

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DESENVOLVIMENTO DAS INSTITUIÇÕES: UM DIÁLOGO ENTRE A ECONOMIA E O DIREITO

Luana Varzella Mimary Nassaro¹

Eveline Denardi²

Resumo: O presente artigo propõe uma reflexão sobre a relação intrínseca entre a economia e o direito para o desenvolvimento de uma nação e o papel desempenhado pelas instituições como moderadoras e indutoras do crescimento e da qualidade de vida dos povos. O fato é relativamente recente, considerando que as disciplinas eram estudadas separadamente uma da outra, sem qualquer conexão, como se as normas não tivessem relação com a economia e esta não fosse diretamente impactada pelo direito. Autores como Coase, Posner, North, Salama, Pinheiro, Porto e Garoupa trouxeram luz às discussões acadêmicas indicando a simbiose necessária entre as disciplinas.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito; Direito e Economia; Instituições, Direito e Economia.

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND THE DEVELOPMENT OF INSTITUTIONS: A DIALOGUE BETWEEN THE ECONOMY AND THE LAW

¹ Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Pós-graduada lato sensu na Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais na Escola Paulista de Direito. É Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabeliã de Notas.

² Doutora (2012) e Mestre (2018) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Jornalismo (1998) e em Direito (2004), ambos pela PUC-SP. Professora da pós-graduação *stricto sensu*, na Escola Paulista de Direito (EPD).

Abstract: This article proposes a reflection on the intrinsic relationship between economics and the right to the development of a nation and the role that institutions play as moderators and inducers of peoples' growth and quality of life, a relatively recent fact, considering that disciplines were studied separately and without any connection, as if the rules were unrelated to the economy and it was not directly impacted by the law. Authors such as Coase, Posner, North, Salama, Pinheiro, Porto and Grouper brought light to academic discussions indicating the necessary symbiosis among the disciplines.

Keywords: Economic Analysis of Law; Law and Economics; Institutions, Law and Economics.

Sumário: 1 Introdução. 2 Entendendo a Análise Econômica do Direito. 3 Instituições e o Desenvolvimento Econômico na Análise Econômica do Direito. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO



Este artigo tem o objetivo de apresentar breves estudos e autores que destacam as instituições como essenciais ao desenvolvimento econômico de uma nação, dentro da perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).

A expectativa não é esgotar a relação existente entre as instituições e o desenvolvimento econômico, menos ainda abordar a vastíssima área, hoje cada vez mais abrangente e complexa, da AED, mas apresentar um panorama sobre ela e sua relação com o crescimento econômico.

Autores relevantes no desenvolvimento da AED como Coase, Posner, North, Salama, Pinheiro, Porto e Garoupa estão citados neste artigo, na medida em que serviram de referência

para o estudo aqui proposto. Para tanto, serão apresentadas quatro seções, conforme descritas a seguir: (i) a AED, a partir do contexto histórico, (ii) o que são instituições para a AED, (iii) o papel das instituições no desenvolvimento de uma nação e (iv) conclusões.

Os autores mencionados dedicam-se às áreas do direito e da economia e difundem a AED, sobretudo nos meios acadêmicos, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil.

2 ENTENDENDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Aprender Análise Econômica do Direito (AED) exige um repensar da lógica jurídica tradicional, acadêmica, formada pela aceitação incontestável, até então, de que as regras jurídicas, pelo menos naqueles países cuja construção do direito se deu por bases romanas, estão sempre a embasar a decisão das pessoas e não, de alguma forma, os custos econômicos e os interesses pessoais envolvidos.

Aprendemos nos bancos acadêmicos de direito que a democracia compõe o poder legislativo que representa a sociedade e que por sua *longa manus* edita normas legais, as quais regulam a convivência social.

Sob esse manto incontestável, o Poder Judiciário acionado interpreta a *mens legis* e decide o bem da vida aos litigantes, prosseguindo, assim, à regulação essencial que permite a convivência das pessoas em um esperado ambiente comunitário, organizado e respeitoso.

Ignoramos por tempos a possibilidade de a força motriz da economia ser muito mais influente na regulação das pessoas do que pudemos imaginar.

Nos países em que o direito é consuetudinário, parece ser mais fácil compreender esse forte traço da economia porque os costumes sempre consideram os riscos, diga-se, os custos envolvidos em uma ou outra decisão, enquanto na nossa formação, em

tese, é sempre o direito positivado, o que implica em medo de condenação, autuação, que nos faria agir de uma determinada maneira.

É bem verdade que, ao longo da história, de alguma forma, houve afastamento do direito e da economia propiciado, talvez não intencionalmente, por alguns dos grandes pensadores. Max Weber, por exemplo, justificava a dominação racional-legal pela burocracia, em seus escritos *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, publicados em 1905.

Para ele, a burocracia era uma forma legítima de dominação do poder, porque por meio da aplicação imparcial da norma, por profissionais técnicos e habilitados, era possível combater o patrimonialismo, opondo-se a todos os tipos de privilégios e interesses personalíssimos.

Essa visão é romântica, no sentido de que as pessoas não mais se moveriam por seus próprios interesses; o que mais se via à época era o Estado formado para manter pessoas próximas do poder.

Era privilégio para poucos, então, discutir formas de redução de privilégios e gerar bem-estar social para todos parecia ser uma discussão muito relevante naquele momento. Ocorre que, por esse motivo, a questão econômica tendia a ser relegada nas discussões da formação das relações sociais. É como se os negócios e trocas, fonte da convivência social, não integrassem a vida das pessoas.

Um pouco de neutralidade nas discussões surgiu com a ideia do homem racional, trazida pelo economista Herbert A. Simon, em *Um estudo das tomadas de decisões – comportamentos da administração*, publicada em 1947, em que o autor aponta certa limitação no grau de racionalidade humana, a ponto de fazer com que as pessoas se unam, se organizem para reduzir essa deficiência, agindo, desta forma, de maneira racional, de maneira que o coletivo dê maior grau de segurança, eficiência e benefícios a todos que integram esse grupo.

Ele propôs que nessas organizações, os modelos que contivessem incentivos garantiriam a coesão para decisões mais eficientes esperadas por todos, já que, em tese, assegurariam os interesses, pelo menos da maioria; aí, inicia-se a retomada da intersecção dos interesses e da economia influenciando as decisões.

Mais tarde, o homem racional passou a ser visto como o homem econômico, ou seja, a racionalidade limitada outrora indicada, na verdade, se transforma em racionalidade de interesses, aquela que como sabemos, sempre moveu as pessoas a determinadas decisões; aqui, o indivíduo passa a ser visto como tomador de decisões racionais, movido por interesses próprios. Esse novo direcionamento, inclusive, impactou a administração pública, fazendo-a evoluir para o que hoje conhecemos como gestão pública.

Essa nova visão, chamada de *public choice*, foi construída por nomes como Vincent Ostrom, Duncan Black e Kenneth Arrow, que se debruçaram sobre o tema pesquisando ferramentas da economia para compreender como a política e o governo funcionam; assim, a nova gestão pública passou a enxergar o cidadão como consumidor, o que impactou diretamente nas políticas públicas para alocação dos recursos escassos da sociedade.

Inegável que a economia sempre teve relação com o direito e vice-versa, pois cada um de nós se move por interesses próprios e não apenas por regras pré-estabelecidas por conveniência social, que muitas vezes não contemplam essas perspectivas individuais³.

³ Esse tema não está pacificado. Ribeiro e Pinto (2017) descrevem no artigo “Lucro do bem: o papel das instituições jurídicas na promoção de negócios sociais” que partindo de Smith, mas indo além dele, Amartya Sen coloca em xeque a tradicional dicotomia entre o egoísmo e o utilitarismo, mostrando que nem sempre o ser humano age motivado por seu auto interesse (o que não significa, pondera Sen, que o homem haja sempre com altruísmo). Esclarecendo a relação entre o comportamento auto interessado e as decisões econômicas, Sen anota que “[...] o contraste não se dá necessariamente entre o auto interesse [sic], de um lado, e algum tipo de preocupação geral por todas as pessoas, de outro” (1999, p. 35), e que “[...] ações baseadas na lealdade

Aqui, relevante a reflexão de Bruno Meyerhof Salama sobre a conexão entre o direito e a economia:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e em geral bastante destrutivo. Em meio à turbulência, nas últimas décadas este diálogo tornou-se fértil. A partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições (SALLAMA, 2010, p. 9).

Mas a junção dos pensamentos em relação à economia e o direito não tardaria a acontecer novamente, agora por alguns pesquisadores, dentre eles, Ronald Coase e Richard Posner⁴.

O economista Ronald Coase, da Universidade de

e ao grupo podem implicar, em alguns aspectos, maior realização do auto interesse [sic]" (SEN, 1999, p. 36). Mas talvez uma das contribuições mais relevantes de Sen, e fundamental para o presente artigo, está em questionar o comportamento humano auto interessado como garantia de eficiência. Na verdade, há casos notáveis, como o da economia japonesa, em que afastamentos sistemáticos do comportamento auto interessado em direção ao dever, à lealdade e à boa vontade têm desempenhado um papel importante no êxito da indústria (SEN, 1999). O comportamento dirigido por motivações éticas pode não ser, como no caso japonês, incompatível com o lucro e com o bom sucesso de uma economia de livre mercado (e, em última análise, pode se mostrar compatível com o auto interesse). Essa perspectiva é particularmente relevante, acredita-se, na análise dos negócios sociais – um tipo de organização econômica que, sem deixar de buscar lucratividade (promoção do auto interesse), tem como propósito central realizar um bem à sociedade. (PINTO; RIBEIRO, 2017, p. 215-216).

⁴ A real percepção ocorre em 1972, com a publicação de obra redigida por um professor de direito, cobrindo, de maneira acessível aos estudantes de direito, quase todo o direito (e, também, dizem as más línguas, a seus professores). Esse livro é *Economic analysis of law* (Análise econômica do direito), e o autor, que vai dominar o movimento ao longo dos dez anos seguintes, Richard A. Posner. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 11).

Chicago, se enfrontou na discussão da importância da economia no direito, em artigo intitulado *Os problemas do custo social*, publicado em 1960 no *Journal of Law and Economics*, publicação que passou a difundir a economia no direito.

Nesse artigo, o autor deu origem ao chamado Teorema de Coase, que sucintamente indicou que quando o custo é baixo ou até mesmo zero em uma transação, o resultado independe da posição jurídica a ser tomada; essa ideia é considerada o ponto de partida da AED, conforme explicam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2020, p. 9).

O teorema parece simples, entretanto, indicou algo ignorado formalmente no direito: os custos da transação que fazem toda a diferença em qualquer negócio, sempre movimentarão as pessoas para onde os custos serão tendentes a zero.

Impossível, então, deixar de perceber que tanto o direito move a economia como a economia impacta diretamente o direito. Há uma simbiose que precisa ser observada no todo, para melhor compreensão dos fenômenos das relações sociais:

Em se verificando tal consideração, apenas o aumento do valor da produção levará a um rearranjo das normas dentro de determinado ordenamento jurídico, pois, quando o valor da produção é anteriormente menor, a posterior instituição de aumento dos custos da produção pode fazer com que certas atividades econômicas sejam extintas ou que sequer sejam iniciadas. Por isso, afirmou o autor-norte americano que, “nessas condições, a limitação inicial de direitos legais tem um efeito sobre a eficiência com a qual o sistema econômico opera. Um arranjo de direitos pode levar a um maior valor da produção do que qualquer outro” (LIMA, 2011, p. 85).

Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa explicam o Teorema de Coase da seguinte forma:

[...] indivíduos, a um custo de transação zero, podem negociar livremente para resolver seus problemas, sem necessitar de interferência do Direito, e o resultado será o mais eficiente. Esse teorema é importante pois trata de muitos conceitos da economia que são aplicados ao direito, como por exemplo, eficiência e custos de transação (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 3).

Ou nas palavras de Benito Arruñada:

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos).

Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, apesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así (ARRUÑADA, 2011, p. 7-8).

Enfáticos, Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn descreveram que Coase criticou a análise econômica ortodoxa afirmando que no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2020, p. 1).

Então, do até aqui apresentado, infere-se que a AED estuda a relação intrínseca e inseparável da economia e o direito, trazendo luz às discussões envolvendo o desenvolvimento dos países por meio das instituições formais e informais e do respeito às individualidades.

Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2014) assim definem AED:

O direito e a economia, também chamado de análise econômica do direito, estuda a resposta a duas questões fundamentais: (a) uma questão positiva, relacionada ao impacto das leis e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere a suas decisões e seus reflexos para a posteridade social (*social welfare*); e (b) uma questão normativa, relacionada às relativas vantagens de normas em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social (GAROUPA; GINSBURG, 2014, p. 139- 140).

Assim, conforme a lição de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a AED é mais ambiciosa quando propõe, a partir da

concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 7).

3 INSTITUIÇÕES E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Retoma-se, neste ponto, Ronald Coase para indicar a relevância das instituições no contexto da AED. Isabel Arruda Matheos de Lima explica que no mesmo estudo em que Ronald Coase criou seu teorema, afirmou: “o governo é, num sentido, uma superfirma (mas de um tipo superespecial), já que está apto a influenciar o uso dos fatores de produção por decisão administrativa” (LIMA, 2011, p. 12).

Mas instituições na AED, ao contrário do que se imaginaria, não são apenas as formais, como o governo, os poderes da república e seus órgãos, além de normas jurídicas. São, de fato, tudo o que cria regras estáveis à convivência social, inclusive informais, dos costumes das pessoas nas suas relações interpessoais.

Isabel Arruda Matheos de Lima, traduzindo o pensamento de Ronaldo Coase, descreve: “Nessa perspectiva, é de ser levado em consideração que as mudanças no sistema concretizadas pelas escolhas das instituições podem levar alguns setores da economia à melhora, mas também podem piorar os outros” (LIMA, 2011, p. 187).

O tema é crucial no desenvolvimento econômico de um país. Não por outro motivo, escolas foram criadas para aprofundar as relações das instituições no direito e na economia, a partir do que se conhece como AED.

Inicialmente, os chamados institucionalistas defendiam que cada nação evolui na medida em que avançam os incentivos e as restrições impostas pelas instituições, por isso, nesse ponto, a economia tem importância essencial no desenvolvimento de uma sociedade.

Conforme argumenta Isabel Arruda Matheos de Lima (2011, p. 190), essa linha de pensamento dos institucionalistas surgiu para criticar o esquecimento das forças das instituições formais e especialmente as informais no desenvolvimento da economia; é como se elas não existissem e as pessoas apenas se movimentassem em blocos coesos, atendendo integralmente às normativas definidas na regulação do direito:

[...] Uma lei ordinária não faz funcionar automaticamente os efeitos pretendidos pelo legislador [...]. A lei, a fim de ser eficaz, deve ser seguida por uma ação coletiva positiva de interesses organizados projetada para criar o “espírito de segurança” ou o “espírito de trabalho”. Sem este “espírito coletivo” ou cooperação voluntária, não há lei eficaz [...] o espírito coletivo voluntário é positivamente criado pela organização dos interesses em conflito com a sua administração (LIMA, 2011, p. 194).

Segundo Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, conforme a teoria institucional, as instituições estabelecem a “regra do jogo”. Um país com instituições eficientes costuma alcançar o desenvolvimento econômico, ao contrário daquele com instituições ineficientes; os autores ainda destacam Douglas North como um dos pesquisadores que analisaram mais amiúde as instituições (política, economia ou jurídica) no desenvolvimento da AED (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 28).

Sobre o pensamento de Douglas North, Marcos de Barros Lisboa ensina:

Instituições podem ser caracterizadas como regras para a interação entre indivíduos e grupos, como propõe North. Regras são adequadas enquanto garantem a convergência entre o interesse individual e o bem-estar social, enquanto os indivíduos, ao buscar seus próprios benefícios ou interesses, maximizam a geração de renda e do bem-estar (LISBOA, 2020, p. 5).

Douglas North era da escola neoinstitucionalista e passou a dar importância às características individuais perante as instituições. Retoma-se, nesse ponto, Ronald Coase para enfatizar seus estudos à limitação das escolhas racionais e os custos da transação entre a pessoas, até então deixados de lado pela

economia e o direito (LIMA, 2011, p. 206).

O pensamento de Douglas North em relação às instituições sugere que elas constituem uma verdadeira redução das incertezas individuais, pois cada um, a partir delas, sabe as consequências de uma determinada decisão, de um negócio realizado, o que é ou não infração e sua respectiva sanção (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 30).

Assim, as instituições constituem as limitações estipuladas pelos próprios indivíduos a si mesmos; são as restrições que podem ou não direcionar a conduta das pessoas, de forma individual ou coletiva. Por isso, conforme defende Douglas North, impactam direta ou indiretamente nos custos da produção o que, conclui-se, de forma escalonada, na própria economia de um país: “North explica que quando o custo da transação é zero, as instituições são inúteis. Na maioria dos mercados, porém, os custos de transação são positivos, e, por isso, as instituições são necessárias” (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 30).

Nesse mesmo sentido, Isabel Arruda Matheos de Lima observa:

Em termos gerais, pelo pensamento dos institucionalistas se conclui que as instituições importam e que o desenvolvimento econômico ocorre por um processo de evolução no tempo. Por outro lado, também os sujeitos influenciam e são influenciados pelas instituições. Mais especificamente, as normas presentes nestas últimas geram consequências diretas no comportamento humano, inclusive na economia (LIMA, 2011, p. 198).

Douglas North, conforme verificam Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (2020), enfatiza as decisões individuais no âmbito da AED, pois em escala, elas impactam a economia, entretanto, ocorrem em situações simples da vida, pouco complexas, afinal, nenhum de nós consegue conhecer e entender todos os assuntos em uma profundidade tal que não necessite de mais esclarecimentos.

Para questões mais complexas ou na expressão dos autores, complexidade de intercâmbio econômico medido pelo seu custo de transação, são necessárias diferentes instituições e um

quadro institucional aprimorado:

Se os custos de transação são tão baixos que as partes podem controlar umas às outras e fazer cumprir suas obrigações mútuas, não há necessidade das instituições. Mas, se são altos as partes precisam de instituições que lhes permitam realizar um monitoramento recíproco. Precisam, especialmente, da participação de terceiros – ou seja, de um sistema judicial eficaz (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 31).

É o ponto central da AED, ao menos no que diz respeito à importância das instituições, está no fato destacado por Daniel North:

[...] um quadro institucional que induz altos custos de transação e certos tipos de ineficiência de produção pode perpetrar o subdesenvolvimento. É por isso que as instituições têm função primordial na performance das economias no longo prazo. Assim, os países seriam subdesenvolvidos porque os incentivos criados a partir de sua estrutura institucional não são propícios à atividade produtiva (Daniel North *apud* PORTO; GAROUPA, 2011, p. 32).

Para o autor, a evolução das instituições é determinante para o avanço econômico e interfere nesse campo mais intensamente que o próprio avanço tecnológico. Instituição, para ele, é um padrão comportamental segundo o qual os indivíduos interagem entre si, desde o surgimento da sociedade, ou na visão mais completa:

Instituições compreendem regras formais, limitações informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas. Em suma, constituem o arcabouço imposto pelo ser humano a seu relacionamento com os outros (NORTH, 2006, p. 9 *apud* PORTO; GAROUPA, 2011, p. 40).

Há instituições, de um lado formais, correspondentes às regras que passaram por um procedimento político e de outro, informais, regras que se assemelham a códigos de condutas e surgem no âmbito da própria sociedade. Daniel North sustenta, nessa medida, que a mudança na configuração das instituições implica mudanças na vida social e econômica de uma comunidade (PINTO; RIBEIRO, 2017, p. 216 - 217).

Antônio Maristrello Porto, ao discutir a formação da análise econômica do direito nos tempos atuais, descreve a necessidade de considerar as instituições legais não como meras externalidades, algo fora da economia, mas variáveis dela, o que se percebe claramente no entrelaçamento entre o direito e a economia, quando se trata do direito de concorrência, regulação industrial, direito do trabalho, contratos e responsabilidade civil, por exemplo (PORTO, 2013, p. 11).

Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (2011) apresentam, nessa medida, a visão de Gerard Scully em relação ao desenvolvimento econômico, a partir das instituições; conforme Scully, após a Segunda Guerra Mundial, diversos países, diante da destruição causada, tiveram que recomeçar seus sistemas político-jurídicos e suas economias.

Alguns deles passaram a limitar as iniciativas das pessoas e controlar, no sentido de centralizar, a economia. Outros, por sua vez, optaram pela livre iniciativa do mercado e das escolhas individuais. Notou, após sistematizar seus estudos, que:

- (1) sociedades com instituições políticas abertas cresceram mais do que aquelas com instituições políticas fechadas;
- (2) Sociedades que optaram pelo estado de direito cresceram mais do que as que não adotaram;
- (3) sociedades que estabeleceram direitos de propriedade claros escolheram uma economia de mercado cresceram mais do que as que não fizeram tais arranjos. (PORTO; GAROUPA, 2011, p. 33)⁵.

Scully ainda fez análises estatísticas encontrando relação entre a variação do crescimento econômico dos diversos países. Ele dividiu o PIB pela população de um país com um bom desenvolvimento institucional e de um país com estrutura institucional ruim ou até mesmo ausente e percebeu que os países com boa estrutura institucional cresceram 2,73%, ao contrário dos que tinham instituições irrelevantes, que cresceram 0,97%

⁵ Não é bem o que se verifica em relação à China, nos dias de hoje, mas se aplica claramente à Coreia do Sul, em relação à Coreia do Norte e à Alemanha, após ter sido unificada.

(PORTO; GAROUPA, 2011, p. 35).

De forma mais aprofundada, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (2011) analisam as lições de Acemoglu, Johnson e Robinson, nos ensinamentos publicados em 2005, sob o título *Institutions as a fundamental cause of long-run growth*, em que discutem os casos da Coreia do Sul e do Norte, demonstrando, na visão deles, a importância das instituições no desenvolvimento desse país, sobrepondo aspectos como a geografia, por exemplo, como fator impeditivo ao crescimento.

De acordo com os autores, a Coreia do Norte optou por adotar um conjunto de instituições similares às do regime socialista implantado na União Soviética e na China, com inúmeras interferências diretas do estado no cotidiano das pessoas. Trata-se de um exemplo marcante a extinção do direito de propriedade nesses países.

Por sua vez, a Coreia do Sul adotou outra estratégia, preservando o direito de propriedade, o mercado, seus incentivos e as consequências dele decorrentes. Atualmente, a pujança da Coreia do Sul é, na visão dos autores, reflexo dessa opção pelo arranjo institucional:

Nas décadas seguintes, como sabemos, verificou-se notável diferença na evolução da renda e das condições de vida. Enquanto na Coreia do Sul a renda convergiu para aquela observada nos países desenvolvidos, na Coreia do Norte ela permaneceu, essencialmente, estagnada. No fim do século XX, um habitante do Sul tinha, em média, renda 16 vezes maior do que aquela de um habitante do Norte (LISBOA, 2020, s/p).

Flávia Santinoni Vera, em seu artigo intitulado *A análise econômica da propriedade*, tema oportuno no que diz respeito aos arranjos institucionais entre a Coreia do Norte e a Coreia do Sul, observa o direito de propriedade e sua relação com a AED e o desenvolvimento dos países:

Ter o direito de propriedade sobre um bem permite que a sua circulação na sociedade, desde a aquisição, uso e transferência (como na alienação) gera uma alocação de recursos mais eficiente seguida de um valor adicionado. Por consequência, a

garantia de propriedade alavanca a geração de emprego de uma nação. Além dos incentivos criados aos cidadãos para produzir, eles também farão o melhor uso do bem, transferindo-o, quando interessante, para uma pessoa que dará a ele um valor (e uso) maior. Uma alocação mais eficiente dos recursos permite que todos enriqueçam. Por sua vez, o crescimento econômico decorrente é pré-requisito essencial para qualquer ímpeto do Estado de buscar justiça retributiva e bem-estar social (VERA, 2014, p. 202).

Ou seja, na visão da autora, o direito de propriedade é uma instituição formal que garante um título (direito real) a uma determinada pessoa, título esse que circula com solidez e garantia de respeito ao seu significado. Essa circulação gera renda, movimenta mercados e melhora a condição econômica do seu detentor e em escala do próprio país.

Aqui, o Teorema de Coase é citado, conectando-o ao instituto do direito de propriedade:

À luz dos custos de transação de Coase, existe a evidente necessidade de o Estado proteger e assegurar o direito de propriedade. Imaginem se os produtores, além de gastarem com investimentos em suas lavouras tivessem de pagar seguranças para evitar invasões ou saques de sua produção. O custo seria altíssimo não só para quem produz, mas para a sociedade. Os consumidores pagariam caro por esses produtos. A garantia clara do direito de propriedade pelo Estado reduz custos de transação e cria incentivos e garantias para a produção e a inovação tecnológica, o único fator determinante de crescimento no longo prazo (VERA, 2014, p. 204).

Tratando da dimensão jurídica e não apenas do direito de propriedade, como instituição e, por isso, fator essencial no desenvolvimento econômico, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa enfatizam que esse debate não é recente e destacam David M. Trubek para quem o consenso do direito moderno é primordial para o crescimento econômico, podendo haver algumas diferenças quanto a como um influencia o outro (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 42).

Por exemplo, se o mercado é essencial em uma economia e os contratos/direitos de propriedade são igualmente

importantes para o desenvolvimento econômico, é natural que essas instituições estabilizem as relações humanas, permitindo o crescimento do país.

Por outro lado, há uma versão discutida que poderia reduzir a importância do mesmo direito no desenvolvimento econômico. Essa outra versão fragiliza a função do direito, na medida em que o percebem apenas como instrumento de propulsão na transformação da economia de um país. Nessa medida, o crescimento irá variar com a maior ou menor eficiência das leis na restrição e condução do comportamento individual, conforme sua função (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 43).

Assim, o desenvolvimento econômico dependeria do poder do estado, que utilizará o direito como ferramenta para conduzir o país ao desenvolvimento desejado. Essa linha de raciocínio aqui trazida por Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, de fato, exige reflexão, ao sugerir que todos nós apenas agimos por meio de leis e não por algum interesse próprio.

Ronald Coase já nos deu subsídios com seu teorema ao demonstrar a importância de se considerar os chamados custos do negócio. Todos nos submetemos a eles e nem sempre é a lei que nos faz agir de uma maneira ou de outra.

Evidentemente, o direito traz estabilidade e as regras do jogo, porém, as pessoas podem ter culturas avessas a determinadas regras, levando seus representantes no Poder Legislativo a fazerem alterações normativas, daí porque a hipótese lançada aqui tende a não prosperar se submetida à confrontação acadêmica. Essa ideia é confirmada por Pinheiro e Saddi (2005, p. 11-14), segundo os quais, apesar das diferenças de ponto de vista, há um amplo reconhecimento de que o direito exerce um papel essencial na organização da atividade econômica.

Esse reconhecimento, explicam os autores, se deu principalmente com a melhor compreensão do papel das instituições no crescimento da economia, o que foi muito estudado por Douglass North para o qual a existência de instituições efetivamente

fortes e respeitadas, tanto no âmbito do sistema de normas quanto no do sistema judiciário, são fatores essenciais ao crescimento econômico (PINHEIRO; SADI, 2005, p. 31).

Por fim, há ainda uma função de combate ao próprio Estado, exercida pelo direito, sob a ótica do desenvolvimento econômico. Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa assim a descrevem:

Alguns pesquisadores, relacionam o direito moderno com a sociedade liberal e com a democracia. Para eles, a manutenção e garantia dos direitos individuais e a formação das normas sociais estão intimamente relacionados com o direito moderno. A visão também assume que, para que o direito moderno – através dos sistemas legal e judicial – cumpra o papel de conter o Estado, ele precisa ser autônomo. Desse modo, no intuito de alcançar certa autonomia, precisa ter um sistema judiciário independente, um modo de limitar a ação administrativa, por meio da constitucionalização de direitos e controle de constitucionalidade (*judicial review*) (PORTO; GAROUPA, 2011, p. 43).

Nesse ponto, relevante destacar Richard Posner, da Escola de Chicago, e um dos mais proeminentes autores da AED. Clenio Jair Schulze (2014) avalia que sua maior contribuição no âmbito da teoria do direito se deu com a alocação da economia para a solução de questões jurídicas. Observa-se que o pensamento está atrelado à própria importância das instituições no âmbito da AED. Isso porque, se o direito é uma instituição e, provavelmente, uma das mais significativas sob o ponto de vista do desenvolvimento AED, evidente que as questões econômicas acabem sendo observadas no âmbito das decisões judiciais.

Richard Posner propõe uma abordagem mais abrangente sobre a regulação do comportamento não voltado especificamente ao mercado. Também prometeu renunciar ao lado formal e sistemático da economia, em favor de sua aplicabilidade em áreas até então pouco exploradas, como contratos, crimes, indenizações, ampliando bastante o leque inicial de Ronald Coase (1960) (WYKROTA; CRUZ; ALMEIDA, 2018).

Bruno Meyerhof Salama escreveu especificamente sobre o pensamento de Richard Posner na obra *Estudos em Direito & Economia – micro, macro e desenvolvimento* (2017):

O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e., eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo (SALAMA, 2017, p. 72).

Assim, Richard Posner contribuiu sobremaneira com a aplicação prática da AED não apenas como autor de centenas de artigos e obras, mas também como magistrado, aplicando o direito ao caso concreto e a AED em suas decisões.

Mesmo que esse tema ainda tenha suas controvérsias, como é comum no direito, Bruno Meyerhof Salama, em 2008, palestrando sobre a história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner, ressaltou:

Posner criou fama internacional ao concatenar de forma criativa o que foi descrito, nas palavras de Robert Cooter, como a junção de duas “correntes oceânicas”: a tradição jurídica, e a tradição econômica. O direito foi combinado com o pensamento econômico desde longa data, mas isso não impediu que desde pelo menos o século XVIII se formassem tradições intelectuais distintas, com autonomia sistêmica e acadêmica. Posner trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como Law & Economics, no Brasil geralmente referida como Análise Econômica do Direito ou simplesmente Direito e Economia (SALAMA, 2008).

Muito interessante, dentre tantos aspectos abordados por Richard Posner, o que ele explica sobre o instituto da usucapião. Normalmente, analisamos esse instituto sob o ângulo do direito,

de constituir uma determinada propriedade transcorrido um certo período sem que um eventual titular desse direito o tenha reclamado.

Nos bancos acadêmicos, raríssimas são as vezes que algum professor também ensina a usucapião sob o ângulo da circulação de recursos provenientes dessa aquisição originária da propriedade. Mais uma vez, Bruno Meyerhof Salama ressalta como Richard Posner trata desse instituto praticando a AED:

Chamada por alguns de estudo “microeficientista”, a metodologia utilizada por Posner parte do exame das instituições jurídicas concretamente identificadas. Essa metodologia é mais bem compreendida a partir de exemplos. Vejamos: sabe-se desde pelo menos o tempo de Adam Smith que a existência de propriedade privada incentiva a criação de riqueza ao encorajar a produção, facilitar os intercâmbios voluntários, e desincentivar as batalhas distributivas (inclusive o roubo). Mas se a transferência voluntária permite a criação de valor, indaga Posner, então o que justifica a existência de um instituto de transferência involuntária de propriedade tal qual a usucapião? Na opinião de Posner, a principal vantagem da usucapião é a de aumentar a segurança nas transferências de propriedade. O potencial comprador que sabe que o atual possuidor ocupou a propriedade pelo período exigido em lei para usucapir um terreno, tem muito mais certeza de que o título que lhe é apresentado pelo potencial vendedor é válido. Daí por que o instituto da usucapião permite reduzir os custos de procura e de prova. Além disso, a maior certeza sobre a validade do título de propriedade tende a aumentar o preço de negociação dos imóveis e a estimular o mercado imobiliário. (SALAMA, 2012, p. 444).

Mesmo com algum destaque neste artigo à importância do direito, dentre tantas instituições consideradas na AED, percebe-se que todas elas têm papel fundamental no desenvolvimento da economia de uma nação, seja ela ligada à economia em sentido amplo, como políticas cambiais de governo, por exemplo, ou institutos do direito, como propriedade ou direitos personalíssimos. Daí ser complexo imaginar o desatrelamento dessas ideias em si.

4 CONCLUSÃO

Viu-se que a Análise Econômico do Direito é um amplo campo relativamente recente de estudo, seja na área do direito ou na área da economia. Explicações sobre a relação entre ambas têm sido apresentadas sempre tentando compreender o impacto de uma sobre a outra e especialmente buscando avaliar se a calibração delas pode ou não gerar bem-estar social, a partir do desenvolvimento econômico.

As instituições, formais e informais, são objeto de apurado estudo, já que cada vez mais comprova-se que, quando bem estruturadas e aceitas pela população, contribuem para a estabilidade social e o reconhecimento amplo e geral das regras do jogo, o que implica na melhoria de distribuição de renda e desenvolvimento. Porém, mesmo com o amplo conhecimento das regras do jogo, uma determinada nação, por mera opção política, pode alterar sua trilha de desenvolvimento.

Exemplo bem definido e de amplo conhecimento em relação ao desenvolvimento econômico é o da Coreia do Norte, cuja opção pelo modelo adotado na China e na União Soviética levou-a ao fracasso econômico e à total submissão dos seus cidadãos à inexistência de bem-estar em vários sentidos.



REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron *et al.* *Institutions as a fundamental cause of long-run growth*. Disponível em: www.economics.mit.edu/files/4469. Acesso em: 10 ago. 2021.
- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. *Revista do Mestrado em Direito*. Universidade Federal de Brasília. Disponível em:

- https://www.researchgate.net/publication/237242399_A_ANALISE_JURIDICA_DA_ECONOMIA/citation/download. Acesso em: 10 jun. 2021.
- ARRUÑADA, Benito. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madri: Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, André Matos de Almeida; WYKROTA, Leonardo Martins. Considerações sobre a AED de Richard Posner – seus antagonismos e críticas. *Economic Analysis Of Law Review*. Brasília: UCB, 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8477/5682>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- HEINEN, Luana Renostro. *A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia clássica*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LIMA, Isabel Arruda Matheos de. O papel desempenhado pelas instituições na análise econômica do direito: considerações para a busca de eficiência na intervenção do Estado na Economia. Pernambuco, *Revista Acadêmica*, v. 83, 2011.
- LISBOA, Marcos de Barros. *Instituições de desenvolvimento econômico*. Disponível em:

- https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/3519829/mod_resource/content/0/MAR-COS%20LISBOA_INSTITUI%C3%87%C3%95ES%20E%20CRESCIMENTO%20ECON%C3%94MICO%20%281%29.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2020.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise econômica do direito (AED)*. Textos de Aulas de Graduação de Direito na Fundação Getúlio Vargas. (2013). Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Postner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2012, n. 1, p. 435-483. <http://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em Direito & Economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Virtual Gratuita (EVG), 2017 (ebook).
- SCHULZE, Clenio Jair. *Análise econômica do direito penal e do processo penal*. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html.

Acesso em: 17 jun. 2021.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Análise econômica do direito e das organizações*. Disponível em: edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5566613/mod_resource/content/1/Direito%20%20Economia%201.pdf.

Acesso em: 10 jun. 2021.

TRUBEK, David M. Toward a social theory of law: an essay on the study of law and development. *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, p. 1-50, 1972. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4000. Acesso em: 12 set. 2021.

VERA, Flávia Santinoni. A análise econômica da propriedade. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.