

Análise Econômica do Direito como instrumento na elaboração de leis comerciais

Comissão de Juristas – Senado Federal

Segunda, 05 de Agosto de 2013

Prof. Dr. Jairo Saddi

De onde vêm as duas disciplinas?

- Direito, entendido como o estudo das Leis, antecede em muito a disciplina moderna da Economia, que começou efetivamente com Adam Smith (1776)
- Desde sempre, normas e regras vêm sendo estabelecidas, essenciais para a vida em sociedade e para seu bom funcionamento (Código de Hamurabi, Talmud, Lex Papira, etc.)
- Contratos (e contratos que regem as trocas mercantis) bem como o seu cumprimento fazem parte da mitologia, das religiões e do imaginário de algumas sociedades
- As normas refletem os valores da época e as circunstâncias específicas de cada sociedade.
 - Algumas destas normas e leis são comuns a todas as sociedades através da história, sendo também consistentes com o que se conhece como Antropologia das Religiões (ou seja, pregado por todas as religiões (não matar, não roubar, etc.)

Cont.

- Leis do comércio (assim como regulamentações) evoluíram diferentemente de acordo com as circunstâncias das respectivas sociedades e, por sua vez, também influenciaram seu desenvolvimento (maior ou menor centralização, direito de propriedade mais forte ou mais fraco, títulos de crédito, monopólio regulamentado ou competição, e assim por diante).
- Cada vez mais, os economistas vêm reconhecendo o valor do arcabouço institucional e vêm tentando interpretar suas causas e conseqüências para o desenvolvimento das sociedades.
- Por sua vez, os juristas passaram a entender que o desenvolvimento econômico prescinde de corretos incentivos e que o sistema de preços é relevante em qualquer cultura onde há trocas comerciais.

Portanto...

- Embora a moderna teoria econômica date do final do Século XVIII para cá, o fator econômico sempre foi crucial na sobrevivência e desenvolvimento das sociedades.
 - Logo, é natural que tenha influenciado, em conjunto com a moral, os costumes e outros fatores de natureza política, o arcabouço normativo e legal que foi estabelecido ao longo do tempo.
- O conhecimento de economia permite analisar a evolução do Direito Comercial sob outra ótica, complementar à tradicional.
- Já a análise histórica de evolução do Direito Comercial enriquece o estudo de economia, que cada vez mais vem enfatizando fatores institucionais como indutores do crescimento.

Onde Existe Divergência?

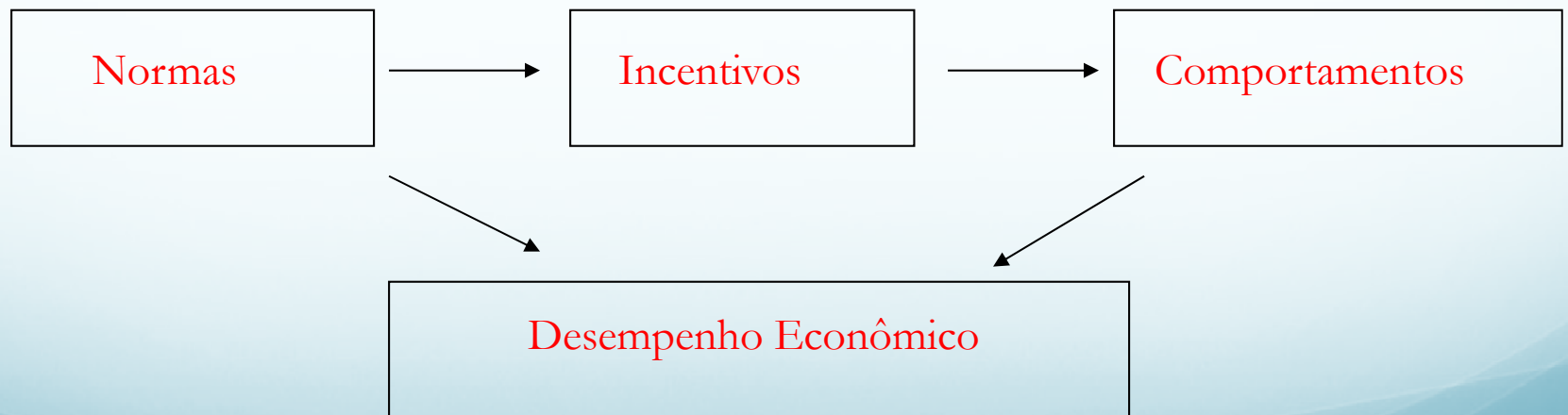
- Os princípios fundamentais de economia são:
 - Os agentes econômicos em geral são, no agregado, racionais e visam maximizar seu bem estar
 - Os recursos são finitos e, conseqüentemente, escassos
 - Em função disto, os agentes econômicos respondem a incentivos, positivos ou negativos e o funcionamento do mercado, embora imperfeito, tende, em geral, a alocar recursos de forma a maximizar o somatório do bem estar individual (diferente de maximizar o bem estar coletivo)
- Qualquer interferência no mercado traz custos (implementação, fiscalização, cumprimento, sanção) e modifica o sistema de incentivos aos agentes.
- Para os Juristas, o fundamento da justiça e da equidade deve ser a base de toda e qualquer democracia, independentemente do resultado alocativo.

Falsa Dicotomia

- Dizer que o Economista se preocupa com o sistema econômico e o Jurista com a aplicação da justiça é uma falsa dicotomia.
- O Economista tem de incorporar fatores de ordem cultural e institucional e o Jurista fatores econômicos em sua análise.
- Prescrições econômicas afrontando a ordem legal e institucional e medidas legais afrontando a lógica econômica são equívocos e não contribuem para a implantação de justiça social.
- É fundamental que as duas disciplinas se conversem mais, especialmente no Brasil, onde o ensino de ambas é inteiramente separado.
- O início do “pensar jurídica e economicamente” deve se dar no processo legislativo

O papel do Direito

- O Direito não é apenas um conjunto de leis ou de normas, mas é um complexo sistema de incentivos
 - Vale dizer, um sofisticado indutor de condutas que depende do ambiente institucional em que está inserido
- Cumpre um esquema circular:



Desejáveis

Indesejáveis

Condutas

A priori: Sistema Legal

Eficiente:

Previsível

Acessível

Ágil

Imparcial / Neutro

A priori: estímulo de condutas preventivas

A posteriori: exercício de mecanismos repressivos

Controles

Ex-ante: estímulos Promocionais / sanção

Ex-post: recompensas premiais / castigos

Ex-ante: promessa de sanção se torna ameaça

Ex-post: penalidades castigos arbitrários

O que é o mercado ?

- Antes de tudo, é uma instituição
- Estrutura onde agentes compram e vendem
- Não é personificado nem humanizado (mau-humor, ressaca, etc...)
- Não é imbatível nem perfeito
- Não é (inteiramente) racional
- Nem sempre funciona (Falhas de Mercado)
- Trata na essência, de expectativas (nem sempre racionais)

Função do Mercado

- Tornar o sistema econômico mais eficiente
- Ordenar a troca econômica
- Facilitar a circulação de riqueza a partir de uma prévia atribuição de direitos de propriedade
- Dar transparência a um sistema legal eficiente

Sistema Legal eficiente e Direito Comercial

- Facilita a realização de transações mais complexas e a atração de investimentos que dependem da proteção da lei para oferecerem uma relação risco x retorno atrativa para o investidor.
- Viabiliza contratos comerciais de mais longo prazo.
- Firmas com menor integração vertical e mais especializadas (vantagens da terceirização).
- Menores custos de transação em operações comerciais
- Menor exigência de garantias reais e pessoais.
- Maior investimento em pesquisa e desenvolvimento

Qualidade do marco legal

- Capacidade de orientar as condutas dos agentes dos mais variados setores econômico.
 - Clareza das normas
 - Adequação do modelo jurídico ao funcionamento do sistema econômico (monopólio natural etc.)
 - Efetividade do funcionamento do aparelho regulatório
 - Boa aplicação das normas
- Aplicação da AED ao processo legislativo:
 - Consequencialismo Econômico
 - Análise de Custo-Benefício
 - Indutor de Incentivos
 - Avaliação do impacto de políticas públicas
- Eficiência do Sistema Jurídico (instituto & instituições)

Justiça X Eficiência ?

“Um segundo significado para ‘justiça’, e o mais comum, eu argumentaria, é simplesmente eficiência. Quando descrevemos injusta uma condenação sem provas, uma tomada de propriedade sem justa compensação, ou quando se falha em responsabilizar um motorista descuidado em responder à vítima pelos danos causados por sua negligência, podemos interpretar simplesmente que a conduta ou prática em questão *desperdiçou recursos*.”

Richard Posner, 1954, *Introduction to the philosophy of Law*.

Obrigado !

jairo@saddi.com.br

Um exemplo: O Teorema de Coase

- Ronald Coase, economista, Prêmio Nobel (1991), professor emérito da Escola de Direito da Universidade de Chicago
- Teorema:
 - Na ausência de custos de transação, a posição que maximiza o valor agregado será sempre atingido, independentemente da imputação de responsabilidade para quaisquer das partes litigantes.
- Exemplo:
 - A cerca entre uma fazenda de gado e outra de milho está defeituosa e o gado da primeira pasta na do vizinho.
 - O valor do dano causado ao agricultor é de \$120, o benefício ao pecuarista é de \$100 e o custo de consertar a cerca é de \$40.
 - A cerca deveria ser consertada?
 - Ela seria consertada caso o Judiciário obrigasse o pecuarista a fazê-lo ou reembolsar o agricultor?

Solução

- Melhor solução econômica:
 - Perda para o agricultor: \$120
 - Ganho para o pecuarista: \$100
 - Perda agregada líquida: \$20
 - Custo de consertar a cerca: \$40
 - Como consertar a cerca usa mais recursos da sociedade do que os empregados no “status quo”, a melhor solução é não consertá-la.
- Imputação de responsabilidade ao pecuarista:
 - Custo no “status quo”:\$120 (reembolso ao agricultor) - \$100 (ganho pela pastagem) = \$20
 - Custo de consertar a cerca: \$40
 - Como o custo de consertar a cerca excede a perda líquida pecuarista, ele também optará por não consertá-la.

Problema:

- Na prática existem custos de transação. Mas há também custos da intervenção. Dependendo das circunstâncias pode ser melhor intervir ou não.
- As partes podem tentar extrair da Justiça compensações muito superiores às reais perdas econômicas.
 - Suponha que uma Corte simpática ao agricultor ordene que o pecuarista pague uma indenização superior a \$140 ou conserte a cerca.
 - Neste caso a cerca seria consertada, havendo perda de recursos para a sociedade. (Mesmo neste caso haveria a possibilidade do pecuarista oferecer até \$140 ao agricultor para manter o “satus quo”, dando-lhe um ganho de \$20 face à alternativa de consertar a cerca).
- A possibilidade de intervenção externa nos contratos e relações altera o comportamento das partes, que passam a ter o incentivo de “capturar” o órgão regulador.