

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA VISÃO DIDÁTICA*

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: A DIDACTIC VIEW

Renato Leite Monteiro

RESUMO

O presente trabalho visa explicitar os fundamentos da Análise Econômica do Direito e de que maneira esta escola pode ser aplicada para que seja alcançado os princípios da segurança, efetividade e previsibilidade no ordenamento jurídico como um todo. Para isso, foram elencados o histórico; o fundamento maior e postulados; as falhas do mercado; as diretrizes para a formulação, aplicação e interpretação de textos normativos; por que a Análise Econômica pode servir ao Direito. Finalizando com exemplos práticos como o mercado legal de adoção e de órgãos, o mercado legal de drogas, o direito a moradia e o Sistema Financeiro de Habitação, a legalização do aborto como forma de diminuição da criminalidade e o dilema moral que envolve sua aplicação eficiente da chamada Escola de Chicago.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. EFICIÊNCIA. PREVISIBILIDADE. SEGURANÇA

ABSTRACT

This paper aims to set out the reasons for the Economic Analysis of Law and in what way this school can be applied to deliver the principles of safety, effectiveness and predictability of the legal system as a whole. For this, we listed the its history; the main foundation and assumptions; market failures; the guidelines for the formulation, implementation and interpretation of legal texts; why the economic analysis can serve the law. Concluding with practical examples such as the legal market of human organs and adoption agencies, the legal market for drugs, the right to housing and the Housing Finance System, the legalization of abortion as a way to reduce crime and the moral dilemma involving the efficient application of the so-called Chicago School.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. EFFICIENCY. PREDICTABILITY. SECURITY

Introdução

A escola da análise econômica do direito tenta implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos, para dessa maneira

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

umentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas inerentes ao estudo do Direito e do ordenamento jurídico.

Normalmente denominada de Escola de Chicago, devido ao seu precursor maior, o Professor Richard Posner, a AED sofre, principalmente no Brasil, um preconceito muito grande e não embasado, causado por comentários não construtivos que distorcem a realidade do seu funcionamento.

Principalmente depois da primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com a EC 45, em 2004, que elevou o princípio da eficiência e da celeridade ao patamar de princípio fundamental, a AED vem de encontro aos anseios dos estudiosos e dos aplicadores dos Direito, mormente no quesito políticas públicas, que mesmo antes da adição do retalho à constituição já tinha o princípio da eficiência, cravado no art. 170, 1º e 3º da CF/88, como norte.

Esse trabalho procura delinear os aspectos básicos da Análise Econômica do Direito, demonstrando, através de casos práticos, como este pode ser de muita valia para o Direito Brasileiro, para tentar, ainda, desmistificar essa névoa que encobre essa não tão nova escola jurídica.

1 Histórico

Muitos dos estudos sobre Análise Econômica do Direito clamam que esta teve início com os estudos de Ronald Coase, mas é possível traçar um histórico mais aprofundado de suas origens.

No século 18, Adam Smith discutiu os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Entretanto, aplicar economia para analisar a regulação de atividades não relacionadas ao mercado teve origem indireta com Jeremy Bentham (1789), e a escola do utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Através de seus estudos, Bentham examinou sistematicamente como se dá o comportamento dos atores sociais ao se depararem com incentivos legais e assim pôde avaliar os resultados de um estado medido através do nível de bem-estar social. Os estudos desse autor contém uma significante e extensa análise sobre Direito Penal, aplicação coercitiva da lei e sobre procedimentos legais.

Entretando, como já mencionado, o início direto da AED se deu com Ronald H. Coase (1960) e o denominado Teorema de Coase, no seu livro *The Problems of Social Cost*, que afirma que se os agentes envolvidos com externalidades puderem negociar (sem custos de transação) a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão negociar e chegar a um acordo em que as externalidades serão internalizadas. Coase, como descreve Juliana P. Guia, afirma que:

Em uma situação sem custos de transação as instituições existentes não exercem influência sobre a alocação eficiente de recursos, pois os direitos podem ser negociados livremente entre as partes, de forma a se alcançar a alocação eficiente, independentemente de sua distribuição inicial. Contudo, a realidade é diferente e os

custos de transação so de fato positivos e, não raro, muito altos. Assim, o direito passa a ter significativo papel de influência nas ações dos agentes econômicos, podendo contribuir para a obtenção de uma alocação eficiente dos recursos disponíveis ou, ao contrário, prejudicá-la.[\[1\]](#)

Mas não somente esse autor serviu de base para a AED. Outros fizeram contribuições da mesma relevância, como as dadas por Gary Becker (1968), no seu *Crime and Punishment: An economic approach*. Nesse estudo, o autor, após calcular a probabilidade de ser pego e potencial punição, optou pela prática de crimes. Essa conclusão foi dada ao afirmar que criminosos racionalmente vêem que os benefícios dos seus crimes superam os custos de uma provável apreensão, declaração de culpa e punição. Ainda no seu trabalho, chegou a conclusão que os custos do aumento da vigilância são maiores do que o do aumento de uma possível pena, sendo, portanto, a melhor política diminuir a vigilância e aumentar a pena[\[2\]](#). Todavia, existem muitos debates morais sobre as conclusões de Becker.

Guido Calabresi (1970), com seu livro *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, proporciona uma análise econômica eficiente das regras do direito indenizatório, ao afirmar que o objetivo principal desse ramo do direito não a absoluta minimização da ocorrência de perdas em acidentes, porque o custo acidental total de qualquer atividade econômica inclui tanto o custo esperado dos acidentes que ocorrem quanto os custos esperados pela sociedade para evitar que estes acidentes ocorram.[\[3\]](#)

Entretanto, o maior nome da AED seria o do Professor da Universidade de Chicago, Richard Posner (1972), que lançou os pilares dessa escola com o seu livro *Economic Analysis of Law*, que abaixo serão delineados com maior precisão.

2 Fundamento maior e postulados

O fundamento maior da Análise Econômica do Direito seria trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas.

O princípio do equilíbrio funciona como conceito básico de todas as relações econômicas, mas que encontra mais de um significado, entre eles o chamado *Equilíbrio de Nash*, que, aplicado a Teoria dos Jogos, pode assim ser resumido:

A combinação de estratégias que mais provavelmente vai ser escolhida pelos jogadores é aquela em que nenhum jogador pode se sair melhor do que outro ao escolher a estratégia, dado a estratégia que os demais escolhem. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta a estratégia dos demais.[\[4\]](#)

Muitos dos postulados que regem essa escola não lhes são exclusivos, sendo estes compartilhados com movimentos como o da Codificação e do Positivismo Jurídico, que também encontram sua razão de ser na segurança e na previsibilidade. Estes podem aqui ser elencados nos seguintes[5]:

a) Em face da escassez de recursos devido às necessidades humanas, a alocação mais eficiente gerará o incremento do bem-estar e do fluxo de relações econômicas;

b) Ótimo Paretiano (ou eficiência da Pareto; ou eficiência alocativa): alocação mais eficiente dos recursos, afirma que: (i) uma sociedade não se encontra em uma situação ótima se não houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outra; (ii) uma escolha eficiente é aquela tomada quando não há outra alternativa que seria preferível por todos os envolvidos, levando em conta seus objetivos e preferências individuais; (iii) uma alocação ineficiente ocorre quando existe alguma alternativa que todos os outros preferem ou que seria aceita por pelo menos um deles, quanto que para os demais seria indiferente;

Outro critério de eficiência é aquele que se denomina eficiência de Kaldor-Hicks (ou Welfare Economics), segundo qual uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganham mais do que perdem aqueles que pioram de situação. Assim, os indivíduos que melhoram de sua situação podem teoricamente compensar aqueles que ficam piores, podendo eventualmente levar a uma situação de eficiência alocativa no sentido de *Pareto*.

Autores notam que o *Ótimo Paretiano* tem claras desvantagens em relação as políticas públicas, pois seria quase impossível, na prática, proceder a qualquer grande mudança sem que alguém ficasse em situação pior.

c) A forma mais eficiente de alocação seria determinada pelo livre mercado, e não pela intervenção estatal;

d) Esse funcionamento do livre mercado pressupõe o maior grau possível de concorrência entre os agentes que nele atuam;

e) A formulação/interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciados por considerações desestabilizadores e não-uniformes, como a busca do ideal de justiça, sob pena do comprometimento da segurança e da previsibilidade;

f) O escopo (determinável e uniforme) do Direito é a busca da eficiência alocativa, atrelada sempre ao bem-estar do consumidor. Conseqüentemente, o grau de eficiência alocativa é diretamente proporcional ao bom fluxo de relações econômicas;

g) É legítimo que o foco do ordenamento jurídico repouse na *eficiência alocativa*, porque resultante consideração global das preferências individuais.

George Marmelstein[6] faz uma comparação entre esses princípios de eficiência e métodos de resolução de conflitos entre direitos fundamentais:

(...) o conhecido Teorema de Pareto, bastante utilizado entre os economistas e que está na base do raciocínio econômico. Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto

se ao menos um indivíduo melhora de situação, sem que o outro piore. Uma idéia simples, mas extremamente valiosa.

(...)

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete sempre tente fazer com que o direito fundamental atinja a sua realização plena. O ideal é que, ao realizar essa tarefa de concretização, nenhum outro direito fundamental seja afetado de modo negativo. Ou seja, a situação perfeita é conseguir maximizar a efetividade de um dado direito fundamental sem prejudicar a situação jurídica de outras pessoas. Percebeu a ligação dessa idéia com o Teorema de Pareto?

Ocorre que, muitas vezes, essa meta não poderá ser atingida. Havendo colisão de direitos, certamente haverá pelo menos um deles que será atingido de forma negativa, ainda que parcialmente. Sendo assim, surge outra preocupação para o intérprete: tentar dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringido o mínimo possível o outro valor constitucional colidente.

É nesse sentido que aparece o princípio da concordância prática.

O princípio da concordância prática, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, “determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas”. Trata-se, portanto, de uma tentativa de equilibrar (ou balancear) os valores conflitantes, de modo que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada.

Também no princípio da concordância prática há uma preocupação de buscar a “eficiência no sentido de Pareto”, de modo que o direito fundamental afetado seja sacrificado o mínimo possível.

(...)

O tão alardeado princípio da “reserva do possível” é exemplo disso. Por esse princípio, os direitos fundamentais cuja realização implique em gastos financeiros (como o direito à saúde, por exemplo) somente podem ser efetivados na via judicial se estiverem dentro do financeiramente razoável ou proporcional.

O raciocínio que inspira o princípio da reserva do possível é inegavelmente econômico: implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não-monetários, como pessoal especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos do que o necessário para o atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um dado direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar demandas que importem em alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que somente deve agir se estiver seguro que não causará um mal maior.

É lógico que, muitas vezes, o aspecto econômico não será tão relevante ao ponto de impedir a concretização de um direito fundamental. Afinal, conforme entendimento do STF, manifestado em voto do Min. Celso de Mello, “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana” (Pet. 1.246-SC).

3 Falhas do mercado

Afirma-se ainda, que são as falhas do mercado, ocasionadas pela impossibilidade do sistema ser regido apenas pela concorrência, que impedem que o maior grau de eficiência seja atingido, e por consequência, um maior grau de bem-estar. A função única e exclusiva do Estado seria o de intervir para neutralizar ou minimizar essas falhas na busca por um maior grau de bem-estar. As falhas seriam dadas pela: (i) assimetria de informações, ou seja, a falta de uniformidade de conhecimento das partes envolvidas; (b) existência de poderes econômicos mais fortes do que os outros, a exemplo dos monopólios; (iii) externalidades, que ocorrem quando terceiros são afetados, sendo que essas afetações podem ser positivas, quando um investimento revestido em conhecimento, e negativas, a exemplo da destruição do meio ambiente; (iv) bens públicos, que são bens que não podem ser subtraídos do uso de terceiros; não há como impedir que outros (*free riders*) se beneficiem do investimento e gastos feitos pelo proprietário.

4 Diretrizes para a formulação/aplicação/interpretação de textos normativos

A AED, na sua busca por eficiência, formula ainda nortes que devem auxiliar na formulação, aplicação e interpretação de textos normativos. Estes podem ser resumidos nos seguintes[7]:

- a) Nenhum direito há de ser absoluto, pois sempre é necessário examinar os custos e os benefícios para todas as partes envolvidas na relação, e não apenas para uma delas (ex: a empresa poluidora e os benefícios que ela traz para a população);
- b) O sistema jurídico deve proporcionalizar a redução dos custos de transação;
- c) Cabe ao direito os “marcos regulatórios”, diminuindo o risco a ser suportado, aumentando o grau de segurança e previsibilidade;
- d) Devido ao fato da intervenção estatal gerar custos, ela só deve ser admitida quando necessária para a neutralização das falhas do mercado;
- e) As normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não-incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será

valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos;

f) A única função do direito é possibilitar a melhor eficiência alocativa, neutralizando as falhas. Caso não haja falhas, o mercado se responsabilizará pela alocação de recursos.

5 Por que a Análise Econômica pode servir ao Direito?[8]

Muitos questionam qual seria a validade da aplicação de princípios econômicos no Direito e pra que serviriam estes nesse meandro. O que fazem esses questionamentos muitas vezes se utilizam de argumentos sociológicos, filosóficos e psicológicas para tentar embasar o seus argumentos a favor da não-aplicação. Todavia, esses argumentos não devem ser ignorados, e sim mesclado com o que a Análise Econômica pode trazer, visto que esta escola pode auxiliar a uma melhor compreensão da realidade na missão dos operadores do Direito em solucionar e evitar problemas.

Dessa maneira, ao ouvir tal indagação, o Professor David Friedman formulou as seguintes proposições para demonstrar como a análise econômica pode servir ao direito:

a) AED permite a identificação dos efeitos de determinada norma jurídica ou decisão, ou seja:

Na medida em que a análise econômica auxilia a compreensão dos reais efeitos produzidos pelos atos normativos e pelos outros atos ou fatos juridicamente relevantes, especialmente as consequências menos óbvias, ela se mostra útil para para todos aqueles que produzem ou estudam as normas jurídicas.[9]

b) A AED pode explicar a razão pela qual determinada normas jurídicas encontram lugar no ordenamento, ou seja, pode-se chegar a conclusão que mesmo sendo as regras jurídicas oriundas de um poder estatal centralizador, a razão de sua existência e alocação se dá devido a uma lógica de eficiência e maximização dos efeitos, que lastreada nos princípios econômicos pode vir a ser melhor alocada e utilizada;

c) AED serve ao Direito para determinar qual o tipo de norma que deve ser acolhida pelo ordenamento sob o prisma da eficiência econômica, que passa a ser a pedra angular do ordenamento jurídico. Entretanto, como defendido por muitos autores, esse tipo de aplicação não pode ser amplamente utilizada no Direito Brasileiro devido a uma barreira constitucional, que não permite levar em consideração apenas os aspectos econômicos quando da aplicação e elaboração das normas jurídicas. Todavia, essa proteção não impede a utilização desses princípios para uma maximização de resultados.

Steve Shavel[10], enumera, ainda, duas preocupações principais da Análise Econômico do Direito, quais sejam: (i) a determinação dos efeitos das normas legais; (ii) a avaliação do grau de desejo dos efeitos dessas normas em respeito as definições específicas do *welfare state*

6 Exemplos práticos da aplicação da Análise Econômica do Direito

Muitos dos exemplos dados para tentar demonstrar a Análise Econômica do Direito são extremos, mas funcionam como forma de explicitar os postulados básicos dessa escola. Resta aqui colacionado alguns deles:

6.1 Mercado legal de adoção e de órgãos

Tese levantada por Richard Posner em seu livro sobre AED, afirma que caso o procedimento de adoção seguisse os parâmetros do mercado e assim pudesse ser comercializado e negociado, este seria muito mais eficiente e traria muito mais benefícios a sociedade.

Demonstra que o número de crianças que deixam de ser adotadas devido a todo o procedimento burocrático do Direito e também o número de crianças que são abandonadas por não ser permitido as chamadas “barrigas de aluguel” é muito maior do que o aceitável. Caso os princípios da AED fossem seguidos, esse números sofreriam quedas drásticas. Para corroborar a sua tese, traça um paralelo com auto-regulamentação dos mercados e faz um contraste entre o nível de eficiência destes e do serviço público.

Tal lógica também pode ser aplicada a um possível mercado legal de órgãos, que seguiria a concatenação de idéias do mercado de adoção.

6.2 Mercado legal de drogas

Atualmente, o tráfico internacional de drogas é o segundo negócio mais lucrativo do mundo^[11], atrás apenas da indústria bélica. Isso sendo ainda um mercado ilegal na quase totalidade dos países do mundo. A AED defende que a legalização de tal mercado traria proveitos para as partes envolvidas, mormente o mercado, o governo e os consumidores.

Afirma que o número de consumidores poderia vir a aumentar no início, como um *boom* momentâneo, mas que no futuro ele se estabilizaria e voltaria ao patamar do consumo ilegal. Durante esse interstício, o governo iria acumular muito em recolhimento de impostos, que poderiam ser diretamente revestidos para a manutenção da saúde e para a implantação de clínicas de recuperação de viciados. Além disso, o governo teria controle sobre a qualidade das drogas comercializadas, funcionando como uma agência reguladora, da mesma maneira que é feito com as demais mercadorias.

Outro procedimento que poderia ser aplicado seria a aplicação de pesadas taxas e impostos, com o direto intuito de aumento dos preços, o que levaria a uma diminuição do consumo, como há décadas vem acontecendo com os cigarros.

Como resultado indireto, as mega-organizações criminosas seriam substituídas por grandes corporações legais, que por sua vez desmantelariam o chamado *estado*

paralelo, que atualmente tem o poder total sobre algumas regiões, como algumas favelas no Rio de Janeiro.

6.3 Direito a moradia e o Sistema Financeiro de Habitação

Exemplo levantada por George Marmelstein, em *post* [\[12\]](#) no seu *blog* [\[13\]](#), que merece ser repassado na íntegra, ao demonstrar como a AED pode ser aplicada claramente em casos do cotidiano e não somente em casos esdrúxulos:

(...) uma breve análise do caso da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador, um julgamento do STF que se baseou essencialmente na análise econômica do direito.

Por força da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar (bem de família) passou a ser considerado impenhorável. Ocorre que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII à Lei 8.009/90, para ressaltar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Em razão disso, o imóvel residencial daquele que assumiu o encargo de fiador tornou-se passível de penhora.

Em um primeiro momento, no STF entendeu que seria inconstitucional a referida lei, por violar o artigo 6º da Constituição que reconhece o direito à moradia como um direito fundamental (art. 6º).

Eis a ementa: “CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, RE 352490, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25 de abril de 2005).

Contudo, menos de um ano depois, o STF modificou seu posicionamento, passando a entender que seria possível a penhora do único imóvel de uma pessoa que assumira a condição de fiador em contrato de aluguel. Na ementa, ficou assentado que “a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do artigo 3º, inc. VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

O argumento central apresentado no voto do Min. Cezar Peluso, que foi o grande artífice da virada jurisprudencial no caso da penhora do bem de família do fiador, foi de índole econômica. A lógica foi a seguinte: não aceitar a penhora do bem de família do fiador tornará o contrato de aluguel menos atrativo para os proprietários de imóveis. Logo, o contrato se tornará mais caro. O contrato mais caro irá impedir ou dificultar o acesso à moradia para muitas pessoas menos abastadas. Portanto, ao invés de prejudicar o direito à habitação, a norma que autoriza a penhora do bem de família do fiador, na

verdade, possibilita que mais pessoas tenham acesso à moradia, por um preço menor. Em outras palavras, “a norma, abrindo a exceção à inexpropriabilidade do bem de família, é uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa, porque permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso à locação”.

Particularmente, não concordo com a conclusão do STF, embora reconheça que o argumento econômico foi bem interessante. Na minha visão, a solução poderia ser outra tanto com base na teoria dos direitos fundamentais quanto na própria análise econômica da questão.

Do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, parece-me que o direito à moradia é um valor mais importante do que o cumprimento do contrato, no caso específico, até porque a obrigação principal foi assumida por terceiro. Além disso, aparentemente, houve violação da isonomia, na medida em que aquele que contraiu a obrigação principal (o inquilino) não poderá perder um eventual imóvel que tenha e o fiador sim.

Mas o importante é o argumento econômico. A idéia levantada pelo Min. Peluso foi a de que a restrição ao direito à moradia do fiador (autorização da penhora do seu bem de família) daria maior garantia aos proprietários de imóveis, reduzindo os custos de inadimplência e, conseqüentemente, baratearia o valor do aluguel, permitindo que mais pessoas pudessem alugar o imóvel. Ou seja, no final das contas, o direito à moradia estaria sendo prestigiado.

Faltou, contudo, demonstrar o acerto do raciocínio com dados mais consistentes. Não há, nos argumentos apresentados, qualquer estudo mais profundo demonstrando que aceitar a penhora do bem de família do fiador irá diminuir o preço das locações ou que não aceitar essa penhora acarretará uma diminuição da oferta de moradias para locação.

Do mesmo modo que o Ministro Peluso estabeleceu uma lógica econômica em favor da sua tese, também é possível, com a mesma lógica (ou seja, sem base empírica), chegar a solução completamente oposta. Vejamos, pois, a questão sob a ótica do fiador para demonstrar que a penhora do bem de família do fiador poderá prejudicar o mercador imobiliário para pessoas de baixa renda.

A partir do momento em que uma pessoa sabe que, assumindo o encargo de fiador, poderá perder seu bem de família, certamente ele pensará duas vezes antes de assinar o contrato. Ou seja, menos pessoas aceitarão ser fiadores de contratos de locação e, conseqüentemente, será mais difícil conseguir alugar um imóvel. É preciso reconhecer que ninguém ganha dinheiro sendo fiador. O encargo é, muitas vezes, resultado de uma relação de confiança e não algo que trará alguma vantagem financeira ao fiador.

Desse modo, como o fiador poderá perder seu imóvel se o inquilino não cumprir com suas obrigações, poucas pessoas aceitarão esse encargo. Logo, os proprietários terão que aceitar alugar seu bem mesmo sem a assinatura de um fiador e, conseqüentemente, terão menos garantias de que o contrato será cumprido. Com menos garantias, os custos de locação aumentarão e, conseqüentemente, o preço de aluguel também irá subir, fazendo com que menos pessoas consigam ter a capacidade econômica para firmar o contrato de inquilinato.

Portanto, até mesmo sob a ótica econômica, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador não se justifica. Observe que não tenho qualquer estudo sério capaz de comprovar minha análise econômica da questão, como também o STF não apresentou nada nesse sentido.[\[14\]](#)

6.4 *A legalização do aborto como forma de diminuição da criminalidade*

Tese controversa postulada no livro *Freaknomics*[\[15\]](#), afirma que desde a legalização do aborto em 1973, no famoso caso decidido pela Suprema Corte Americana, *Roe v. Wade*, a quantidade de criminosos diminuiu quando comparado com os anos 1990. Isso teria se dado porque a maioria das crianças que foram abortadas depois da legalização teriam ido parar na rua caso não tivessem sofrido tal procedimento. Esta seria a tese central da sua defesa, mas sabendo de sua fragilidade, se embasa em outros pilares, como a melhoria na estratégias das polícias, novas prisões, diminuição da demanda de drogas, envelhecimento da população, maior controle sobre armas, uma economia forte, mas nenhum desses argumentos parece ser tão forte quanto o fato da legalização do aborto e sua contribuição para a diminuição de crianças abandonadas e sem acesso à educação.

6.5 *O dilema moral*

Todavia, é revelante ressaltar qual o questionamento que nos impede de aceitar moralmente alguns desses exemplos? O fato de nossa sociedade carregar certos valores, que por sua vez restam consubstanciados em princípios jurídicos, que não podem ser ignorados no processo de criação e aplicação da norma jurídica. Em face dos princípios e dos valores existentes em nosso ordenamento, podemos dizer que o Direito vislumbra outros escopos que não, simplesmente, a busca da eficiência alocativa. Nas palavras de Newton de Luca, o “*o mercado sabe tudo sobre preço, mas nada sobre valores*”[\[16\]](#).

Conclusão

Podemos concluir que a Análise Econômica do Direito, ou Escola de Chicago ou Yale, não se trata de uma nova escola jurídica, mas sim uma continuação de estudos que datam do século 18, mas que começam a ter uma maior influência nos anos de 1970, quando se iniciou a aplicação de teorias econômicas nas ciências jurídicas na tentativa de se alcançar um maior grau de segurança, previsibilidade e eficiência das normas do Direito.

Além disso, restou constatado que os postulados da AED há muito já são utilizados em diversos ramos do Direito e que não existe razão suficiente para a bestialização que é feita por alguns estudiosos quando da aplicação da análise econômica no direito.

Os postulados da AED e as diretrizes para a aplicação, formulação e interpretação das normas jurídicas tem a função precípua de aumentar, como já afirmado, o grau de

segurança, previsibilidade e eficiências das relações intersubjetivas inerentes ao Direito, diante de uma necessidade básica de harmonização e positivação, mormente sob o prisma econômico e da mínima intervenção do estado nas relações particulares.

Foi visto também que muitos dos exemplos extremos utilizados pelos doutrinadores para demonstrar a AED não são aceitos devido a valores e pré-conceitos que nossa sociedade carrega, que servem ao mesmo tempo como barreira de proteção para a elaboração, aplicação e interpretação das cláusulas-objeto da Análise Econômica do Direito.

Bibliografia:

AIRD, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., Game Theory and the Law. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1998.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An economic approach. New York: Columbia University, 1968. Acesso em 06 dez 2008. Disponível em <<http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>

CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. Tragic choices: the conflicts society confront in allocating tragically scarce resources. Norton: Nova York, 1978.

COGGIOLA, Oswaldo. O tráfico internacional de drogas e o capitalismo. Revista Adusp, ed. ago 1996. USP: São Paulo.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 250-251.

GUIA, Juliana Pitelli. O contrato preliminar e a Análise Econômica do Direito. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLV, julho-setembro/2006, p. 243-254.

MARMELSTEIN, George. Análise Econômica dos Direitos Fundamentais. Acesso em: 06 dez 2008. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>>

LEVITT, Steven; DUBNER, Sthepen. Freakonomics : O Lado Oculto e Inesperado de Tudo que nos Afeta - Ed. Revista e Ampliada. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2007.

SHAVELL, Steve. Economic Analysis of Law. Harvard University Press: Cambridge, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2005.

[1] GUIA, Juliana Pitelli. O contrato preliminar e a Análise Econômica do Direito. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLV, julho-setembro/2006, p. 246-247.

[2] BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An economic approach. New York: Columbia University, 1968.

[3] SHAVELL, Steve. Economic Analysis of Law. Harvard University Press: Cambridge, 2000.

[4] Tradução livre: *The combination of strategies that players are likely to choose is one in which no player could do better by choosing a different strategy given the strategy the other chooses. The strategy of each player must a best response to the strategies of the other.* AIRD, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., Game Theory and the Law. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1998. pág. 21.

[5] FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

[6] MARMELSTEIN, George. Análise Econômica dos Direitos Fundamentais. Acesso em: 06 dez 2008. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>>

[7] FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

[8] FRIEDMAN, David in FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.

[9] FRIEDMAN, David. Perché l'analisi economica può servire al Diritto. L'Ordine del Diritto. Bolonha, Il Mulino, 2004. p. 40 in FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.

[10] SHAVELL, Steve. *Economic Analysis of Law*. Harvard University Press: Cambridge, 2000.

[11] COGGIOLA, Oswaldo. O tráfico internacional de drogas e o capitalismo. *Revista Adusp*, ed. ago 1996. USP: São Paulo.

[12] Comentário colocado em sítio virtual

[13] Espécie de diário virtual

[14] MARMELSTEIN, George. *Análise Econômica dos Direitos Fundamentais*. Acesso em: 06 dez 2008. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>>

[15] LEVITT, Steven; DUBNER, Sthepen. *Freakonomics : O Lado Oculto e Inesperado de Tudo que nos Afeta - Ed. Revista e Ampliada*. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2007.

[16] LUCCA, Newton de. *Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, tese de concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2001, p. 167 *in* FORGIONI, Paula A. *Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação?* In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.