

VARIETADES DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL ÀS ARQUITETURAS DE INCENTIVOS COMPORTAMENTAIS

VARIETIES OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: FROM NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS TO ARCHITECTURES OF BEHAVIORAL INCENTIVES

*Lucas Fucci Amato**

Resumo:

Este artigo pretende indicar como a visão convencional da análise econômica do direito – aquela que enfatiza a eficiência como valor e critério explicativo das decisões jurídicas – é apenas uma das vertentes abertas pela abordagem econômica neoinstitucionalista ao direito. Além de retomar as bases conceituais da análise econômica do direito na nova economia institucional, o texto procura indicar abordagens contemporâneas que se integram a esse corpo teórico, como o estudo das alternativas institucionais (arenas decisórias alternativas onde se tomam decisões econômicas) e dos incentivos comportamentais modelizáveis a partir de diferentes arquiteturas de escolha. Um amplo espectro de ferramentas teóricas se abre à comparação e ao desenho de instituições na interface entre direito e economia.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Direito e economia. Instituições. Economia comportamental.

Abstract:

This paper intends to point out how the conventional view of the economic analysis of law – the one that emphasizes efficiency as a value and explanatory criterion of legal decisions – is only one of the strands opened by the neo-institutionalist economic approach to law. In addition to recasting the conceptual bases of the economic analysis of law in the new institutional economics, the text seeks to indicate contemporary approaches that are integrated within this theoretical body, such as the study of institutional alternatives (alternative decision-making arenas where economic choices are made) and of behavioral incentives standards by different choice architectures. A broad spectrum of theoretical tools opens up for the comparison and design of institutions on the interface between law and economics.

Keywords: Economic analysis of law. Law and economics. Institutions. Behavioral economics.

* Livre-docente pela Faculdade de Direito da USP, com estágio doutoral como *visiting researcher* na Harvard Law School e estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford. Contato: lucasfamato@gmail.com.

Introdução

A análise econômica do direito não é a única abordagem formulada sobre as relações entre o direito e a economia, nem mesmo a única aplicação possível do pensamento econômico ao estudo do direito. Desde fins do século XIX e durante o início do século XX surgiram várias correntes de pensamento econômico com interesse em discussões históricas e sociológicas que acabaram por focalizar as instituições e, por conseguinte, o papel do direito na estruturação dessas instituições – o desenho do Estado e das formas de propriedade, o perfil dos mercados e suas formas de regulação, a estratificação social engendrada pelos diferentes modos de organizar a produção e distribuição dos bens e serviços, da riqueza e da renda.

Ao mesmo tempo, ascendia no pensamento econômico uma corrente (dita “pós-marginalista” ou “neoclássica”) que enfatizava os modelos abstratos e matematicamente formalizáveis de análise econômica, baseados sobretudo em explicações hipotético-dedutivas centradas no pressuposto da ação econômica racional: o comportamento maximizador de utilidade, por parte de uma multiplicidade de indivíduos, em situações de escassez de recursos. Esse pensamento era, porém, agnóstico com relação à moldura institucional dentro da qual se davam as transações de mercado. Explicando a economia como um sistema de preços (isto é, de mercados interligados), tal abordagem não observava como as próprias instituições – normas e organizações – constroem as opções dentre as quais se efetivavam as escolhas, o comportamento econômico racional.

A nova economia institucional, a partir da revolução conceitual trazida pelo conceito de “custos de transação” (de Ronald Coase), passou a reconhecer e estudar como as formas institucionais explicam o comportamento econômico racional. Passaram a ser objeto de interesse da ciência econômica as estruturas societárias, a garantia de propriedade, os modelos contratuais, as normas tributárias e de responsabilidade civil e penal. Oliver Williamson estudou os “arranjos institucionais” (como as estruturas de governança empresarial) e Douglass North enfatizou a importância do “ambiente institucional” para a criação de um contexto de incentivos ao investimento e à produção.

Aí se encontram as bases da nova economia institucional, que constituem a estrutura conceitual sobre a qual se assenta a análise econômica do direito, o *law and economics* desenvolvido desde os anos de 1970. Essa própria corrente apresenta uma grande variedade interna, mas teve proeminência sobretudo com os trabalhos de Richard Posner, que se propunha a integrar a própria eficiência econômica enquanto critério de justificação e explicação das instituições e decisões jurídicas. De um lado, tal projeto foi alvo de críticas que minaram suas pretensões teóricas mais promissoras. De outro, a concepção normativa de uma análise econômica do direito vem sendo enfrentada por alternativas teóricas, como o estudo das alternativas institucionais (as diferentes arenas em

que se tomam decisões econômicas e seus custos comparados), avançado, por exemplo, por Neil Komesar. Outra das mais recentes vertentes de pesquisa abertas na interface do direito com a economia integra as contribuições da economia comportamental e ressalta como o direito pode lançar mão de incentivos comportamentais diversos. Essa vertente é exemplificada pelos estudos de Richard Thaler e Cass Sunstein.

O objetivo deste artigo é mapear e analisar essas variadas vertentes que se integram hoje ao corpo teórico da análise econômica do direito, evidenciando seus potenciais e limites. Dessa forma, o domínio de uma visão efficientista que submeta o sentido e a normatividade do direito à maximização da riqueza (projeto original de Posner) se vê não apenas criticado, mas confrontado por usos mais construtivos que o direito possa fazer do aparato conceitual do pensamento econômico institucionalista e, mais recentemente, da economia comportamental.

Coase e os custos de transação

A nova economia institucional apresentou uma série de inovações conceituais com relação à economia pós-marginalista ou “neoclássica” (MÉNARD; SHIRLEY, 2014). Esta concebia o sistema econômico como um sistema trivial, de resultados automáticos no ajuste, pelos preços relativos, da oferta à demanda e da produção ao consumo. As organizações – ou “firmas” – eram mais uma caixa-preta do que uma variável analítica. E os postulados do modelo pareciam extremamente simplificadores: a informação perfeita, o comportamento maximizador da riqueza, a troca como transação instantânea e sem custos. A partir da conceituação dos custos de transação por Coase foi possível conceber a organização centralizada, os contratos descentralizados e uma série de mecanismos híbridos (franquias, *joint ventures*, alianças estratégicas) como alternativas para a institucionalização econômica. Se no mercado, por meio de contratos pontuais, o comprador encontra o vendedor e determina o preço e qualidade do produto, monitorando e executando um acordo, uma organização (firma) pode reduzir os custos de transação, ao eliminar a necessidade de trocas entre diferentes proprietários de fatores de produção. Sempre que seja difícil consolidar informações sobre um produto (dada a especificidade do ativo), ou sejam necessárias várias transações, ou seja difícil estipular de antemão os termos da troca, ou haja alguma outra fonte que amplie a incerteza, o contrato bilateral simples não aparecerá como a melhor solução.

De outro lado, os economistas neoclássicos concebiam o mercado como um ambiente de trocas de serviços, mercadorias e dinheiro. Os neoinstitucionalistas enfatizaram as transações sobre direitos de propriedade – feixes de direitos e privilégios relativos à autorização para determinadas condutas, isto é, ao uso, transferência, exploração ou fruição de algum bem. Na verdade, como assevera Demsetz (1967), menos

que o valor dos bens ou serviços transacionados, o que está em jogo em uma troca é o preço do feixe de direitos que uma parte confere à outra. Direitos de propriedade sobre um ativo ou mercadoria dão ao proprietário a expectativa de consumir o bem ou seus serviços, diretamente ou indiretamente, isto é, por meio de trocas (BARZEL, 1997, p. 3). Assim, os contratos por meio dos quais essas pretensões jurídicas são veiculadas não aparecem como mecanismos simples e baratos, mas sim como soluções vulneráveis a comportamentos oportunistas e predatórios. O Judiciário estatal pode ser menos eficaz para a execução desses direitos do que as ordens jurídicas privadas.

Finalmente, os contratos eram vistos pelos economistas como acordos simples entre partes, perfeitamente completos em suas cláusulas e facilmente executáveis. Os neoinstitucionalistas observaram o uso de contratos incompletos, bem como o desenvolvimento de mecanismos jurídicos amparados pelo Estado que possibilitaram aos privados atingirem economias de escala (companhias e mercado de capitais), terem incentivos à inovação (prêmios e patentes) e reduzirem as imperfeições de mercado (companhias de seguro).

A pressuposição central da nova economia institucional é de que a atividade econômica racional depende do cálculo não apenas de custos de produção (resultantes do emprego dos fatores de produção, como capital, trabalho, insumos e tecnologia), mas também de custos de transação. Dessa perspectiva, “as instituições econômicas do capitalismo têm o principal objetivo e efeito de economizar os custos de transação” (WILLIAMSON, 1985, p. 17). Tais custos envolvem a decisão dos agentes econômicos entre fazer (na organização, ou “firma”) ou comprar (no mercado). Diz-se que a empresa, ou “firma”, constitui-se então como um feixe de contratos: internos ou externos.

Definiu Coase (1937, p. 393) que “[u]ma firma, portanto, consiste no sistema de relacionamentos que passa a existir quando a direção dos recursos é dependente do empreendedor”. Já o mercado estaria acessível por meio dos contratos empresariais com parceiros ao longo da cadeia produtiva. Ao analisar a “relação entre iniciativa ou empresa e gestão”, Coase concluiu: “Iniciativa significa prever e operar por meio do mecanismo de preço, fazendo novos contratos. A gestão propriamente apenas reage às mudanças de preço, rearranjando os fatores de produção sob seu controle. Que o homem de negócios normalmente combine ambas as funções é um resultado óbvio dos custos de mercado [...]” (COASE, 1937, p. 405).

Entretanto, encontrar quem tenha o que se deseja obter, informar-se sobre suas demandas, negociar os termos de uma troca e formalizar um contrato envolve custos – o suficiente para “evitar a ocorrência de transações que seriam realizadas em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos” (COASE, 1960, p. 15). Assim, o custo de uma transação excede o preço de um bem no mercado. Quando é mais custoso buscar um bem no mercado do que fazê-lo, a firma emerge como uma redutora de custos

de transação, já que centraliza os recursos produtivos sob uma direção unificada e com trabalhadores contratados regularmente. Em mercados menos imperfeitos (sem falhas de concorrência, por exemplo), compensa contratar o produto de outra firma. Devido a essas falhas é que se pode explicar a função das organizações empresariais, e a razão de o mercado não operar simplesmente como uma série de transações descontínuas entre indivíduos que produzem excedentes ao necessário para sua subsistência e trocam bens complementares entre seus vizinhos. Aqui, portanto, organização empresarial é explicada não pelos ganhos de eficiência proporcionados pela divisão técnica do trabalho (como na fábrica de alfinetes de Adam Smith), mas como uma solução para a economia de custos de transação.

Na teoria dos custos de transação, a firma aparece como substituto ao mercado. Ela opera racionalmente na medida em que possa obter fatores de produção a custo mais baixo do que os custos de transação no mercado. Os ativos são enfeixados sob a propriedade da firma. A decisão administrativa sobre o emprego dos fatores de produção produz um maior valor. Neste caso, compensa produzir. Mas produzir na firma é irracional se pela via do mercado se puder obter o mesmo resultado a um custo menor. Nessa situação, é racional comprar.

Se a teoria dos custos de transação tem uma vinculação evidente com o direito dos contratos e a relação microeconômica de incentivos e expectativas, outra contribuição fundadora de Coase diz respeito à regulação de danos a terceiros – objeto por excelência do direito privado, do exercício ou abuso de direitos privados, como a propriedade, e da responsabilidade civil. Trata-se da teoria do custo social (COASE, 1960). A situação-chave é uma organização empresarial (*business firm*) que produza danos a terceiros, como barulho ou poluição. Pode se tratar também de vantagens auferidas por um terceiro que não arque com seus custos. Tem-se aqui “externalidades” – negativas ou positivas. E o objetivo da regulação é internalizar externalidades, fazendo com que o agente que produziu um dano ou que usufrui de um benefício arque com seus custos. Pode, porém, não ser desejável em muitos casos essa solução da divergência entre o produto privado e o produto social. Em termos jurídicos, há danos que a vizinhança deve suportar; nomeadamente, se a utilidade indissociável do dano supera o prejuízo produzido, não caberia proibir a atividade que os causou. “O que tem que ser decidido é se o ganho obtido na prevenção do dano é maior que a perda que seria sofrida em outro lugar como resultado da proibição da atividade que produz o dano” (COASE, 1960, p. 27).

A argumentação segue em termos econômicos. Há que se comparar os custos administrativos de uma organização hierárquica (firma) aos custos de transação de se firmar um contrato via mercado – e, ainda, aos custos regulatórios de estabelecer uma solução pelo direito estatal (por lei, jurisprudência, ou regulação). Em vez de uma parte comprar o direito exclusivo sobre certos ativos, ou pactuar seus usos com outra, o governo

determina as respectivas obrigações e responsabilidades dos privados. O governo pode ser uma “superfirma” (COASE, 1960, p. 17), no sentido de poder decidir administrativamente sobre o emprego dos fatores de produção. Mas, enquanto as firmas estão sujeitas a controles concorrenciais, o governo não encontra essa limitação a seu poder. A regulação administrativa pode ser uma alternativa à solução contratual ou proprietária entre privados, especialmente em casos muito abrangentes envolvendo muitas pessoas, mas também a máquina estatal tem seus custos e a regulação ou sua execução podem ser eivadas de vícios (como a distorção em favor de determinados grupos de interesse) contrários à eficiência. Finalmente, havendo custos de transação no mercado que tornam mais difícil mudar as titularidades definidas juridicamente, os tribunais influenciam a atividade econômica e suas decisões têm consequências mensuráveis. Qualquer solução importa custos, de modo que à análise econômica cabe analisá-los e compará-los. Um fator de produção é menos uma entidade física do que “o direito de realizar certas ações” (COASE, 1960, p. 44), de modo que “[o] custo de exercer um direito (ou usar um fator de produção) é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício daquele direito”. Não se pode apenas realizar as ações que geram um ganho superior à perda respectiva, mas o desenho dos arranjos sociais deve levar em conta os custos envolvidos em cada decisão e âmbito (mercado, governo, firma, tribunal) em que ela é tomada.

North e o ambiente institucional

Na teoria recente do desenvolvimento econômico, Douglass North foi provavelmente o autor que mais alçou à centralidade o conceito de instituição, levando-o a abarcar potencialmente todo o espectro societal, isto é, o conjunto global das “regras do jogo da sociedade”.

As instituições são as regras do jogo de uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições humanamente desenhadas que estruturam a interação humana. São compostas de regras formais (direito legislado, direito jurisprudencial, regulações), restrições informais (convenções, normas de comportamento e códigos de conduta autoimpostos), e das características de executoriedade [*enforcement*] de ambas. [...] As organizações são os jogadores: grupos de indivíduos ligados por um propósito comum de atingir objetivos. Incluem corpos políticos (partidos políticos, o senado, uma câmara municipal, uma agência reguladora); corpos econômicos (empresas, sindicatos, fazendas familiares, cooperativas); corpos sociais (igrejas, clubes, associações atléticas); e corpos educacionais (escolas, universidades, centros de treinamento vocacional). (NORTH, 1992, p. 4).

North propôs ainda a distinção entre ambiente institucional e arranjos institucionais: o *ambiente institucional* compreenderia regras sociais, políticas e jurídicas que fornecem as bases para a produção, as transações e a distribuição de bens e serviços, enquanto os *arranjos institucionais* definiriam as relações de cooperação ou concorrência entre as unidades econômicas (WILLIAMSON, 1992, p. 341). Assim, sublinhou com seu trabalho que não apenas governos, mas também indivíduos privados entre si criam regras para resolver os problemas emergentes de sua interação, modelando então incentivos, comportamentos e resultados.

As organizações, grupos de indivíduos unidos pelo propósito comum de atingir certos objetivos, respondem às oportunidades e incentivos dados pela matriz institucional: se a pirataria é recompensada na prática, será difundida; se monopólios são reconhecidos, o incentivo a aprender e inovar será diminuído. Para criar instituições que favoreçam, em termos de custo/benefício, a cooperação por trocas impessoais, um incentivo crucial é a execução eficiente de direitos de propriedade (NORTH, 1994, p. 361-366).

O aspecto mais popularizado da teoria de North, em termos de recomendação política global e desenho de políticas públicas, é a importância de direitos de propriedade e contrato claros e bem definidos como variável do ambiente institucional: isto é, como fator de redução da incerteza do ambiente de negócios e aumento da confiança nas instituições de governo. A atração de investimento dependeria de sistemas jurídicos eficazes no sentido de proteger tais investimentos, não apenas na definição legal dos direitos privados, mas também na prática judicial de tutela efetiva a esses direitos. Em outras palavras, a tese é de que direitos de propriedade mal definidos e mal protegidos são um dos principais obstáculos ao desenvolvimento (NORTH, 1990). Criam uma estrutura de incentivos que não beneficia o poupador e investidor privado. A inovação desta tese estaria em seu foco em um aspecto da estrutura institucional – os direitos de propriedade –, enquanto as teorias clássicas do desenvolvimento econômico o explicavam apenas pelos níveis de acumulação de capital (físico, financeiro, humano) ou pelas mudanças tecnológicas.

Como há custos de transação no mundo real, e boa parcela desses custos se refere a direitos de usar, fruir e dispor de certos ativos, e de excluir desse controle, ou das decisões sobre esses benefícios, as demais pessoas, os direitos de propriedade amplamente considerados influenciam a alocação de recursos em uma sociedade. Os custos para se diminuir o risco da apropriação alheia de seus ativos podem obstruir a atividade econômica, sendo então tarefa do Estado minorar esse risco. Direitos de propriedade variam quanto ao escopo dos grupos que os detêm e ao grau de controle dado por esses direitos, podendo haver formas de propriedade privada ou coletiva (estatal ou “aberta”). A falta de direitos de propriedade com titularidade segura e bem definida obstaculiza o acesso a crédito e, portanto, o investimento produtivo. A falta de direitos

claros (formais ou informais) aumenta os custos de transação, isto é, os gastos para a proteção de determinado ativo contra a apropriação ou invasão de terceiros (GALIANI; SCHARGRODSKY, 2014).

Para North, países subdesenvolvidos costumam apresentar uma estrutura de incentivos que não encoraja a atividade produtiva; essa estrutura é resistente à mudança, apresentando, portanto, uma “dependência da trajetória” – que inclui a teia de valores e os “modelos mentais” cultivados nessas sociedades. Historicamente (NORTH; WALLIS; WEINGAST, 2009), a centralização política dependeu de um acordo entre elites que dividiram o controle sobre recursos e atividades que lhes geravam rendas. Este “estado natural” contempla o império do direito e a proteção da propriedade apenas para essas elites. São ordens sociais de acesso limitado, dominadas por corporações, e redes de amizade e reconhecimento ditam o acesso a crédito privado ou favores políticos. As não elites são desautorizadas explicitamente a empreender, ou têm custos de transação demasiado elevados para entrarem na atividade produtiva e competirem com as elites. Sociedades modernas são de “acesso aberto”, tendem à inclusão universal e dão acesso à competição política ou econômica com custos de transação relativamente baixos. O império do direito e a proteção dos direitos de propriedade deveriam, então, ser generalizados para toda a população.

Williamson e as estruturas de governança

Williamson (1985) destacou como as principais instituições do capitalismo contemporâneo as firmas, os mercados e os contratos relacionais. Em um contínuo entre a integração vertical plena (a firma que domina todas as etapas de sua cadeia de valor, da extração da matéria prima à comercialização dos produtos) e a desintegração vertical ou terceirização (quando a firma acaba por ser apenas uma compradora dos diversos bens e serviços no mercado, coordenando assim sua atividade econômica), há formas intermediárias, como alianças entre empresas; juridicamente, tais formas aproximam-se do conceito de contratos relacionais. Em vez de promessas bilaterais executórias e pontuais, como compras e vendas esparsas no tempo, trata-se de relacionamentos de longo prazo, com transações frequentes, assentadas em maior nível de confiança entre as partes, maior especificidade dos ativos e codeterminação das demandas e fornecimentos.

Ou uma organização integra verticalmente diversas etapas da cadeia produtiva, em uma estrutura hierárquica (contratando trabalhadores), ou procura no mercado quem lhe forneça produtos ou serviços (terceirizando certas etapas de sua cadeia de valor – *outsourcing*). Terá, de qualquer modo, custos relativos à busca de informações (sobre fornecedores, produtos ou serviços, preços), à negociação de contratos e a seu monitoramento (por exemplo, prazo, quantidade e qualidade dos insumos contratados).

Portanto, a teoria desenvolveu-se no sentido de apontar que as transações geram custos comparativos – daí variando a melhor opção: fazer ou comprar – e que alguns atributos transacionais determinam tais custos (MILGROM; ROBERTS, 1992, p. 29-33).

Podem-se destacar como espécies de custos de transação os custos de coordenação e os custos de motivação. *Custos de coordenação* estão envolvidos, ilustrativamente, no mercado de capitais. Todo o aparato das bolsas de valores visa a reduzir tais custos, propiciando o encontro entre investidores e companhias que demandam capitalização. Em termos de mercado, custos de coordenação dizem respeito ao problema do conhecimento das partes (por exemplo, fornecedores ou distribuidores) e da determinação do preço e de outras cláusulas de uma transação. No âmbito da organização, esses custos são aqueles relativos aos recursos necessários para tomar decisões e transmiti-las ao longo da hierarquia, garantindo seu cumprimento.

Já os *custos de motivação* derivam da incompletude e assimetria das informações e do comprometimento imperfeito dos agentes no mercado ou na organização. Assimetria ou incompletude de informações no mercado é exemplificada no caso clássico (ver AKERLOF, 1970) do mercado de veículos seminovos: o comprador não dispõe de informações sobre o histórico do veículo, o uso de peças originais, batidas do automóvel etc. O vendedor determina o preço de posse dessas informações. Na organização, um superior pode não estar de posse das informações sobre o trabalho de um subordinado, de modo que transações mutuamente vantajosas podem estar sendo obstadas. O comprometimento imperfeito diz respeito à confiança necessária para as transações e à incerteza entre as partes sobre se suas contrapartes seguirão os compromissos reforçados por uma estrutura de promessas e ameaças sancionatórias.

Alguns atributos transacionais definem a formação dos custos de transação. Em primeiro lugar, há racionalidade limitada dos agentes, de modo que, embora se possa modelar seu comportamento sob o pressuposto de que agem para maximizar sua utilidade ou eficiência, a capacidade humana (mesmo que tecnologicamente assessorada) para avaliações e previsões é limitada em vista da incerteza futura, apenas em parte calculável e precificável como risco. Dessa limitação e da assimetria de informações emerge o segundo atributo: o risco de comportamentos oportunistas, em que uma das partes procura obter proveito à custa da imposição à outra parte de um custo não combinado, quebrando o mútuo proveito da transação.

Em terceiro lugar é importante a característica da especificidade dos ativos: o objeto das prestações contratuais pode ser produzido especificamente para aquelas partes e suas necessidades (por exemplo, tendo demandado um investimento especial no desenvolvimento de tecnologia para a fabricação de determinado componente, estando o fornecedor sem compradores alternativos – monopsônio); ou se trata simplesmente de uma

mercadoria padronizada para a qual se podem achar diversos fornecedores e compradores alternativos em competição (como uma *commodity*).

Outros quatro atributos definem a dificuldade de uma transação: a frequência e duração dessas trocas; sua complexidade operacional ou incerteza; a dificuldade de mensurar seu desempenho; a conexão com outras transações, envolvendo outras partes.

Ativos ultraspecíficos recomendam a constituição de uma sociedade – a integração vertical. A troca de bens padronizados pode ser feita por meio de contratos no mercado *spot*, como o tipo da compra e venda. Entre esses extremos localiza-se boa parcela das transações, de fornecimento ou distribuição por exemplo, nas diversas fases de uma cadeia produtiva.

Uma contribuição importante do trabalho de Williamson, portanto, é o desdobramento do entendimento de que “não apenas há uma variedade de modos de mercado – o que significa que o estudo dos híbridos é pertinente – como também uma variedade de formas de organizar hierarquias”; deste modo, o diferencial do neoinstitucionalismo econômico, diante de uma tradição da explicação do desenvolvimento apenas centrada na evolução tecnológica, estaria em insistir “que a forma organizacional importa e tentar atribuir e explicar as razões disto” (WILLIAMSON, 1992, p. 344).

Posner e a normatividade da eficiência

Na versão popularizada por autores como Richard Posner, juiz e professor de direito da Universidade de Chicago, a análise econômica do direito concebe, de um lado, políticos que tomam suas decisões buscando maximizar suas vantagens de poder; de outro, coloca a eficiência, a maximização de utilidade, como ideal normativo que explica e justifica todo o corpo de direito (sua evolução histórica) e que, prospectivamente, deve ser promovido pelas cortes (POSNER, 1990, cap. 12).

Em sua caracterização mais típica ou estereotípica, a utilização da análise econômica do direito (AED) implica a aplicação do raciocínio econômico “pós-marginalista” à solução de questões das mais diversas que sejam processadas pelo sistema urídico. Os pressupostos da AED são exatamente aqueles da economia “neoclássica”, com fundo ideológico liberal ou libertário, neoliberal (POSNER, 2010a, p. xii).¹ A AED

¹ Como observa Pietropaolo (2010, p. 235-236): “A visão metodológica do indivíduo autointeressado proporcionou alguns fechamentos lógicos em direção aos modelos econômicos baseados na concepção de racionalidade instrumental, consistentes em simplificações radicais da realidade, de forma a tornar possível o uso metodológico de linguagem formal analítica, com usos marcantes da lógica matemática dedutiva nas operações de reconhecimento da realidade econômica. Esse método se apresenta como natural, embora sua naturalidade dependa de assunções filosóficas específicas, tidas em geral de forma acrítica. Em outras palavras, a proposição normalmente usada para a expansão dos modelos, como formas racionais dedutivas de explicar a realidade, parte sempre e necessariamente de uma base ideológica escondida por detrás do

faz sentido quando aplicada a uma economia liberal nos moldes estadunidenses; os países “plenamente desenvolvidos”, entretanto estão dispostos a ensinar os retardatários.

Especialmente numa sociedade comercial (como é o Brasil de hoje), é inevitável que os valores comerciais, tais como a eficiência econômica, venham a influenciar as autoridades que determinam os rumos políticos do país; e, como é inevitável a discricionariedade judicial, os juízes se contam entre essas autoridades. Assim, a análise econômica do direito tem também uma dimensão positiva (no sentido descritivo ou empírico, não juspositivista), além da dimensão normativa sobre a qual já falamos. [...]

Uma concepção do direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juizes formados na tradição do *civil law*. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema jurídico brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito.

Em segundo lugar, num país em desenvolvimento como é o Brasil, a análise econômica do direito deve ter uma ênfase diferente da que tem em países plenamente desenvolvidos, como Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha e Japão. Nestes últimos, a importância dos direitos de propriedade, da liberdade contratual, da independência do Judiciário, da discricionariedade judicial bem orientada e das limitações ao poder do Estado é tomada como ponto pacífico. Nos países em desenvolvimento, por outro lado, esses valores tendem a ser postos em questão e só se efetivam de modo incompleto. Nesses países, a proteção dos direitos de propriedade, a garantia da liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo político e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas. (POSNER, 2010a, p. xvi-xviii).

Via de regra, apresenta-se tal abordagem de solução de problemas como um método científico, nascido na ciência econômica, mas de relevância para outras ciências

rigor mesmo do método econômico. Sem essa base, que são na verdade assunções normativas, o modelo de racionalidade usado nos modelos [da AED] jamais fecharia as aberturas lógicas dos conceitos mesmos de racionalidade instrumental. Os valores subjacentes ao método econômico são a eficiência e a máxima criação do bem-estar. Tais valores são, portanto, fundantes da pressão das sociedades contemporâneas sobre bens como indicadores da satisfação individual. Os modelos expandem a razão calculativa autointeressada contemporânea como determinante para explicar todas as interações sociais, inclusive aquelas que estariam fora das definições objetivas da economia. Essa expansão – e não propriamente os modelos – foi afirmada como disfuncional”.

e práticas, dentre as quais o direito. Considerando-se que o direito apenas trabalha tradicionalmente com base na mera intuição e no rudimentar “método” casuístico, a economia, como “a mais avançada das ciências sociais” (POSNER, *apud* COOTER; ULEN, 2008, p. 1), poderia fornecer-lhe uma base científica segura: identificando sanções a preços, pode-se analisar, por exemplo, a eficácia de uma sanção na dissuasão ao cometimento de crimes, aplicando-se então técnicas e pressupostos da teoria dos preços, da econometria, da estatística etc. (COOTER; ULEN, 2008, p. 3-5).

AAED tem como origem a teoria das escolhas racionais de Jeremy Bentham; entretanto, dista do utilitarismo clássico (ver ROEMER, 1998, p. 28-31) ao reduzir a avaliação moral das sociedades (“comerciais”) a um só princípio moral: a “maximização da riqueza” (POSNER, 2010b, p. 81-83).

Assim, a AED busca fornecer critérios econômicos para decisões jurídicas, notadamente as judiciais: tudo poderia ser reduzido a custos e todos os custos, “inclusive os não pecuniários” (POSNER, 2010a, p. xiv), poderiam ser matematizados. Parte-se da visão do *homo economicus* que racionaliza, calcula as possibilidades de maximizar seu bem-estar e, então, analisa-se “como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam, incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária” (POSNER, 2010a, p. xii).

Assim, o direito é observado como um sistema de regulação de incentivos e punições; entretanto, é problemático o quanto isso estaria plenamente claro na consciência de seus destinatários, considerando-se a “racionalidade limitada” e os desníveis de informação sobre o direito. Predomina na AED a noção de que todas as pessoas agem (ou deveriam agir) realizando cálculos de custo-benefício de suas ações ou omissões, plenamente conscientes das opções de conduta possíveis em cada circunstância e de suas potenciais consequências. Apenas consideram-se “o ser racional [que] pondera a utilidade do crime, com relação à desutilidade [gravidade e probabilidade] da punição” (POSNER, 2010a, p. xii), a empresa que pondera os custos de melhorar a segurança de seus produtos em relação à probabilidade e aos custos indenizatórios de potenciais acidentes com seus consumidores (COOTER; ULEN, 2008, p. 3-4). Posner (2010a, p. xiii-xiv) especifica que o objeto de sua teoria não é a utilidade amplamente definida na tradição utilitarista como felicidade ou bem-estar; é, estritamente, a “maximização de riqueza” pelas trocas, e portanto sua proposta é construir uma doutrina “que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial”. Assim, por uma estimativa estatística que considere a probabilidade de um acidente provocado por um carro não consertado e o custo desse conserto, pode-se concluir se houve imprudência por parte do dono do carro e, portanto, se o acidente que causou envolve culpa: tudo depende se valia a pena atropelar uma pessoa diante do custo de manutenção do veículo (POSNER, 2010a, p. xii-xiii).

Posner (2010b, p. 72-91) sugere assim que as controvérsias sobre valor, preço e utilidade podem ser reduzidas à análise da “disposição a pagar”. Eficiência implica maximização do valor (a satisfação humana medida pela disposição de pagar por produtos) e, pela agregação das preferências humanas por meio do mercado e do dinheiro, aumento da riqueza da sociedade. A riqueza da sociedade aumenta quando os recursos são apropriados, por meio de transações voluntárias, por quem tem a maior disposição em pagar. Se alguém está disposto a pagar (isto é valoriza) mais do que o valor de mercado do bem ou serviço, a transação ocorre e a riqueza social aumenta.

Assim os juízes poderiam mensurar a eficiência das transações – inclusive estendendo tal análise para relações não voluntárias, a partir da abordagem de “mercados hipotéticos”. Nesta ética da maximização da riqueza seria possível fundir utilitarismo e autonomia individual (cujo corolário é a propriedade, entendida como direito absoluto sobre coisas). A função básica do direito seria a alteração de incentivos e a alocação de riscos e sanções, o que pressupõe obediência, isonomia, publicidade e averiguação da conformidade entre comportamentos e normas. Em termos de “justiça distributiva”, direitos deveriam ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação. Já em termos de “justiça corretiva”, a responsabilidade civil deveria atuar como um “processo” que levasse à eficiência, isto é, ao aumento de riqueza na sociedade por meio das trocas (ao lado disso, surge a função da responsabilidade penal: prevenir ilícitos, que diminuem riqueza social).

Posner foi, enfim, quem mais desabridamente apregoou uma “‘jurisprudência’ econômica”, no sentido de encontrar na ciência econômica positiva (microeconomia) um fundamento normativo para toda a interpretação e prática do direito. Basicamente, a eficiência substituiria a justiça como critério de correção de uma decisão jurídica (POSNER, 1986). Em uma fase intermediária de sua obra, Posner (2010b) tratou de defender a eficiência como um critério de justiça, formulando uma teoria da maximização da riqueza. Em autocrítica posterior, o próprio Posner (1990) reduziu a eficiência a um dos objetivos, entre outros em concorrência, que podem estar em jogo na avaliação do direito. Adotou uma perspectiva que chamou de pragmática, defendendo que o direito tem seu sentido formado socialmente e segundo os contextos e circunstâncias de sua aplicação, sendo relevante analisar as consequências previsíveis das estruturas normativas. A eficiência pode não ser o fundamento adequado, porém, para defender pautas essenciais como aquelas de liberdades, direitos civis e democracia. Em todo caso, permanece disponível e por vezes útil o argumento consequencialista e a análise de custos e benefícios de medidas, políticas e normatizações alternativas (SALAMA, 2012).

É interessante abordar essa transformação teórica em termos comparativos. O contraste com Dworkin deu-se em ambas as posições extremas adotadas por Posner. Primeiramente Posner (1986) adotava a visão efficientista: o postulado da eficiência como

meta-valor explicativo e normativo, cuja realização deveria ser buscada por toda decisão jurídica; Dworkin (1980) então contestou o *status* da “maximização de riqueza” como um valor moral em si mesmo. Por fim, Posner (1990) adotou uma abordagem “pragmática”, reconhecendo que a eficiência seria um parâmetro, entre outros, a ser adotado conforme o caso e conforme o que ditasse o senso comum; concluiu que não seria possível formular uma teoria jurídica consistente sobre a aplicação da eficiência como critério absoluto de justiça. Aqui a visão dworkiniana reclamaria justamente a formulação de uma teoria abrangente sobre os valores morais em jogo em dada comunidade política e em seu direito. Entretanto, a análise econômica só pode entregar uma formalização, orientada pela microeconomia, dos cálculos de custos e benefícios das decisões e políticas públicas alternativas. Ou seja, serve para orientar o juízo de adequação entre fins e meios, mas não para estipular a promoção da eficiência como razão jurídica definitiva.

Afinal, a economia trata de orientar juízos instrumentais, de adequação de meios em relação a fins segundo critérios de eficiência e cálculos comparativos de custo *versus* benefício; para tanto, toma como índice das condutas a sua convertibilidade em dinheiro. As estimativas econômicas são feitas dados como fixos certos pressupostos institucionais e tecnológicos (mecanismos de crédito, modelos de organização do trabalho, máquinas). Mudadas as tendências e suas determinantes contextuais, os cálculos e previsões são revisados; a economia aprende e se recicla. Já o direito toma como unidade de igualação entre condutas as regras; estas permitem avaliar ações e decisões como permitidas, proibidas ou obrigatórias, dada a moldura institucional pressuposta do direito positivo atualmente vigente. Essa conformidade ao direito tem caráter normativo – o padrão de avaliação não se altera por mais que as condutas empíricas se desviem do modelo prescritivo. O lícito é determinado não por um cálculo de eficiência e não exclusivamente por uma busca de justiça material; trata-se de uma avaliação constrangida pelas regras válidas – isto é, dirigida sobretudo à garantia de justiça formal (tratar igualmente casos iguais) e remetida à vontade das autoridades competentes, isto é, a órgãos decisórios aos quais regras também jurídicas reconheçam competência para determinar as regras para todos os casos (geralmente por legislação) ou para casos específicos (tipicamente pela jurisprudência). Nessa medida, as regras são razões para agir e decidir e para avaliar ações e decisões. O critério de legalidade define o lícito e o ilícito, que pode muitas vezes não corresponder ao eficiente e ao ineficiente, respectivamente.

Komesar e a escolha institucional

Para ilustrar um uso interessante do neoinstitucionalismo econômico na análise jurídica, pode-se remeter a trabalhos como o de Neil Komesar, professor na Universidade de Wisconsin, Madison, nos Estados Unidos. Seu tema é a escolha

institucional: decidir quem decide – nos mercados, na burocracia, no Legislativo e no Judiciário (KOMESAR, 1996). A constituição, o direito e as políticas públicas são fatores e produtos da alocação de autoridade e de complexos processos decisórios em um ou outro órgão político, jurídico ou econômico – o que requer uma análise institucional comparativa. Essa análise é menosprezada por juízos subjetivos e preferências doutrinárias que deixam de explicitar a relação entre objetivos, escolhas institucionais e formas de políticas ou de direito adotadas. Mas sempre há escolha institucional, explícita, articulada e justificada ou tácita e pressuposta. A decisão sobre quem decide permeia todo o direito e toda política pública, mas permanece superficialmente tratada. Por exemplo: constitucionalistas geralmente ignoram o problema da escolha institucional, enquanto os adeptos da análise econômica do direito costumam considerar só uma alternativa de alocação da competência decisória.

Na análise do direito e das políticas públicas, de um lado, há uma tendência a se considerar genericamente os fins e valores sociais; de outro, um único valor: a eficiência alocativa e a redução dos custos de transação. Várias políticas podem ser consistentes com um mesmo objetivo; por isso, a mera eleição de objetivos não constrange a escolha entre alternativas. O vínculo faltante – entre o objetivo social e a política pública ou o direito reconhecido – é a escolha institucional. É preciso medir os resultados alcançados por políticas ou formas de regulação jurídica alternativas, contra um pano de fundo dos objetivos pretendidos. A escolha é sempre entre alternativas imperfeitas – ora o mercado, ora a política, ora os tribunais são a melhor instância, mas sempre há perdas e ganhos.

Também é insuficiente o foco em uma só instituição – em vez da comparação entre diferentes alternativas institucionais. Por exemplo, Posner (1990) compara o funcionamento do mercado em diferentes países de *common law*; Ely (1980) compara os processos políticos em diferentes direitos constitucionais. Mas nenhum cruza a fronteira da análise comparativa – onde alocar a decisão: mercado, política ou Judiciário?

A proposta de Komesar (1996) para a análise institucional comparativa é a abordagem centrada na participação: a variação no desempenho de uma instituição é vinculada à participação dos atores institucionais importantes comuns a todas as instituições (como consumidores, produtores, eleitores, lobistas e litigantes); atores oficiais, como legisladores e juízes, são secundários. Esses atores não oficiais são correspondentes aos consumidores e os processos políticos e judiciais podem ser tratados como massificados, em paralelo com o mercado (a vontade individual das autoridades é secundária). Assim é possível medir comparativamente os custos e benefícios da participação nas legislaturas, tribunais ou mercados. Os custos podem ser divididos em custos de informação e de organização, abrangendo comparativamente custos de transação, de litigância e de participação política. Observe-se que há outras alternativas institucionais, além de mercado, política e Judiciário: é o caso, no direito empresarial e trabalhista, das empresas

e sindicatos, que não são apenas atores (dos processos mercadológicos, políticos ou judiciais), mas também alternativas institucionais (a decisão pode ser alocada ela mesma nas organizações empresariais ou sindicais).

Quanto aos direitos de propriedade, Komesar se contrapõe à posição de Epstein, que sustenta um ideal libertário de proteção da propriedade (em face do Estado e por meio do Estado): polícia que funcione, cortes abertas, extenso controle judicial de constitucionalidade, exército pronto para ação, incerteza controlada. Nesta visão, a decisão política centrada no Legislativo e no Executivo resulta em foco de grupos de interesse e busca por privilégios entrincheirados (*rent-seeking*); vícios na proteção a maiorias e minorias; risco de super-regulação (e usurpação governamental dos direitos de propriedade) ou sub-regulação (proteção insuficiente). Já para o Judiciário, especialmente no exercício da revisão judicial de constitucionalidade, o controle caso a caso seria efetivo na limitação do arbítrio governamental e legislativo; o controle deveria incluir a imposição de meios menos drásticos para o atingimento dos mesmos fins. O Judiciário, conclui Epstein, seria preferível aos processos políticos na correção das decisões de mercado.

Komesar argumenta de outra forma. Para ele, a ênfase nas cortes como agente prioritário da decisão institucional no campo da propriedade é amenizada ao se considerar: 1) a capacidade limitada do Judiciário diante do número de violações da propriedade (crescente com a população e o desenvolvimento tecnológico); 2) os efeitos dispersos dessas violações e seu difícil controle; 3) a complexidade na resolução de conflitos apenas a partir da própria definição dos direitos de propriedade; 4) o problema da discricionariedade judicial nos países de *common law*, comparativamente à discricionariedade administrativa; 5) um controle judicial de constitucionalidade da regulação estatal muito intenso ocuparia as cortes de tal forma a atrapalhar seu papel de proteção direta (caso a caso, via direito privado) da propriedade e dos contratos (sob invocação do “devido processo substancial” ou do “tratamento igual”, toda ação governamental e política pública poderia ser escrutinada pelas cortes).

Thaler e Sunstein: arquitetura institucional e incentivos comportamentais (*nudges*)

Uma área da conexão entre direito e análise econômica refere-se aos usos da economia comportamental para informar o desenho de arquiteturas institucionais. O objetivo é o mesmo de todo o direito: evitar, provocar ou induzir determinados comportamentos. Aqui o desenho regulatório pode incentivar, de maneira quase tácita, os comportamentos em diversos setores.

Para tanto, seria preciso partir do pressuposto de que as pessoas não são como o “homem econômico” idealizado pelas formulações dos economistas: capazes de acessarem toda a informação relevante e tomarem a melhor decisão possível, considerando

todos os fatores. Daí surge a pergunta: mas como dar o “empurrão” (*nudge*) para que pessoas e organizações façam a escolha certa? Como sugerir que caminhem na direção correta, influenciando-as sem grande alarde? Pequenas mudanças no ambiente podem influenciar o comportamento; por exemplo, a disposição dos produtos em uma prateleira de supermercado influencia nossas compras. E, então, como arranjá-la?

Podemos restringir as possibilidades das pessoas, escolhendo por elas, tomando aquela que será a melhor decisão para elas e para todos, bem avaliadas todas as variáveis? A opção então será vender, no caso do exemplo, apenas a comida mais saudável e com menor impacto ambiental. Talvez isso fosse algo intrusivo e um tanto quanto paternalista.

Assim, em nome da liberdade, podemos decidir não nos preocuparmos com uma arrumação racional dos alimentos, dispondo-os aleatoriamente na prateleira. Por outro lado, para preservar a liberdade de escolha talvez seja preciso planejar: organizar as prateleiras de modo que o cliente escolha exatamente aquilo que ele deseja, sem que fosse induzido pelo *layout*. Então a organização do ambiente – o contexto que molda as escolhas do consumidor – precisaria mimetizar seus desejos “autênticos”.

Seria difícil defendê-la abertamente, mas há ainda a opção de induzir o cliente a comprar os produtos do fornecedor que mais favorecem a este, à empresa. E, ainda, o mais simples: arrumar os produtos de modo a aumentar as vendas e maximizar o lucro, só isso.

Esse simples exemplo (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 1-3) mostra como estudos de economia comportamental têm abordado o problema da arquitetura decisória. O arrumador das prateleiras, no caso, é um arquiteto de decisões. Partindo da evidência de que não há um *design* neutro, ele precisa desenvolver e aplicar um método justificável para suas decisões – que são decisões sobre como outras pessoas tomarão suas decisões. Logo, chegamos à questão: mas como isolar os fatores do contexto relevantes para essa escolha de segunda ordem, como discernir o que de fato interfere nas escolhas daqueles que vamos influenciar?

Thaler e Sunstein (2008, p. 4-6) defenderão um tipo de regulação ao mesmo tempo “paternalista” e “libertária”. As pessoas devem ser livres para escolher, não devemos decidir à revelia delas. Isso faz parte do respeito à autonomia individual e do cultivo do senso de responsabilidade de cada um. Mas é certo também que as decisões podem ser prejudiciais à própria pessoa que as tomou – não “conscientemente”, mas muitas vezes por falta de informação e de habilidades de “leitura” do contexto, de suas vantagens e limitações, das alternativas disponíveis. Por isso, a ideia é influenciar as escolhas de forma a melhorar a vida do “escolhedor”, segundo o juízo dele mesmo. Por isso não é puro paternalismo: não se trata de alguém substituindo a vontade do outro; não é proibição nem obrigação, é um direcionamento fácil de ser repellido, uma “pré-escolha” que pode

ser facilmente revertida, desfeita. O Parlamento Britânico (*House of Lords*), por exemplo, estudou como essas estratégias podem ser usadas como alternativas, dentro de um quadro mais amplo de métodos de regulação, como destaca o quadro a seguir.

	Regulação do indivíduo		Medidas fiscais dirigidas ao indivíduo	
			<i>Guiar e permitir escolhas</i>	
Tipos de intervenção	Eliminar escolhas (proibições/ obrigatoriedades)	Restringir escolhas (diminuir as opções disponíveis)	Desincentivos fiscais	Incentivos fiscais

	Medidas não regulatórias e não fiscais com relação ao indivíduo					
	<i>Guiar e permitir escolhas</i>					
				<i>Arquitetura de escolha (nudges)</i>		
Tipos de intervenção	Incentivos e desincentivos não fiscais (prêmios e penas)	Persuasão	Prover informações	Mudanças no ambiente físico	Mudanças na opção-padrão	Uso de normas sociais (pressão dos pares)

Quadro 1. Tipos de intervenção

Fonte: adaptado de House of Lords, 2011, p. 10.

Podemos pensar em como esse modelo de influência sobre o comportamento pode ser utilizado não apenas pelo Estado em relação aos cidadãos e às empresas, mas também dentro das próprias organizações empresariais. Influindo nas rotinas e comportamentos automatizados das pessoas, altera-se a propensão a tomar esta ou aquela decisão. A arquitetura de escolhas deve levar em conta sua função pedagógica, levando as pessoas, se não a optarem por alternativas que sequer considerariam, ao menos a considerarem os diferentes cenários.

Para economizar tempo, energia e informação, tendemos a usar nosso “sistema automático”: a lei do menor esforço, a busca de associações rápidas para compreender os dados, a confiança em nossas habilidades e em, inconscientemente e sem muito esforço, “ir levando”. Não usamos muito nosso “sistema reflexivo”: comportamento controlado, que demanda esforço. Esse “sistema” é mais lento, demanda que sigamos regras conscientemente (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 20). Há ainda uma questão de “ignorância pluralista” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 59) na mudança ou manutenção de comportamentos: muitas práticas, hábitos e rotinas – que podem ser danosas – persistem simplesmente porque achamos que todos as apreciam e as consideram as melhores

possíveis. Um “empurrão” pode desestabilizar essa certeza e os comportamentos podem ir mudando em um “efeito dominó”. As pessoas tendem a exagerar para o mal sobre o comportamento das outras e desconhecer boas práticas e seus impactos.

Assim, por exemplo, é comprovado que as pessoas se tornam mais dispostas a reciclarem na medida em que vêm a saber que muitas e muitas pessoas estão reciclando. Assim, se um hotel quer induzir o comportamento de que os hóspedes reusem suas toalhas – por motivos de economia de recursos ambientais e financeiros –, o pior que pode fazer é implorar pela colaboração dizendo que poucos estão agindo na direção do bem. O melhor é enfatizar que a maioria dos hóspedes já aderiu a essa prática de reuso – melhor ainda se houver informação mais precisa, números, que exponham esse bom comportamento. Eles atuarão seriamente sobre o convencimento do novo hóspede confrontado com a escolha entre reuso e desperdício.

Por outro lado, um experimento demonstrou que informar as “normas sociais”, o padrão de comportamento, é uma estratégia recomendável apenas de certas formas – as formas importam tanto quanto o conteúdo. Quando receberam informações precisas sobre seu consumo de energia nas semanas anteriores e constataram que esse consumo estava acima da média, moradores de uma cidade da Califórnia reduziram significativamente seu gasto. Mas aqueles que estavam abaixo da média sentiram-se autorizados a aumentar seu consumo, de modo que o resultado da iniciativa de informar a todos foi praticamente anulado, no que é chamado de “efeito bumerangue”. Conseguiu-se anular esse efeito com outra estratégia simples: adicionando à informação um apelo emocional, por meio de um símbolo (*emoticon*). Quando os consumidores acima da média receberam um *emoticon* triste, reduziram seu consumo ainda mais; os que estavam abaixo da média receberam uma mensagem de aprovação (na forma do *emoticon*) e não aumentaram mais o consumo, deixando de usar aquela margem que ainda possuíam para atingir a média (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 66-69).

Essa mudança, que não faria nenhuma diferença para o modelo do “homem racional”, revela que, para podermos induzir as pessoas a um comportamento sustentável, precisamos notar algumas verdades sobre suas tendências reais de comportamento. Para manter a liberdade de escolha das pessoas, poderíamos pensar que lhes fornecer o maior número de opções possíveis é a melhor alternativa. Pode ser. Mas oferecer uma sobrecarga de informações e alternativas pode paralisar a ação. As pessoas tenderão a escolher aleatoriamente. E não há nenhuma garantia de que serão levadas pelo destino (ou pela “mão invisível” do seu próprio interesse) ao melhor caminho, isto é, de que tomarão a melhor decisão. Por isso, é prudente e útil estruturar escolhas complexas: transformar um monte de dados e informações em algo apreensível, estruturar as opções, reduzir a complexidade.

Caso o “arquiteto das escolhas” não faça essa estruturação, os tomadores de decisão “diretos” tenderão a organizar eles mesmos as informações. E isso pode redundar em grandes falhas, dado que nossa tendência é um processo de “ancoragem e ajuste” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 23-24). Partindo do que sabemos e ancorando nesse porto seguro, extrapolamos o raciocínio para o que não sabemos, ajustando o dado novo à nossa concepção formada. Embora útil e usual, é um processo que pode produzir distorções.

A tendência das pessoas, quando há uma configuração-padrão sugerida (quando se compra um celular ou na instalação de um novo *software*, por exemplo) é seguir a sugestão. Além de lhes dar segurança (pois a opção sugerida parece contar com um endosso de alguém que entende mais – no caso, os técnicos que elaboraram o programa), essa opção significa economia de tempo e atenção, recursos que todos prezam. Isso apenas faz jus a uma característica central do comportamento humano: a inércia, o poder do *status quo*, a aversão ao risco. Há um custo cognitivo envolvido aqui, embora não necessariamente um custo material. Como constataram Goldstein *et al.* (2008), há um amplo leque de informações que as empresas podem levar em conta para decidirem qual dentre várias configurações ou decisões alternativas elas irão “pré-escolher” provisoriamente como “opção recomendada” para os usuários.

O ser humano idealizado pelos economistas é plenamente racional e responde apenas a incentivos. Compra menos quando os preços sobem, mas não se deixa levar por algo aparentemente tão irrelevante quanto a ordem das opções em um cardápio ou a sugestão de compra. Ele calcula tudo. Os seres humanos reais não são assim. Por isso, são influenciáveis por outros fatores além dos incentivos, entendidos como custos materiais, preços. O tempo é uma grande variável; por exemplo, a economia de energia é muito mais incentivada se o usuário vê na hora o quanto economiza ou gasta ao aumentar ou reduzir a temperatura do ar-condicionado, e não apenas nota a diferença na conta ao final do mês (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 99).

O trabalho de Thaler e Sunstein (2008) é uma síntese de pesquisas de economia comportamental com estudos de caso e recomendações de como incentivar – principalmente pela regulação governamental – comportamentos em diversos ramos: dietas, previdência social, poupança e investimentos, casamento, doações de órgãos. O quadro a seguir apresenta sinteticamente os cinco eixos que precisam ser considerados no desenho de medidas que “empurrem” (*to nudge*) o comportamento das pessoas na direção certa – isto é, na construção de “arquiteturas de escolha”.

Fatores (NUDGES)	O que significam
iNcentives (incentivos)	Para desenhar um incentivo é preciso considerar: 1) Quem usa? 2) Quem escolhe?; 3) Quem paga?; 4) Quem ganha? As pessoas podem subestimar ou superestimar os custos.
Understand mappings (entender mapeamentos)	A ligação entre a escolha e o resultado depende de informações. Mapear essas informações e apresentá-las sistematicamente é essencial para escolher entre opções bem definidas.
Defaults (opções predefinidas)	São uma pré-escolha, a configuração-padrão. Se a pessoa não manifestar expressamente sua vontade por outra opção, seguirá essa sugestão. É o que tende a ocorrer. A opção-padrão deve ser, em princípio, o que uma pessoa escolheria depois de refletir bem.
Give feedback (dar retorno)	O tempo é uma variável indispensável em conectar a intenção e o gesto, o planejado e o realizado. O feedback deve ser imediato para ser eficaz e vencer a procrastinação.
Expect error (esperar erros)	Um sistema decisório bem estruturado conta com a possibilidade de que seus usuários errem, e age em antecipação, prevenindo esses erros.
Structure complex choices (estruturar escolhas complexas)	A função de uma pré-escolha (do “arquiteto de escolhas”), tão inevitável quanto útil, precisa ser bem desempenhada. A ideia é reduzir a complexidade enfrentada pelo grupo de pessoas cujo comportamento se quer induzir, isto é, facilitar a tomada de decisões.

Quadro 2. NUDGES (“empurrões”) aplicados à gestão e à estratégia empresarial. Fonte: Baseado em Thaler e Sunstein (2008). Os autores sugerem a fórmula mnemônica “NUDGES” à página 100.

O que se considera aqui é que, além da opção de obrigar, proibir ou simplesmente permitir certas condutas e escolhas, há a opção de – no campo das permissões – induzir escolhas. O pré-requisito para que o Estado ou uma organização privada possam usar as informações para induzir comportamentos é ter um bom sistema de informações, que registre, avalie e compare alternativas e impactos.

Para finalizar, cabe registrar que esta proposta de alocar a economia comportamental como tutora do direito no desenho de arranjos institucionais não é isenta de problemas. Há quem a qualifique como um “benthamismo encolhido” (UNGER, 2017, p. 62-63): retirada a ambição reformadora de Bentham, em cunhar uma ciência da

legislação que informasse reformas sociais alicerçadas na expansão do bem-estar para a maioria, resta agora uma visão instrumental do direito, como ferramental de incentivos e constrangimentos alicerçados em estudos científicos sobre o cérebro e definidos pela tecnocracia regulatória.

Nesse sentido caminham propostas minimalistas de “desenho institucional” que tratam de motivações e sanções a guiar e ajustar marginalmente o curso dos processos decisórios – eleitorais, burocráticos, parlamentares (VERMEULE, 2007). Ocorre que, em se adotando uma visão instrumental do direito, perde-se o caráter dinâmico do juízo sobre instituições (esquadrinhadas em regras) à luz de propósitos atribuídos e do refinamento normativo dos ideais à luz das variáveis modelagens institucionais, dos diferentes regimes jurídicos que podem atualizá-los. Busca-se uma ancoragem externa, “científica”, para além da controvérsia e do dissenso que caracterizam a produção e a aplicação do direito na democracia; na prática, todas as decisões movem-se para a zona de incompetência da política e do direito.

Conclusão

A visão normativa (eficientista) da análise econômica do direito vê-se confrontada por alternativas apontadas, de um lado, por sua matriz teórica de origem (a nova economia institucional) e, de outro, por novas abordagens à tomada de decisões em situação de escassez. As escolhas econômicas enfrentam diferentes constrangimentos conforme sejam submetidas aos métodos decisórios típicos da burocracia, da política ou do mercado, como enfatiza a linha de estudos representada por Komesar (1996) sobre as alternativas institucionais. Essas escolhas, por outro lado, envolvem variáveis psicológicas do comportamento individual que não podem ser reduzidas à simplificação teórica do *homo oeconomicus*, à ficção do agente plenamente informado e racional. O estudo de Thaler e Sunstein (2008) representa um esforço de superação desse obstáculo epistemológico.

Esquadrinhar as arenas decisórias diferentes em que se tomam decisões econômicas e as variáveis comportamentais que podem ser calibradas pelas arquiteturas de escolha são dois caminhos promissores para estudos preocupados com o desenho jurídico de transações e instituições, adensando a preocupação aberta pelos enfoques pioneiros da nova economia institucional.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

Referências

- AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, MA, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970.
- BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.
- COASE, Ronald H. The problem of the social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.
- COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.
- DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *The American Economic Review*, Philadelphia, v. 57, n. 2, p. 347-359, 1967.
- DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 9, n. 2, p. 191-226, 1980.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- GALIANI, Sebastian; SCHARGRODSKY, Ernesto. Land property rights. In: GALIANI, Sebastian; SENED, Itai (ed.). *Institutions, property rights, and economic growth: the legacy of Douglass North*. Cambridge: Cambridge University Press, Apr. 2014. p. 107-120.
- GOLDSTEIN, Daniel G.; JOHNSON, Eric J.; HERRMANN, Andreas; HEITMANN, Mark. Nudge your customers toward better choices. *Harvard Business Review*, Boston, v. 86, n. 12, p. 99-105, Dec. 2008.
- HOUSE OF LORDS. *Behaviour change*. London: The Stationery Office Limited, 2011. (Science and Technology Select Committee, 2nd Report of Session 2010-12). Disponível em: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldsctech/179/179.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.
- KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. The contribution of Douglass North to new institutional economics. In: GALIANI, Sebastian; SENED, Itai (ed.). *Institutions, property rights, and economic growth: the legacy of Douglass North*. Cambridge: Cambridge University Press, Apr. 2014. p. 11-29.
- MILGROM, Paul; ROBERTS, John. *Economics, organization and management*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1992.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Philadelphia, v. 84, n. 3, p. 359-368, 1994.

NORTH, Douglass C. Institutions and economic theory. *The American Economist*, Fairhope, v. 36, n. 1, p. 3-6, 1992.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PIETROPAOLO, João Carlos. *Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010b.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

POSNER, Richard A. Prefácio à edição brasileira. In: POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a. p. xi-xviii.

POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press; London: Collier Macmillan, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. Markets, hierarchies, and the modern corporation: an unfolding perspective. *Journal of Economic Behavior and Organization*, North Holland, v. 17, n. 3, p. 335-352, May 1992.