atual contexto da crise econômica de 2008 revela também que a situação apresentada, contudo, não mais se sustenta em razão da incapacidade que o mercado financeiro demonstrou de manter o paradigma do mercado eficiente e, em consequência, sustentar sua política de desregulamentação e a possibilidade de se autorregular sem a intervenção de qualquer esfera de poder público. Ressaltou-se também o potencial destrutivo que as externalidades que atingiram toda a população mundial, as economias nacionais e outros mercados.

6. Referências

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 120.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Crise Econômica e possíveis perspectivas jurídico-sociais**. In: Revista Direito GV, São Paulo, v.5(2), p.343-358. Jul-Dez. 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE GRAUWE, Paul. **Lessons from the Banking Crisis: a return to Narrow Banking**. In: CESifo DICE Report. 2/2009. p.19-23. Disponível em: <http://www.econ.kuleuven.be/ew/academic/intecon/Degrauwe/PDG-papers/Recently_published_articles/Lessons%20from%20banking%20crisis-DICE.pdf> Acesso em 15 set. 2011.

FARIA, José Eduardo. **Poucas certezas e muitas dúvidas: O direito depois da Crise Financeira**. In: Revista Direito GV, São Paulo, v.5(2), p.297-324. Jul-Dez. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y Argumentación em el Estado Constitucional de Derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. **A Análise Econômica do Direito como método e disciplina**. E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte, vol. I, no 1, nov-2008. ISSN: 1984-2716. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas.

NUSDEO, FABIO. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. **Constitucionalismo Multinível – Contribuição para Compreensão da Interconstitucionalidade no Estado Constitucional**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. nº10. p.12-14. abril/maio/junho de 2007.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Analisis Económico del Derecho: Una Reconstrucción Teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

SEN, Amartya. **Capitalismo más allá de la crisis**. El Viejo Topo. 2008. Disponível em: www.elviejotopo.com/web/archivo_revista.php? Acesso em 15 janeiro de 2012.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.