
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

AUTOR: ANTÔNIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO
COLABORADOR: GUILHERME MELLO GRAÇA

Sumário

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

APRESENTAÇÃO DO CURSO	3
AULA 1 — APRESENTAÇÃO DA DISCIPLINA.....	9
AULA 2 — A TEORIA MICROECONÔMICA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	10
AULA 3 — FALHAS DE MERCADO	21
AULA 4 — ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE	39
AULA 5 — ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E TEORIA DOS JOGOS	48
AULA 6 — EXERCÍCIOS E CASOS GERADORES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	51
AULA 07 — ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS E FÓRMULA DE HAND	61
AULA 08 — ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE HAND, BILATERALIDADE DO DANO E CUSTO SOCIAL	67
AULA 09 — ANÁLISE DA EFICIÊNCIA DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	76
AULA 10 — ECONOMIA COMPORTAMENTAL E CONTRATOS DE ADESÃO	85



APRESENTAÇÃO DO CURSO

OBJETIVOS DO CURSO

Este curso é composto por aulas de *Law and Economics* — Análise Econômica do Direito (AED) e aplica o instrumental microeconômico na análise do direito, em especial nas instituições do direito de propriedade, contratos e responsabilidade civil, assim como, nas políticas a elas diretamente relacionadas.

Procura-se ao mesmo tempo alertar os alunos para as recentes investigações nas várias áreas da AED, bem como encorajar aplicações à realidade brasileira. O professor também encoraja que os alunos tragam exemplos de sua realidade, os quais podem ser visualizados sobre a ótica da AED e façam pesquisas jurisprudenciais que demonstrem o âmbito de aplicação do instituto no Direito Brasileiro.

PROGRAMA DO CURSO

Aula 1 — Apresentação da Disciplina

Aula 2 — A Teoria Microeconômica e a Análise Econômica do Direito

2.1. Noções Introdutórias

2.1.1. Eficiência e Bem-Estar Social

2.1.2 Maximização da Riqueza vs. Maximização da Utilidade

2.2. O percurso metodológico da AED no Brasil

2.3. Questões propostas

2.4. Referências

Aula 3 — Falhas de Mercado

3.1. Noções básicas:

3.1.1. Mercados de concorrência perfeita

3.1.2. Mercados Eficientes e Falhas de Mercado — 1º Teorema do Bem-Estar

3.1.3. Falhas de Mercado

3.1.4. Competição Imperfeita

3.1.5. Externalidades

a) Externalidades Negativas

b) Externalidades Positivas

3.1.6. Bens Públicos



3.1.7. Monopólio Natural

3.1.8. Assimetria de Informações

a) Agente-Principal

b) Risco Moral e Seleção Adversa

3.1.9. Falhas de Governo

3.2. *Questões Propostas*

3.3. *Referências*

Aula 4 — Análise Econômica da Propriedade

4.1. *Introdução*

4.2. *Teorema de Coase*

4.3. *Os custos de transação, Teorema Normativo de Coase e teorema Normativo de Hobbes*

4.4. *Proteção dos direitos de propriedade*

4.5. *Questões Propostas*

Aula 5 — Análise Econômica do Contrato e Teoria dos Jogos

5.1. *Noções Básicas*

5.1.1. Comportamento estratégico

5.1.2. Teoria dos jogos

5.1.3. Dilema dos prisioneiros

5.2. *Questões Propostas*

5.3. *Referências*

Aula 6 — Exercícios e Casos Geradores da Análise Econômica do Direito

6.1. *Casos Geradores*

6.1.1. *Caso 1*

Questões Propostas

6.1.2. *Caso 2*

Questões Propostas

6.1.3. *Caso 3*

Questões Propostas

6.1.4. *Caso 4*

Questões Propostas

6.1.5. *Caso 5*

6.1.6. *Caso 6*

6.1.7. *Caso 7*

Questões Propostas



Aula 7 — Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Conceitos introdutórios e Fórmula de Hand

- 7.1. *Noções básicas*
- 7.2. *Fórmula de Learned Hand*
- 7.3. *Exercícios Propostos*

Aula 8 — Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Aplicação da Fórmula de Hand, Bilateralidade do Dano e Custo Social.

- 8.1. *Exemplos do emprego da fórmula de Hand em diferentes Ordenamentos Jurídicos*
 - 8.1.1. Cortes Americanas
 - a) *Hendricks v. Peabody Coal Co.* (1969)
 - b) *Dobson v. Louisiana Power & Light Co.* (1990)
 - 8.1.2. Tribunais Ingleses
 - a) *Bolton v. Stone* (1951)
 - b) *Harley v. London Electricity Board* (1964)
 - 8.1.3. Cortes Alemãs
 - a) *Caso Black Ice* (1994)
 - 8.1.4. Tribunais Brasileiros
 - a) *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*
 - b) *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*
- 8.2. *Bilateralidade do dano: Conduta da vítima*
- 8.3. *Modelo Geral: Fórmula do Custo Social*
- 8.4. *Exercícios Propostos*

Aula 9 — Análise da eficiência das regras de Responsabilidade Civil

- 9.1. *Teoria dos Jogos*
 - 9.1.1. 1º Cenário: ausência de responsabilidade civil
 - 9.1.2. 2º Cenário: responsabilidade civil ilimitada
 - 9.1.3. 3º Cenário: responsabilidade civil subjetiva
 - 9.1.4. 4º Cenário: responsabilidade civil objetiva
- 9.2. *Responsabilidade Objetiva X Responsabilidade Subjetiva*
- 9.3. *Distribuição*
- 9.4. *Assimetria de informações e Custos Administrativos*
- 9.5. *Nível de atividade*
- 9.6. *Questões Propostas*
- 9.7. *Referências*



Aula 10 — Economia Comportamental e Contratos de Adesão

10.1. Aspectos Introdutórios

10.2. AED e Economia Comportamental

10.3. Racionalidade e Economia Comportamental

10.3.1. Custos Irrecuperáveis

10.3.2. Dissonância cognitiva

10.3.3. Viés Confirmatório

10.4. Questões Propostas

BIBLIOGRAFIA

Bibliografia obrigatória

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Introdução ao Direito Civil Teoria Geral de Direito Civil*. Editora Forense. 23

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito — texto e casos geradores*. Apostila.

Timm. Luciano Benetti. *Direito & Economia no Brasil*. Editora Atlas.

Bibliografia complementar

CALABRESI, Guido & MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of Cathedral. 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972). In: DAU— DOBBS, Dan B. 2000. *The Law of Torts*. St. Paul, Minn: West Group.

DONOHUE, John D, III. 1989. The Law and Economics of Tort Law: The Profound Revolution. (Review of *The Economic Structure of Tort Law*, by William M. Landes and Richard A. Posner, and *Economic Analysis of Accident Law*, by Steven Shavell.) *Harvard Law Review* 102:1047-73.

EISENBERG, Theodore, et al. 1997. “The Predictability of Punitive Damages”. *Journal of Legal Studies* 26:623-61.



EMONS, Winand. 1990. “Efficient Liability Rules for an Economy with Non-identical Individuals”. *Journal of Public Economics* 42:89-104.

JOLLS, Christine, Cass R. Sunstein, and Richard Thaler. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50:1471-1550.

PORTO, Antônio José Maristrello. O Direito e a Economia do Cadastro Positivo. *Conjuntura Econômica* (Rio de Janeiro), v. 63, p. 77-80, 2009.

_____. The Legal and Financial System Link: A Case Study from Brazil. *Journal of Legal Technology Risk Management*, v. 4, p. 40-55, 2009.

_____. O Direito e a Economia do Cadastro Positivo. *Revista Direito Empresarial* (Curitiba), v. 14, p. 35-48, 2010.

_____. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1ed.São Paulo: Atlas, 2012, v., p. 180-200

_____. Fusão e Aquisição: Conceitos Centrais. In: PORTO, Antônio José Maristrello. CAVALLI, Cássio. (Org.). *Fusões, Aquisições e Regulação Financeiro: um Tema em Debate*. 1ed.Rio de Janeiro: FGV, 2011, v. 1, p. 13-2

_____. Especulações, Apostas Irresponsáveis e a Crise Financeira de 2008. In: Antônio José maristrello Porto; Antônio Carlos Porto Gonçalves; Patrícia Pinheiro Sampaio. (Org.). *Regulação Financeira para Advogados*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora LTDA, 2011, v. 1, p. 30-39

PORTO, Antônio José Maristrello ; NOGUEIRA, R.. Política Industrial: Não há filé Grátis. In: Joaquim Falcão. (Org.). *Cadernos Direito Rio 2011 — Laboratório de Experiências Didáticas*. Rio de Janeiro: FGV, 2011, v., p. —

PORTO, Antônio José Maristrello & OLIVEIRA, F. L.. O consumidor brasileiro e o crédito — os prós e contras do cadastro positivo. In: Ricardo Morishita Wada, Fabiana Luci de Oliveira. (Org.). *Direito do Consumidor. Os 22 anos de vigência do CDC*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012, v., p. 67-86

PORTO, Antônio José Maristrello & RIBEIRO, Gustavo. Política Industrial: Oportunidade para Inovar com Responsabilidade. *Conjuntura Econômica* (Rio de Janeiro), v. 64, p. 52-54, 2010.



PORTO, Antônio José Maristrello & SAMPAIO, P. ; DUTRA, J. C.. Dificuldades na regulação dos transportes coletivos. *Conjuntura Econômica* (Rio de Janeiro), v. 66, p. 46-49, 2012.

PORTO, Antônio José Maristrello & THEVENARD, Lucas. Economia Comportamental e Contratos de Adesão. *Revista Direito Empresarial* (Curitiba), v. 1, p. 51-76, 2012.

_____. Pagamento Mínimo da Fatura do Cartão de Crédito: Informar ou Proibir?. *Conjuntura Econômica* (Rio de Janeiro), v. 65, p. 60-65, 2011.

_____. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, p. 192-209, 2010.

_____. Lições de Análise Econômica do Direito para a Teoria Jurídica da Responsabilidade Civil Extracontratual. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 20, p. 309-338, 2010.

POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Parte I. Cap. I. New York: Aspen Publishers, 2007.

SCHMIDT, Kenneth & ULEN, Thomas. *Law And Economics Anthology*. 2. ed. Cap. 3. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co, 2002.

SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9694.pdf>



AULA 1 — APRESENTAÇÃO DA DISCIPLINA

A aula tem dois objetivos. O primeiro é fazer com que o aluno tenha contato inicial com a disciplina, ao conhecer alguns dos temas que serão abordados ao longo do semestre. Isso será feito, principalmente, por meio de exemplos trazidos pelo professor em sala de aula, os quais têm a função de despertar no aluno o interesse pela Análise Econômica do Direito. Ao mesmo tempo, o professor encoraja que os alunos façam pesquisas jurisprudenciais para avaliar a aplicação da AED no âmbito dos Tribunais brasileiros, apesar desse assunto ser mais recorrente nos EUA, país que apresenta a matriz do *Common Law*.

O segundo objetivo consiste em algumas regras práticas que devem ser seguidas para o bom aproveitamento do curso. Relativamente à sala de aula, os alunos devem evitar as entradas e saídas de sala, o uso de celular e a conversa. O método pedagógico a ser utilizado é o socrático, em que o professor, além de esclarecer dúvidas, irá ajudar os alunos a buscar soluções para problemas, necessitando, para isso, da ativa participação do aluno em aula.

Haverá atendimento aos alunos nos dias programados e, fora desses dias, poderá ser feito agendamento. O professor fará chamada no início, no meio ou no final das aulas, não havendo abono de faltas.

A nota será constituída de um seminário, da P1 e da P2. Além disso, pode haver uma prova surpresa e, ao longo das aulas, o professor poderá propor tarefas e questionamentos que, caso executadas e respondidos satisfatoriamente, poderão ensejar acréscimos na nota individual dos alunos.

Por fim, o professor sugere aos alunos que tomem conhecimento e busquem interagir-se acerca das atividades do Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE). O CPDE foi criado em 2009, é um centro de estudos da Fundação Getúlio Vargas que tem por objetivo realizar pesquisas interdisciplinares nas áreas de interseção entre o Direito e a Economia, promovendo análises e discussões sobre os efeitos esperados de normas e decisões jurídicas sobre o comportamento dos agentes econômicos e o desenvolvimento socioeconômico do País.

ATIVIDADE SUGERIDA: O aluno deverá trazer para aula exemplos e decisões judiciais de Tribunais Brasileiros que possam, eventualmente, ilustrar a interação entre Direito e Economia.



AULA 2 — A TEORIA MICROECONÔMICA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

PALAVRAS-CHAVE

História da AED — consequencialismo — utilitarismo — igualdade distributiva — eficiência — eficiência de Kaldor-Hicks — eficiência de Pareto

OBJETIVOS

O objetivo da presente aula é introduzir o aluno no estudo da Análise Econômica do Direito, por meio da compreensão de seu surgimento, de sua definição e da aplicação de alguns conceitos básicos da teoria microeconômica em institutos jurídicos.

Ao final desta aula, pretende-se que o estudante saiba o contexto histórico em que se desenvolveu a disciplina e tenha clareza acerca da definição da AED. Além disso, o aluno estará capacitado a compreender a ideia de consequencialismo na AED, assim como a diferença entre a perspectiva utilitarista e rawlsiana.

Além da conceituação de eficiência, o aluno estará apto a distinguir os critérios de eficiência de Kaldor-Hicks e de Pareto. O aluno também perceberá a relação do Teorema de Coase com a teoria econômica da propriedade. Por fim, entenderá o chamado primeiro teorema do bem-estar.

2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A AED é uma disciplina que estuda o Direito e suas instituições, tendo como base a racionalidade individual. A AED pode ser definida como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais.

Muito se discute acerca do debate polarizado entre Direito e Economia, que aparentemente possuem propósitos distintos, já que a doutrina jurídica se ocuparia, prioritariamente, de temas relacionados à justiça, ao passo que a economia teria caráter positivo, com a busca de eficiência atribuída aos agentes econômicos. George Stigler sintetiza bem essa dicotomia:

“Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como

elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas”¹.

No mundo globalizado, contudo, não se pode pensar mais nessa clivagem de conteúdo epistemológico entre direito e economia. O direito já se pretendeu como uma disciplina totalizante, a qual teria a capacidade de prescrever todos os comportamentos sociais, e teria efeito direto em outras esferas de conhecimento. Tércio Sampaio acredita que os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática, embora não seja possível deduzir regras de decisão, é possível encará-los como instrumentos utilizáveis para a obtenção de uma decisão².

A AED explicitamente considera as instituições legais não como exógenas ao sistema econômico, mas como variáveis pertencentes a ele e analisa os efeitos de mudanças em uma ou mais destas variáveis sobre elementos do sistema. Essa aproximação é pleiteada não apenas para regras legais com óbvias conexões com a realidade econômica, como Direito da Concorrência, Regulação Industrial, Direito do Trabalho e Direito Tributário, mas também para todas as áreas do Direito, em particular o Direito de Propriedade, Contratos, Responsabilidade Civil e Penal.

A AED toma emprestado conceitos e métodos da economia e com isso herda as controvérsias com as quais a economia se envolve. Como exemplo dessas divergências, pode-se citar o modelo neoclássico que, embora tenha reinado supremo e inquestionável por muito tempo, é atualmente questionado em suas bases teóricas por muitos economistas.

Até 1960, AED era sinônimo de análise econômica do Direito da Concorrência, “*Anti-trust Law*”, havendo algum trabalho pioneiro e exploratório no domínio da regulação de mercados e intervenção do Estado. Esta área de investigação continua hoje muito popular e intimamente associada à Economia Industrial. No entanto, o termo “*Law and Economics*”, após os artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi em 1960, alicerçou o seu domínio nas áreas de propriedade, contratos, responsabilidade (danos), criminal, processual, família e constitucional. A disciplina ganha rigor metodológico, sobretudo, por meio dos trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, notadamente em Chicago, Yale e Berkeley, cujos expoentes como Richard Posner, Henry Manne, Gary Becker (os já citados autores também) dentre outros, contribuíram para o desenvolvimento da disciplina.

Neste contexto, a AED procura dar respostas a duas perguntas:

- a) Como o comportamento dos indivíduos e das instituições é afetado pelas normas legais?
- b) Em termos de medidas de bem-estar social definidas de forma rigorosa, quais são as melhores normas e como se podem comparar diferentes normas legais?

¹ STIGLER, George. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2.

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

A AED tem sido alvo de considerável antagonismo por parte de muitos juristas. O jurista norte-americano Morton Horwitz escreveu, em 1980, na *Hofstra Law Review*, a seguinte observação: “*I have the strong feeling that the economic analysis of law has peaked out as the latest fad in legal scholarship.*” Nove anos mais tarde, outro famoso jurista, Owen Fiss, escrevia na *Cornell Law Review* este comentário: “[...] *Law and economics [...] seems to have peaked.*” Contrariando estas sombrias previsões, a AED desenvolveu-se de forma rápida, tornando-se uma disciplina por mérito próprio.

Segundo Richard Posner, “*Economic analysis of law has outlasted legal realism, legal process, and every other field of the legal scholarship. It is probably the major breakthrough of the last two hundred years in legal scholarship.*” Posner, por ser ter formação de economista e atuar como juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos Estados Unidos, certamente possui influência na capacidade de aplicar os conceitos de AED ao julgar determinado litígio, conforme é colocado muito bem pelo autor na obra “Para além do Direito”³.

A Análise Econômica do Direito tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado).

A AED é a aplicação de uma perspectiva de “eficiência” às normas legais. A suposição que permeia é que a jurisprudência deveria avaliar as normas e os preceitos legais de acordo com um critério que determinasse se eles facilitam ou atrapalham o uso eficiente dos recursos. Quando avaliamos as normas e os preceitos legais de acordo com o grau que eles facilitam o uso de recursos escassos, estamos avaliando consequências que terão efeitos sobre toda sociedade. Nesse sentido, a AED pertence ao que é conhecido como ética consequencialista⁴.

Evidentemente que há limitações a este modelo. O modelo do agente racional interpreta tendências importantes do comportamento do ser humano médio, mas não explica e nem quer explicar desvios cognitivos ou psicológicos daqueles que estão fora da média. Em alguns casos, estes desvios psicológicos da tendência majoritária podem ser bastante importantes quer em termos da aplicação do Direito, quer na análise normativa. Por exemplo, a incapacidade que muitos grupos sociais têm em estimar ou mesmo entender a noção de risco pode ter um peso importante na forma de regular o mercado

³ POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economics analysis of Civil Law*.

de seguros ou de impor determinadas regras de responsabilidade civil. Nos últimos anos surgiu a Escola Comportamental dentro da AED (*Behavioral Law and Economics*) que procura avaliar até que ponto certos desvios cognitivos podem ter importância na análise positiva e normativa.

A avaliação custo/benefício faz-se num determinado contexto de preferências que se traduz num nível de bem-estar dos agentes. O bem-estar individual é medido pela utilidade que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade). O conceito econômico de utilidade é bastante abrangente, refletindo não só bens materiais ou de consumo, mas também o grau de altruísmo que um indivíduo tem para com terceiros, incluindo bens não materiais (ou não mercantis) como a alegria, o amor ou a desilusão. Não há uma medida exata da utilidade individual, mas sim um conjunto axiomático que estabelece uma ordem ou hierarquização nas escolhas.

O bem-estar social mede-se pela agregação do bem-estar dos indivíduos. Também aqui não há uma medida única de agregação, sendo o utilitarismo (a soma simples e não ponderada da utilidade individual) apenas uma possibilidade, talvez a mais habitual e não menos isenta de polémica. Outra medida possível de bem-estar social é aquela desenvolvida por John Rawls e que consiste na preponderância absoluta dos indivíduos com menor utilidade na função de bem-estar social.

A escolha da medida de bem-estar social obedece essencialmente a dois critérios: eficiência e desigualdade de utilidades. Geralmente não é possível obter mais eficiência sem aumentar a assimetria distributiva. O critério utilitarista prefere a eficiência à igualdade distributiva (a rigor, é neutro em relação à distribuição); a sociedade está melhor se em agregado tem um nível superior de utilidade. O critério rawlsiano prefere a igualdade distributiva.

É importante assinalar que John Rawls foi um importante jurista americano, preocupado com questões distributivas e com a plataforma de consecução dos direitos humanos⁵. Para ilustrar seu pensamento, o jurista possui uma visão interpretativa sobre a consecução dos direitos humanos e de efetivação dos princípios de justiça, encerrados prioritariamente em um espaço democrático. Os dois princípios são: a) todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido; e b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

A perspectiva Econômica vê o Direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar

⁵ John Rawls escreveu algumas obras jusfilosóficas emblemáticas, a exemplo de: *Uma Teoria da Justiça* (1971), *Liberalismo Político* (1993), *O Direito dos Povos* (1999), *História da Filosofia Moral* (2000) e *Justiça como Equidade: uma reformulação* (2001).



social. Contudo, o Direito não deve ser usado para corrigir aspectos de distribuição ou desigualdade social. A razão é muito simples: existem outros mecanismos, como a política fiscal ou orçamentária, que podem corrigir esses aspectos com um menor custo social. Direito, na perspectiva da AED, procura trabalhar com o conceito de eficiência, conforme se pretende demonstrar ao longo desse curso.

De alguma forma, as noções de justo castigo ou justa indenização estão normalmente ausentes quando falamos de eficiência. Contudo, estas noções são bastante relevantes na análise dos problemas legais, pois muitas vezes se recorrem a elas para justificar as normas jurídicas.

O problema mais importante concernente à noção de justiça em termos de Análise Econômica do Direito é a sua imprecisão quando comparada com a noção de eficiência. Esta difusão de critérios pode significar que não há uma ideia consensual de justiça na sociedade. Uma vez que a perspectiva econômica procura o bem-estar agregado, a inclusão de uma noção de justiça nem sempre é fácil.

Evidentemente que a noção de justiça é relevante para os dois níveis no modelo econômico. Primeiramente, ao nível agregado, porque o bem-estar da sociedade vê-se afetado pelos sentimentos de justiça. Em segundo lugar, porque a noção de justiça afeta o comportamento individual por meio de normas sociais ou de normas psicológicas.

Estas normas, por sua vez, alteram a análise custo-benefício e consequentemente as decisões dos indivíduos. Ignorar estas alterações significa que a política proposta não é eficiente. A relação entre justiça, sentimentos e o comportamento individual tem sido estudada no contexto da escola comportamental (*Behavioral Law and Economics*).

Por fim, não podemos ignorar que muitas noções de justiça e moral concorrem para promover a eficiência e o bem-estar social. Por exemplo, o princípio moral de que não se deve mentir ou enganar, não só promove relações sociais cooperativas como diminui a necessidade de uma estrutura coerciva que consome recursos da sociedade. Existem, porém, noções de justiça e moralidade que não são eficientes.

Já foi dito aqui que a perspectiva Econômica vê o Direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social. No longo prazo, podemos mesmo dizer que o Direito tende a ser eficiente.

No entanto, esta teoria é bastante polêmica dada a diversidade de sistemas jurídicos que existem no mundo. Evidentemente que não há apenas um sistema eficiente, isto é, pode haver muitas soluções eficientes para o mesmo problema pelo que sistemas muito diversos podem ser igualmente eficientes. Contudo, existem na realidade muitas normas jurídicas e aspectos institucio-



nais que não têm um conteúdo facilmente explicável pela perspectiva econômica. E existem muitos aspectos do ordenamento jurídico que são claramente ineficientes. Até que ponto a evolução histórica do Direito corresponde realmente a um processo de melhoria do bem-estar social (será o Direito causa ou consequência das melhorias sociais?) é uma questão empírica para a qual ainda não há uma resposta.

2.1.1. Eficiência e Bem-Estar Social

Na linguagem comum, o termo eficiência é comumente associado ao dinamismo da iniciativa privada, ao empreendedorismo do mundo dos negócios, e essencialmente à idéia de riqueza. No entanto, em uma acepção mais geral, o termo eficiência refere-se apenas à otimização de alguma medida de valor. Face à realidade da escassez de recursos, podemos, por exemplo, ser levados a preferir as opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade. Podemos eleger um valor, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente, e, por considerá-lo importante, buscar opções que tenham como resultado a maximização deste valor. Neste sentido, o termo eficiência designa apenas uma regra de maximização.

Neste curso, nos referiremos constantemente à idéia de eficiência. Afirmaremos que determinadas normas jurídicas podem gerar resultados ineficientes, e outras resultados eficientes, e usaremos a eficiência como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é desejável ou não. Assim sendo, precisamos, em primeiro lugar, definir de forma rigorosa o termo eficiência.

Afirmamos anteriormente que dizer que uma determinada escolha é eficiente é o mesmo que dizer que maximiza alguma medida de valor. Na análise econômica, a medida de valor usualmente utilizada é o que chamamos de “fórmula do bem-estar social”. A fórmula do bem-estar social é uma medida de agregação do nível de utilidade aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social. Passemos à explicação pormenorizada do que isto significa.

A economia presume que todo indivíduo racional possui preferências em relação a quaisquer estados de coisas; ou seja, associa um “nível de satisfação”, que aqui chamaremos de nível de utilidade, a diferentes situações reais. Por exemplo, João pode preferir comer peixe no almoço a comer carne, e, portanto, ficar mais satisfeito quando almoça peixe com mais frequência. Dizemos que João associa ao estado do mundo “comer peixe” um nível de utilidade superior ao associado ao estado do mundo “comer carne”.

A fórmula do bem-estar social é uma medida de agregação dos níveis de utilidade de todos os indivíduos de uma sociedade. A forma de agregação

mais comumente utilizada é o somatório simples. Ou seja, somamos os níveis de utilidade de cada um dos membros da sociedade sob análise.

Consideremos uma sociedade hipotética formada por três indivíduos: João, Pedro e Maria. Se adotarmos como forma de agregação o somatório simples, a fórmula do bem-estar social neste caso seria dada pela soma dos níveis de utilidade de cada um dos três membros desta sociedade, ou seja, na seguinte fórmula:

$$\text{Bem-Estar Social} = \text{Utilidade de João} + \text{Utilidade de Pedro} + \text{Utilidade de Maria}$$

Desta forma, afirmar que o conceito de eficiência está associado à maximização da fórmula do bem-estar social, é afirmar que será considerada eficiente toda medida que tiver como consequência a maior satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade. Esta medida de valor é a base da filosofia utilitarista. Veremos adiante alguns dos desafios enfrentados pela teoria.

2.1.2 Maximização da Riqueza vs. Maximização da Utilidade

A fórmula do bem-estar social é definida a partir da idéia de utilidade, uma medida da satisfação pessoal dos indivíduos da sociedade. No entanto, não existe medida objetiva da utilidade. Na prática, não podemos aferir objetivamente o nível de satisfação de um determinado agente. Por causa deste problema de medição, precisamos de uma escala de valor alternativa. A escala usualmente utilizada é o dinheiro.

A substituição do nível de utilidade pelo nível de riqueza tem algumas implicações para a teoria. A principal decorre do fato de que as pessoas podem associar utilidade à própria escala de valor, ou seja, podem ter preferências distintas em relação ao dinheiro. Alguém que possui um orçamento reduzido pode atribuir mais valor a uma pequena quantidade de dinheiro do que uma pessoa com renda elevada atribuiria.

Esta idéia é importante porque ela é o fator de distinção determinante quando analisamos os dois critérios de eficiência estabelecidos pela economia clássica: a eficiência de Kaldor-Hicks e a eficiência de Pareto.

O critério da eficiência de Kaldor-Hicks estabelece o parâmetro do somatório simples dos níveis de utilidades dos indivíduos da sociedade, como havíamos visto com a fórmula do bem-estar social. Voltemos ao exemplo de uma sociedade com três indivíduos: João, Pedro e Maria. Numa situação inicial, João possui R\$100.000,00, Pedro possui R\$50.000,00, e Maria possui R\$40.000,00. Como consequência de determinada medida política “X”, João passará a possuir R\$150.000,00, Pedro R\$50.000,00, e Maria



R\$20.000,00. Se adotarmos o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a medida deverá ser considerada eficiente, uma vez que aumenta o resultado da fórmula de bem-estar social.

Basta verificar que no cenário inicial o bem-estar era de R\$190.000,00 (R\$100.000,00 + R\$50.000,00 + R\$40.000,00). Após a adoção da medida “X”, o bem-estar passa a ser de R\$220.000,00 (R\$150.000,00 + R\$50.000,00 + R\$20.000,00).

A medida não pode, entretanto, ser considerada eficiente pelo critério de Pareto. O critério de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de ninguém. Após a adoção da medida “X”, Maria deixa de possuir R\$40.000,00, e passa a possuir apenas R\$20.000,00. Como a medida prejudicou Maria, não pode ser considerada eficiente pelo critério de Pareto.

É fácil perceber que o critério de eficiência de Pareto é mais restritivo que o critério de Kaldor-Hicks. Na realidade, nem sempre é possível encontrar medidas que melhorem a situação de parte da sociedade sem prejudicar ninguém, nem sempre é possível encontrar melhorias de Pareto. Então, porque adotar um critério tão restritivo?

O critério de Pareto leva em consideração a diferença entre maximização de utilidade e maximização da riqueza. Como vimos, pessoas podem atribuir utilidade distinta a uma mesma quantidade de riqueza. Maria, que, em nosso exemplo, possui uma renda menor que a de João, pode atribuir mais utilidade aos R\$20.000,00 que perdeu do que João aos R\$50.000,00 que ganhou. Desta forma, o critério de eficiência de Pareto, apesar de mais restritivo, garante que o aumento de bem-estar se dê também em termos de utilidade.

2.2. O PERCURSO METODOLÓGICO DA AED NO BRASIL

Mesmo com o crescimento dos estudos de AED pelo mundo, no Brasil, a expansão da temática pelos centros de pesquisas jurídicas caminhou, e tem caminhado, timidamente. As primeiras contribuições brasileiras sobre a temática ocorreram menos pelo viés institucional e mais pela incorporação do campo de AED em trabalhos individuais de acadêmicos e profissionais que, ao tomar contato com o tema, passaram a explorar a perspectiva da interseção entre direito e economia nas suas pesquisas.

Nota-se a falta de contato com o tema no Brasil desde os planos curriculares dos cursos de graduação em Direito. Mesmo que a resolução do MEC CNE/CES nº 9/2004 (que versa sobre as diretrizes curriculares nacionais) determine como eixo de formação fundamental do bacharel em Direito o estudo — dentre outras áreas — da Economia⁶, atualmente, as cadeiras exis-

⁶ Resolução CNE/CES nº 9/04. Art.5º, I: “Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia”. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf

tentes nos cursos de graduação, relativas ao tema, pouco representam o diálogo contemporâneo proposto pela AED. Ainda que existam esforços no sentido contrário, diversos profissionais, cotidianamente formados, desconhecem a amplitude das implicações teóricas e práticas da Economia dentro do campo jurídico.

No âmbito da pós-graduação, a falta de contato com a disciplina já não se opera com a mesma gravidade. Percebe-se, a partir da década de 1990, o surgimento de cursos de mestrado e/ou doutorado com linhas de pesquisa que, de alguma forma, tratam da questão (a exemplo da Faculdade Milton Campos, UFPB, PUC-PR, UFMG). Contudo, por muito tempo, a confusão entre Direito Econômico e Análise Econômica do Direito dificultou a clara percepção das linhas distintas de análise que cada disciplina se propõe a seguir.

Já a partir dos anos 2000, houve um crescimento significativo de novos cursos de pós-graduação que contemplam a discussão de AED, além da pesquisa de temas correlatos. Possivelmente, a formação de novos profissionais na década anterior — não mais exclusivamente no exterior — corroborou para a ampliação de pesquisadores capacitados para dar continuidade e fôlego ao debate. Inclusive, surge, em 2007, a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE)⁷, como resultado dos debates mantidos — em grande medida — pelo Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS)⁸, oficializado em carta de princípios, desde 2006.

Na esteira desse crescimento, outras associações surgem ao longo dos anos — como a Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE)⁹, a Associação de Direito e Economia do Paraná (ADEPAR)¹⁰ e Associação Nordestina em Direito e Economia (ANDE)¹¹ — além de, em 2007, o Brasil ter sediado, pela primeira vez, a conferência internacional da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE)¹². Em 2011, o próprio STF sediou evento denominado “Direito, Economia e Desenvolvimento”¹³, organizado pelo ministro Ricardo Lewandowski, para discutir a interseção entre Direito e Economia, com a participação de advogados, jornalistas, economistas e pesquisadores em geral. Esses e outros casos indicam o desenvolvimento positivo da disciplina ao longo da primeira década do século XXI.

Apesar das diversas iniciativas desenvolvidas, especialmente no decorrer desta década, o crescimento dos estudos de AED ainda não representa parcela expressiva dos centros de pesquisa espalhados pelo país. Segundo a relação geral dos cursos recomendados e reconhecidos pela Capes, há, atualmente, 82 programas e cursos de pós-graduação em Direito¹⁴. Destes 82 programas, há 24 programas que versam sobre questões envolvendo a relação entre Direito e Economia¹⁵. Contudo, há casos dentro deste total em que o tema é expresso mais em termos do Direito Econômico, do que em termos de AED. Por exemplo, alguns programas, dentro de suas linhas de pesquisa apenas tangenciam alguns pontos da correlação entre Economia e Direito, mas não

⁷ <http://www.abde.com.br>

⁸ <http://www.bloglawandeconomics.org/>

⁹ <http://www.amde.org.br/>

¹⁰ <http://adepar.wordpress.com/>

¹¹ Até a presente data, a Associação não dispõe de website.

¹² <http://www.alacde.org/>

¹³ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=187830>

¹⁴ Última atualização em 16/04/2013. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/cursos-recomendados>

¹⁵ Foram observados os programas de pós-graduação strictu sensu — Mestrado e Doutorado — das 82 universidades presentes na listagem da Capes.



evidenciam o uso do arcabouço teórico da AED em si. Há exemplos de instituições que não explicitam em suas diretrizes curriculares e em suas linhas de pesquisas a orientação para AED, contudo, há a produção de dissertações e teses que versam sobre o tema, como ocorre em alguns programas de pós-graduação. Há, também, outros casos em que o enfoque do estudo, novamente, não se opera expressamente a partir da orientação de AED, mas, em um passo adiante, já possuem disciplinas eletivas e/ou obrigatórias tratando exclusivamente sobre a questão. Por fim, há cursos formados completamente dentro do arcabouço teórico da AED.

2.3. QUESTÕES PROPOSTAS

A) Com base no texto acima, conceitue Análise Econômica do Direito e descreva o momento histórico de sua formação.

B) Explique, com suas palavras, a perspectiva consequencialista na AED, tendo em vista a análise custo-benefício.

C) Compare o critério utilitarista e o critério de John Rawls como medidas possíveis de bem-estar social.

D) Defina aquilo que em análise econômica chama-se “fórmula do bem-estar social”.

E) Faça uma distinção entre os critérios de eficiência de Kaldor-Hicks e de Pareto. Crie um exemplo numérico hipotético em que determinada política pública altere a situação financeira de um grupo de pessoas; avalie essa medida segundo esses dois critérios de eficiência; e estabeleça qual dos dois critérios é mais restritivo.

2.4. REFERÊNCIAS

Leitura Sugerida

CALABRESI, Guido & MELAMED, Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of Cathedral*. 85 Harvard Law Review 1089 (1972). In: DAUPOSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Parte I. Cap. I. New York: Aspen Publishers, 2007.

SALAMA, B. M. *O que é “Direito e Economia”?* In: L. B. Timm (Ed.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHMIDT, Kenneth & ULEN, Thomas. *Law And Economics Anthology*. 2. ed. Cap. 3. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co, 2002.



ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia — Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Referências

BARNES, David W. & STOUT, Lynn A. *Cases and Materials on Law and Economics*. St. Paul, Minnesota: West Publishing CO, 1992.

COASE, Ronald Coase. “O problema do custo social”. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 3. N. 1. Article 9. 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2007.

DAU-SCHMIDT, Kenneth G. & ULEN, Thomas S. *Law and Economics Anthology*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing CO, 1998.

KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 2002.

MICELI, Thomas F. *Economic of the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

NORTH, Douglas C. *Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. Ensaios & Artigos*. Elizabete Hart (trad.). Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/files/Bruno_Salama-O_que_e_pesquisa_em_DE.pdf>. Acesso em: 9 de abr. 2010.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.



AULA 3 — FALHAS DE MERCADO

PALAVRAS-CHAVE

Concorrência perfeita — Teorema do bem-estar — falhas de mercado — concorrência imperfeita — externalidades — bens públicos — monopólio natural — assimetria de informações — agente-principal — risco moral — seleção adversa — falhas de governo

OBJETIVOS

A presente aula tem o objetivo de retomar alguns conceitos essenciais da microeconomia, em vista de sua aplicação na Análise Econômica do Direito. Ao final desta aula, o aluno estará habilitado a compreender algumas estruturas essenciais de mercado, como os mercados de concorrência perfeita e os monopólios naturais.

Em relação às imperfeições de mercado, além do primeiro Teorema do Bem-Estar, o estudante compreenderá os conceitos de externalidades, de bens públicos, de assimetria de informações e de falhas de governo.

Em razão de sua importância para o Direito, o conceito de externalidade terá certo aprofundamento nesta aula, com sua distinção entre as externalidades positivas e negativas. Da mesma forma, o tema das assimetrias de informação, particularmente o caso do risco moral e da seleção adversa, deve ser destacado, devido às suas implicações para alguns institutos jurídicos.

3.1. NOÇÕES BÁSICAS:

3.1.1. Mercados de concorrência perfeita

Um mercado de concorrência perfeita é um modelo base para a teorização da microeconomia acerca dos diferentes tipos de mercado. No mercado competitivo, nenhuma empresa é capaz de alterar a cotação, em outros termos, o produtor é pequeno em relação ao mercado. Imaginemos o mercado de soja, que pode descrever uma situação de mercado competitivo, pois há um número considerável de produtores espalhados por diversas partes do mundo.

Para que um mercado seja considerado perfeitamente competitivo, ele deve conter as seguintes características. Neste mercado, os produtos devem ser substitutos perfeitos, pois o produto vendido por um fornecedor no mercado é idêntico ao vendido por qualquer outro ofertante. Além disso, tanto produtores quanto fornecedores são tomadores de preço (*price-takers*), uma



vez que, individualmente, não têm poder de mercado suficiente para influenciar o preço. Do mesmo modo, todos os recursos são perfeitamente móveis, ainda que haja algum tipo de gasto para isso. Ainda, as empresas entram e saem de forma livre nesse tipo de mercado. Por fim, o fluxo de informações é perfeito nesse tipo de mercado, ou seja, não apresenta falhas de informações¹⁶.

Em termos mais sintéticos, Mankiw apresenta o mercado competitivo como “um mercado com muitos compradores e vendedores negociando produtos idênticos, de modo que cada comprador e cada vendedor é um tomador de preço”¹⁷. No mercado competitivo, o preço é igual ao custo marginal ($P=C_{mg}$), e ao mesmo tempo o lucro tende a zero, sendo que os elementos diferenciadores das empresas nesse tipo de mercado são os incrementos tecnológicos e investimento em propaganda.

A classificação de um mercado real como perfeitamente competitivo é, com frequência, objeto de divergência entre os economistas. Porém, existe um certo consenso em se considerar, em termos gerais, o mercado agrícola como um exemplo típico desse tipo de mercado.

3.1.2. Mercados Eficientes e Falhas de Mercado — 1º Teorema do Bem-Estar

O livre mercado é eficiente? A teoria econômica, sobretudo, em sua vertente neoclássica parte, desde Adam Smith, da noção de que os mercados são formas eficientes de alocação de recursos. Esta resposta, no entanto, não é tão simples. Por exemplo, como vimos, existem algumas concepções diferentes a respeito do que é “eficiente”. As formulações dos economistas da escola neoclássica estão sujeitas a uma série de condições específicas, que em grande medida dependem da atuação do Estado e impõem papéis econômicos ao sistema jurídico. A seguir, apresentaremos brevemente os elementos estruturais do 1º Teorema do Bem-Estar, possivelmente o principal modelo teórico da economia neoclássica.

Em análises econômicas mais simples, os mercados são definidos como espaços de transações entre empresas, que ofertam bens ou serviços, e consumidores que adquirem os bens e os serviços ofertados. As empresas compõem o lado da oferta, e os consumidores, o lado da demanda. As interações de mercado, na realidade, podem adquirir níveis elevados de complexidade. Do lado da oferta, nos mercados atuais, temos em regra estruturas de produção altamente diversificadas e especializadas, que compõem as etapas de produção de determinado produto, além de haver a descentralização das plataformas de produção, espalhadas por diversas partes do mundo. Não entraremos profundamente, neste trabalho, na seara da chamada economia industrial, que estuda este tipo de interações.

Para fins do nosso estudo, os mercados são formados por oferta e demanda por bens e serviços. Na realidade, oferta e demanda são sempre iguais, na medida em que se tratam dos dois lados de um mesmo conjunto de transa-

¹⁶ SEIDENFELD, Mark. *Microeconomics Predictates to Law and Economics*. Ohio: Anderson Publishing Co, 1996, p. 35.

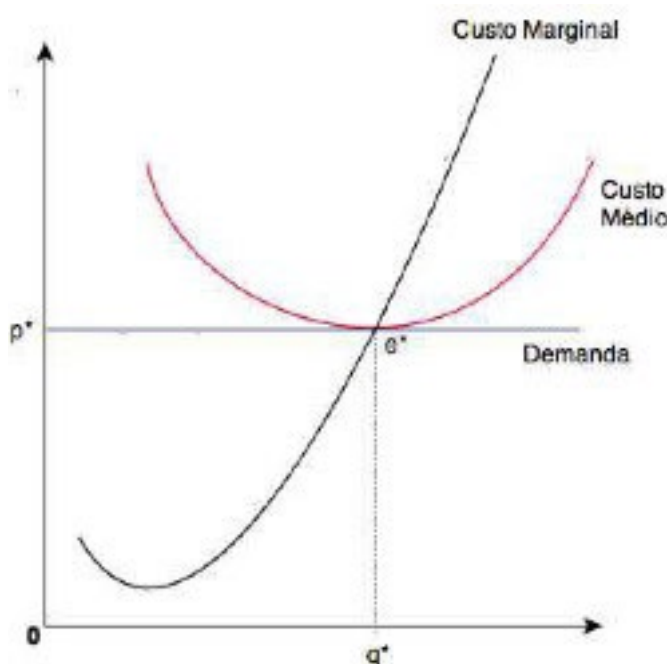
¹⁷ MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thompson Learning, 2007, p. 290

ções, e as discussões de “desequilíbrios” são uma forma confusa e indireta de se referir ao preço. No entanto, em um sentido qualitativo incomensurável, demanda para um item como bens ou serviços refere-se à pressão do mercado de pessoas que tentam comprá-lo. Eles vão oferecer dinheiro para a compra do item, enquanto que em troca os vendedores oferecem o item por dinheiro.

Quando a demanda corresponde à oferta, ou seja, quando a quantidade de produtos demandados a um mesmo preço corresponde à quantidade de produtos ofertados aquele preço, dizemos que o mercado está em equilíbrio.

Quando a demanda supera a oferta, os fornecedores podem aumentar o preço. Nestes casos, podemos pensar que determinado bem ou serviço demandado tornou-se escasso e, portanto, passa a ser mais valioso. Quando a oferta excede a demanda, os fornecedores terão que diminuir o preço, a fim de fazer vendas. Consumidores que estão dispostos a pagar os preços mais altos ainda efetuarão transações, mas outros podem renunciar à compra em conjunto, demandar um preço melhor, comprar um item similar, ou comprar em outro lugar, por exemplo. Esse jogo de oferta e demanda tende a encontrar sempre um ponto de equilíbrio determinado pelo mercado.

Todas estas forças compõem o que se chama de lei da oferta e da demanda. A teoria econômica clássica se ocupou, em grande medida, de estudar o funcionamento destas forças. Os resultados obtidos pela teoria indicam que, sobre certas condições, os mercados competitivos tendem a equilíbrios eficientes. Na realidade, de forma mais técnica, o primeiro teorema do bem-estar afirma que todo equilíbrio walrasiano¹⁸ em um mercado perfeitamente competitivo será eficiente de Pareto. Neste cenário, produtores são tomadores de preço, os mercados devem ser completos, não existem custos de transação ou assimetria de informações. O equilíbrio é atingido no ponto $e^* = \{q^*; p^*\}$, conforme o gráfico ao lado¹⁹.



¹⁸ WALRAS (1958) formula sua hipótese de equilíbrio a partir da famosa figura do leiloeiro que estipula preços relativos arbitrários, até atingir o ponto em que as taxas marginais de substituição da curva de demanda líquida se iguala à curva da oferta líquida, gerando uma alocação eficiente de Pareto. ARROW e DEBREU(1954) dão formalização matemática a hipótese do equilíbrio walrasiano, e mostram que, em mercados completos e perfeitamente competitivos, onde os participantes podem efetuar trocas eficientes de Pareto sem custos de transação, a alocação final atinge um ponto de equilíbrio eficiente. Ver também: DEBREU (1959), VARIAN (2006) e PINDYCK (2005).

¹⁹ Neste gráfico representamos uma demanda perfeitamente elástica para a simplificação do modelo. A hipótese não é necessária para a verificação do primeiro teorema do bem-estar.

Não nos aprofundaremos aqui na análise do primeiro teorema do bem-estar. Lembramos apenas que nesta hipótese, os produtores tomam o preço p^* como dado, e determinam a quantidade q^* com base na sua curva de custo marginal²⁰, sendo seu lucro igual a zero²¹. No gráfico, representamos o equilíbrio no ponto em que o produtor recupera seus investimentos (*break-even point*²²). A competição perfeita impõe aos produtores o comportamento de tomadores de preço, uma vez que uma tentativa unilateral de um produtor de aumentar o preço gera incentivos para a entrada de novos produtores no mercado, gerando pressão competitiva sobre o produtor. Consumidores não enfrentam custos de transação para se utilizar do mercado, e, portanto, consomem sempre que estariam dispostos a pagar o preço p^* , ou seja, quando atribuem ao bem um valor igual ou superior a p^* .

As condições do primeiro teorema do bem-estar são, entretanto, contrafactuais. A existência de custos de transação, incompletude dos mercados, assimetria de informações, barreiras à entrada de novos competidores, concentração de poder econômico, e uma série de outros fatores levam a realidade a apresentar resultados ineficientes nos mais diversos setores e muitas vezes justificam a intervenção do Estado na economia. A economia neoclássica parte da hipótese do primeiro teorema do bem-estar para instituir a eficiência do livre mercado como regra e prever como fatores da realidade que se distanciam do modelo clássico, também chamados de falhas de mercado, podem justificar certos tipos de atuação do Estado. Neste cenário, as normas jurídicas, como instrumento de regulação *lato sensu* por excelência, têm dois papéis centrais: a defesa do funcionamento do livre mercado em regra, e a viabilização da intervenção do Estado para corrigir falhas de mercado quando necessário.

A seguir, apresentaremos, de forma resumida, os tipos mais importantes de falhas de mercado tipicamente classificadas pela teoria econômica.

3.1.3. Falhas de Mercado

O conceito de falha de mercado, dentro da teoria econômica, se refere a circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições de mercado são os desvios das condições de mercado competitivo que levam indivíduos privados e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, a fazerem coisas que não sejam de interesse social.²³

Indivíduos normalmente prestam atenção somente aos custos e benefícios privados, ignorando os custos e benefícios gerais. Para que se corrija essa situação, deve-se tentar alinhar os objetivos privados e sociais, criando programas que induzam os indivíduos privados maximizadores a considerarem todos os custos e benefícios em seus cálculos²⁴.

²⁰ Custo marginal é o custo no qual um produtor deve incorrer para produzir mais uma unidade de um determinado bem sob análise.

²¹ A hipótese pode parecer estranha a primeira vista, mas devemos lembrar que a curva de custo marginal representada pelo modelo leva em consideração os custos de oportunidades dos produtores. Assim, a remuneração pelo exercício da atividade pelo produtor, pela tomada de riscos, etc., está incluída no valor da melhor alternativa ao exercício da atividade.

²² O break-even point é dado pelo ponto em que a curva de custo médio do produtor se encontra com sua curva de custo marginal. A função do custo médio é dada pelo valor do custo total incorrido pelo produtor dividido pela quantidade produzida. Para uma bibliografia simplificada da estrutura de custos do produtor, ver MANKIV (2005). Ver também VARIAN (2006).

²³ SEIDENFELD, p 61.

²⁴ SEIDENFELD, p 61.



Desse modo, falhas de mercado podem ser vistas como situações em que a atuação dos indivíduos em busca de seu puro autointeresse leva a resultados que não são eficientes. Falhas de mercado são frequentemente associadas com assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural, externalidades, ou bens públicos. A existência de uma falha de mercado é muitas vezes usada como justificativa para a intervenção governamental em um mercado particular. A microeconomia ocupa-se do estudo das causas de falhas de mercado, e dos possíveis meios para corrigi-las, quando ocorrem.

Tal análise desempenha um papel importante em decisões políticas sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços e salários, e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nestes casos, há uma escolha entre os resultados imperfeitos, isto é, os resultados do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado o resultado não é pareto eficiente.

Os economistas neoclássicos e keynesianos acreditam que atuações governamentais podem influenciar positivamente o resultado ineficiente de mercados que apresentam falhas. Nesta aula, estudaremos em maiores detalhes as principais falhas de mercado classificadas pela teoria, notadamente: competição imperfeita, externalidades, bens públicos, monopólios naturais, e assimetria de informações.

3.1.4. *Competição Imperfeita*

A concorrência imperfeita é toda situação da competição, em qualquer mercado, que não satisfaz as condições necessárias para a concorrência perfeita. A teoria da competição perfeita, por sua vez, descreve mercados nos quais não há nenhum participante grande o suficiente para ter o poder de definir o preço de um produto homogêneo.

A competição perfeita parte, portanto, de dois pressupostos básicos. Em primeiro lugar deve haver muitos compradores e vendedores no mercado. Em segundo lugar, os bens oferecidos pelos diversos vendedores são, em grande medida, os mesmos. Chamamos neste caso os agentes econômicos de “tomadores de preço”, tendo em vista que não são capazes de influenciar o preço de mercado, mas apenas definir as quantidades que desejam produzir ou adquirir.

Porque as condições de concorrência perfeita são rígidas, há poucos ou provavelmente nenhum mercado perfeitamente competitivo. Na verdade, a

teoria da competição perfeita estabelece um tipo ideal de funcionamento perfeito do mercado, do qual alguns mercados tendem a se aproximar mais do que outros. Compradores e vendedores em alguns mercados de leilão por mercadorias, em mercados de *commodities*, ou ainda de certos ativos financeiros podem se aproximar deste conceito.

A concorrência perfeita serve, portanto, como um *benchmark* para medir os mercados da vida real em concorrência imperfeita. Formas típicas de concorrência imperfeita incluem: *monopólio*, em que há somente um vendedor de uma mercadoria; *oligopólio*, em que existem poucos vendedores de uma mercadoria; *concorrência monopolística*, em que há muitos vendedores que produzem bens altamente diferenciados, *monopsônio*, em que há apenas um comprador de um bem; ou *oligopsônio*, em que há poucos compradores de um bem. Essas formas típicas de concorrência imperfeita já foram bem explicitadas no material de Microeconomia.

A assimetria de informações é, a rigor, uma forma de competição imperfeita. Entretanto, por ser um caso especial e particularmente importante, dedicaremos a ela uma seção própria adiante. Também pode haver concorrência imperfeita devido a um lapso de tempo em um mercado. Não nos dedicaremos ao estudo aprofundado de cada hipótese de competição imperfeita, sendo suficiente para nossa análise a breve apresentação compreensiva de que a violação de qualquer dos pressupostos da teoria da competição perfeita pode acarretar a existência de mercados que alocam recursos de forma ineficiente.

3.1.5. Externalidades

Para o presente curso, externalidades constituem a falha de mercado mais importante a ser estudada, na medida em que é possível traçar diversos paralelos entre os problemas suscitados pela análise econômica da responsabilidade civil e o conceito de externalidades.

As externalidades podem ser entendidas como os custos ou benefício que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros. Qualquer decisão e consequente ação acarretam custos e benefícios. Quando os custos ou benefícios decorrentes da decisão incidem apenas sobre o agente decisor, são chamados de custos ou benefícios internos. Se incidirem também, parcial ou totalmente, sobre outras pessoas que não o agente decisor, geram as chamadas externalidades positivas ou negativas. O benefício que uma decisão trazer para outras pessoas e chamado de benefício externo ou externalidade positiva²⁵; o custo sobre outras pessoas e chamado custo externo ou externalidade negativa.

Externalidade é o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação. O terceiro, a princípio não paga nem recebe nada

²⁵ Outros exemplos de externalidades positivas: a) quando um indivíduo se vacina contra a gripe, todas as demais pessoas com quem ele se relaciona também obtêm benefícios, pois a probabilidade de incidência da enfermidade se reduz consideravelmente; b) uma propriedade vizinha bem conservada implica no aumento do valor de mercado das casas.

por suportar esse impacto²⁶. Quando temos uma externalidade de produção²⁷ negativa, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que o este último produza uma quantidade acima da desejada pela sociedade. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado, tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado, e passa a incluir também o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. O equilíbrio do mercado, que seria responsável pela maximização do benefício total para a sociedade, nesse caso, deixa de ser eficiente, já que os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações na tomada de decisões.

Ou seja, o equilíbrio de mercado é atingido sem que a externalidade, representada pelo custo/valor social, componha a sua formação, o que faz com que o mercado aloque os recursos de maneira ineficiente. A seguir, apresentamos dois exemplos para elucidar como externalidades negativas e positivas podem interferir no equilíbrio de mercado gerando resultados ineficientes.

Cumpramos ressaltar que a questão das externalidades foi, primeiramente, abordada por Ronald Coase, economista da Universidade de Chicago, que desenvolveu em 1960 um estudo denominado de “O Problema do Custo Social”²⁸, o que lhe garantiu, posteriormente, a indicação e a obtenção do Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1991. Coase procura, basicamente, estudar até que ponto o mercado privado é eficaz ao lidar com externalidades, e chega a conclusão de que se os agentes econômicos envolvidos puderem negociar, sem custos de transação, a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão alocar os recursos de modo mais eficiente, solucionando o problema das externalidades. O autor também será objeto de análise em outros pontos do presente material didático. O Teorema de Coase pode ser resumido pelo seguinte excerto:

“Os agentes privados podem solucionar o problemas das externalidades entre si, desde que os custos de transação não sejam excessivos. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo pelo o qual todos ficam numa situação melhor”²⁹.

a) Externalidades Negativas

Uma externalidade negativa é representada por impacto negativo que atinge terceiros proveniente da ação de outrem. Consideremos como exem-

²⁶ Veremos que a possibilidade dos agentes transacionarem a alocação de uma externalidade é uma solução privada que gera resultados eficientes. Em regra, quando definimos a existência de externalidades como uma falha de mercado, pressupomos que a existência de custos de transação impede a alocação eficiente das externalidades por meio de trocas.

²⁷ Os economistas em geral distinguem as externalidades de produção das externalidades de consumo. O motivo para tanto é a existência de corpos teóricos distintos para a explicação do comportamento de produtores e consumidores. A distinção, entretanto, não é relevante para a definição do conceito de externalidade, e em análise econômica do Direito, nem sempre é possível distinguir claramente os lados do mercado ao qual os agentes pertencem. Desta forma, a distinção não será observada estritamente neste trabalho.

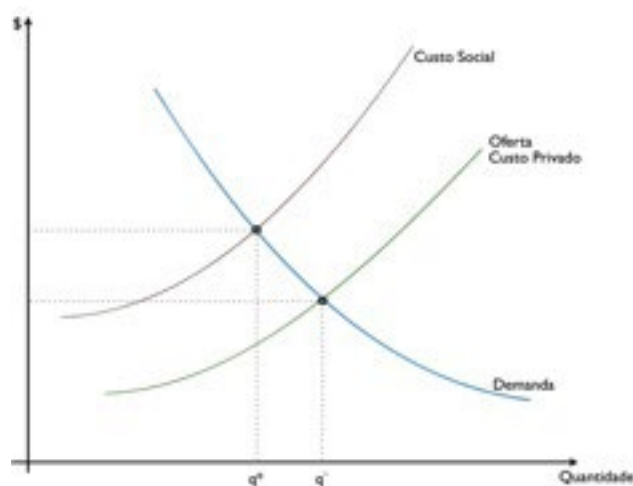
²⁸ *The Problem of Social Cost*. Esse artigo foi publicado em outubro de 1960, por Ronald Coase, no *Journal of Law and Economics*. No Brasil, o artigo foi traduzido e revisado pelos professores Luciano Benetti Timm, Antonio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz (Escola de Direito FGV — Rio).

²⁹ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 210-211, Capítulo 10.

plo, o uso de carros para ir ao trabalho. Quando um agente decide utilizar seu carro para ir para o trabalho, está em geral preocupado com fatores como seu conforto, a rapidez, o preço da gasolina, a depreciação do carro, utilização do carro, etc. Essa ação, entretanto, tem efeito na vida de terceiros dado que, dentre outros fatores, contribui para o aumento do trânsito e da poluição.

Esses dois resultados podem ser tidos como negativos do ponto de vista dos terceiros que o suportam, dado que a emissão de gases pelo veículo é prejudicial à saúde, e que o aumento do trânsito fará com que o tempo de deslocamento entre diferentes pontos da cidade seja maior. Dessa forma, o custo dessa ação para a sociedade será maior que para a pessoa que decide se deslocar por meio de um carro. Isso porque, o custo social é a somatória dos custos privados de quem age e do impacto suportado pelos terceiros.

Podemos ilustrar essa situação pelo gráfico ao abaixo. A curva do custo social se encontra acima da curva representativa do custo do agente, aqui chamada de custo privado. A diferença entre as duas curvas é o custo dos impactos suportado pelos terceiros. O ponto ótimo, ou seja, socialmente desejável, é aquele onde há interseção entre as curvas do custo social e da demanda. A quantidade desejável de uso de veículo pelos agentes é dado por q^* . O ponto de equilíbrio, no entanto, encontra-se localizado entre as curvas da oferta e da demanda, uma vez que o custo privado não engloba o custo da externalidade produzida, e a quantidade atingida pelo equilíbrio de mercado é $q' > q^*$.



Uma solução típica para este tipo de problema seria a imposição de uma taxa, pelo Estado, sobre esta atividade, a fim de imputar aos agentes o custo decorrente da externalidade apontada. No momento em que essa externalidade passa a integrar o custo privado, a curva de custo privado se iguala à curva do custo social, e o equilíbrio atingindo passa a igualar-se ao ponto ótimo. Ou seja, quando as pessoas passam a arcar com os custos do aumento



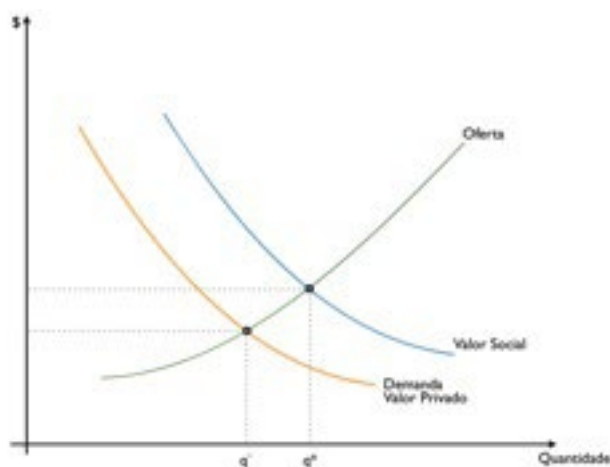
do trânsito e da poluição, provenientes da utilização dos carros, o número de carros tende a diminuir de forma a alcançar a quantidade ótima q^* . Dessa forma, o resultado é a alocação eficiente dos recursos que existiria em um mercado onde não há falhas.

Recentemente, a regulação do setor de transporte, em diversos países, tem tentado imputar tais custos ao uso de automóveis. Em São Paulo, foi criado um sistema de revezamento ou rodízio de veículos; em Estocolmo e em Londres, foram criadas taxas pelo uso de veículos, principalmente nos centros das grandes cidades, o que ajudou a diminuir consideravelmente o número de veículos nas ruas.

b) Externalidades Positivas

A análise feita acerca da externalidade negativa pode ser aplicada de forma semelhante às externalidades positivas. Nessas últimas, porém, trata-se de ações que geram benefícios indiretos a terceiros. O morador de uma cidade que mantém a fachada de sua residência em bom estado está realizando uma ação em benefício próprio, qual seja a boa conservação de sua propriedade privada. Adicionalmente, sua conduta está sendo benéfica aos demais moradores daquela cidade, uma vez que contribui para a sensação de limpeza e boa conservação do ambiente urbano, logo, para o bem-estar de sua população. À medida que há utilidade para outras pessoas que não o morador que empreendeu a ação, esse benefício pode ser considerado uma externalidade positiva.

Nesse caso, como há a presença de um ganho, e não de um custo como no caso de uma externalidade negativa, a curva de valor social se distingue curva da demanda, ou seja, do valor privado. Como o valor social é superior ao valor privado, a curva do valor social está localizada acima da curva da demanda. Sendo assim, há um número menor de fachadas conservadas que o desejável pela população, fazendo com que o ponto equilíbrio, representado pelo cruzamento das curvas de oferta e demanda, se afaste do ponto ótimo de encontro das curvas da oferta e do valor social. Para que esse último ponto seja alcançado é necessária alguma forma de incentivo para que mais pessoas contribuam com o melhoramento das fachadas, de modo a aumentar a quantidade e deslocar o ponto de equilíbrio para o ponto ótimo.



Com efeito, em diversas cidades, é comum a existência de competições pelas fachadas mais bem decoradas em épocas de festividades como o natal. Mecanismos de prêmio oferecem um incentivo de baixo custo para que os moradores da cidade invistam em uma melhor decoração, e com isto contribuam indiretamente para que a cidade se torne mais festiva.

3.1.6. Bens Públicos

Outra falha de mercado importante, sobretudo para o Direito, decorre da existência de bens públicos. Em diversas áreas do direito público, podemos observar regulações que se ocupam dos bens públicos. Em economia, chamamos de bem público todo e qualquer bem que é, simultaneamente, não rival e não excludente. Os mercados, por vezes, não conseguem proporcionar adequadamente os bens que as pessoas desejam, por exemplo, os chamados bens públicos. A maioria dos bens encontrados na sociedade são privados, e se adequam a análise de oferta e de demanda do equilíbrio no mercado.

Não rivalidade significa que o consumo do bem por um indivíduo não reduz a disponibilidade do bem para o consumo por outros. Desta forma, é fácil constatar que uma torta é um bem rival, na medida em que o consumo de uma fatia por um indivíduo A reduz em proporção direta a disponibilidade do bem para outros indivíduos. Em outras palavras, um bem é rival se dois indivíduos não podem “comer a mesma fatia”. Um exemplo de bem não rival é assistir a uma partida de futebol pela televisão ou assistir aos Fogos de Copacabana no *Reveillon*.

A não exclusividade, por sua vez, está associada à possibilidade de exclusão do uso do bem por terceiros. Se ninguém pode ser efetivamente excluído do uso do bem, ele é não-exclusivo. Quando vamos ao cinema, por exemplo, pagamos o preço da entrada para poder assistir ao filme. Entretanto, se o cinema não pudesse nos impedir de assistir ao filme, provavelmente não

pagaríamos o ingresso. Os bens não excludentes são precisamente caracterizados pela impossibilidade de se “cobrar a entrada”. Um exemplo seria um espetáculo de fogos em local público.

No mundo real, não existem bens absolutamente não-rivais e não excludentes. Entretanto os economistas acreditam que alguns bens conceito aproximam-se o suficiente dos conceitos para a análise ser útil. O principal *insight* relacionado aos bens públicos está ligado a existência, nestes casos, dos chamados *free-riders*, ou caronas, indivíduos que se valem de determinado bem ou serviço sem arcar com os custos de produção, aproveitando-se do fato de que outros agentes arcaram com tais custos. Interessante citar que o Brasil, na década de 1970/80, era considerado um *free-rider* pelo GATT (hoje, transformado na OMC — Organização Mundial do Comércio), uma vez que o país contribuía pouco para o comércio internacional e auferia vantagens de transações econômicas de outros países mais atuantes.

Um exemplo menos simples e direto diz respeito à troca de arquivos de música MP3 na internet: com a facilidade de distribuição e cópia de músicas decorrente das tecnologias digitais disponíveis a grande parcela do mercado, poderíamos considerar que música está se tornando um bem público. No entanto, na medida em que as pessoas deixam de comprar música, o mercado pode ficar carente de recursos para financiar os custos de concepção, produção, e gravação de obras musicais, que são divididos entre músicos e gravadoras. O Congresso Norte-Americano vem tentando, por meio de medidas legislativas, barrar esse tipo de manobra, com as discussões do SOPA (*Stop Online Piracy Act*), o que gera protestos significativos da população civil.

Em um exemplo como este, é fácil perceber como se torna difícil garantir o financiamento de setores que lidam com bens públicos, o que pode exigir uma intervenção do Estado para garantir a remuneração adequada do setor pelos usuários do bem, evitando o comportamento oportunístico dos indivíduos considerados “caronas”. No entanto, há grandes controvérsias sobre o papel da regulação de bens públicos, sendo setores como o da produção intelectual um exemplo de como mercados que operam com bens públicos podem, em alguns casos, manter-se, ainda assim, com elevados níveis de produtividade. Podemos citar, resumidamente, alguns bens públicos, financiados, sobretudo, pelos Governos: Defesa Nacional, Institutos de Pesquisa, Luta contra Pobreza, entre outros.

3.1.7. Monopólio Natural

Um monopólio descreve uma situação onde todas as vendas (ou a maioria) em um mercado são realizadas por uma única empresa. Um monopólio natural por outro lado é uma condição sobre o custo de tecnologia de uma

indústria que resulta na eficiência da produção monopolística. Em outras palavras, em certos mercados é mais eficiente (se considerarmos o menor custo de médio e de longo prazo) para a produção estar concentradas em um único processo produtivo. Em alguns casos, isso dá ao maior fornecedor de uma indústria, muitas vezes o primeiro fornecedor em um mercado, uma vantagem de custo esmagadora sobre os outros concorrentes reais e potenciais. Isto tende a ser o caso em indústrias onde predominam os custos de capital, criando economias de escala que são grandes em relação ao tamanho do mercado e, portanto, elevadas barreiras à entrada.

Em muitas situações, os governos interessados em propiciar o desenvolvimento econômico, criam monopólios para aqueles que “ousarem” investir, de modo a aumentar o retorno sobre o investimento. Os monopólios criados por restrições legais não são necessariamente criações irracionais dos governos, ainda possa gerar futuras distorções alocativas no mercado.

Todos os setores têm custos associados à entrada no mercado. Estes custos podem ser, em alguns casos, irrecuperáveis, ou seja, podem caracterizar investimentos fixos iniciais a fundo perdido na entrada no mercado (em inglês, denominado de *sunk costs*). Grandes indústrias, como serviços públicos, requerem um investimento inicial enorme. Esta barreira à entrada reduz o número de participantes potenciais para a indústria.

Um conceito comumente associado ao monopólio natural é o de *essential facilities*, ou infra-estrutura essencial. Existem mercados que dependem da criação de uma rede infra-estrutural de custo extremamente elevado, sem a qual o mercado não pode funcionar. Nestes casos, é frequentemente ineficiente a construção de múltiplas redes de infra-estruturas para possibilitar a competição. Ademais, quando os custos fixos iniciais são extremamente elevados, mas os custos marginais de operação são muito baixos, a competição pode levar a empresa a jamais atingir o retorno do investimento inicial. Isto acontece porque a competição tende a levar as empresas a praticar preços próximos a seu custo marginal, que pode ser excessivamente baixo e inviabilizar os investimentos iniciais em infra-estrutura.

Exemplos de monopólios naturais incluem serviços de utilidade pública, tais como serviços de distribuição de água e eletricidade. Nestes casos, é muito custoso construir redes de transmissão (água / gasodutos, energia elétrica, linhas telefônicas, metrô). Nestes casos, o custo de construção de uma rede de transmissão para concorrentes é tão elevado que efetivamente impede a entrada de concorrentes em potencial.

Tipicamente, monopólios naturais são entendidos como falhas de mercado que suscitam a intervenção estatal para regular preço, quantidade e qualidade dos bens ou serviços prestados. Ou seja, tipicamente estipulava-se como o objetivo da regulação desta falha de mercado a tentativa de estipular regras para a atuação da empresa monopolista.

Recentemente, no entanto, a regulação destes setores tem procurado viabilizar um tipo de competição “saudável”, forçando a empresa que controla a infra-estrutura essencial a compartilhá-la, a preços razoáveis, com seus competidores. Como exemplo podemos mencionar países como a França, em que, por força deste tipo de regulação, existem empresas competidoras de distribuição de energia elétrica, que se utilizam de uma única rede de distribuição.

O governo pode responder as práticas monopolistas por intermédio de políticas públicas, como regulamentação, aumento da concorrência, criação de leis antitrustes ou tornando o monopólio privado em uma empresa pública. No Brasil, a lei 8.884/94 transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, responsável pela análise da concorrência no mercado brasileiro. O CADE analisa os processos de fusão, cisão e incorporação de empresas com o intuito de deixar o mercado mais competitivo, evitando a formação de monopólios ou oligopólios que possam prejudicar os consumidores. Ao mesmo tempo, as *agências reguladoras* são responsáveis pela fiscalização dos serviços públicos praticados pela iniciativa privada e também pela análise de monopólio em diferentes setores da economia. Essas agências possuem estrutura jurídica de autarquia, e foram criadas, sobretudo, na década de 1990. Atualmente, existem 10 agências reguladoras, e alguns exemplos são ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), ANP (Agência Nacional do Petróleo) entre outras.

3.1.8. Assimetria de Informações

Assimetria de informação é um conceito que lida com o estudo de decisões dos agentes econômicos em transações em que uma parte tem a informação mais ou melhor que a outra. Isso cria um desequilíbrio de poder nas transações que por vezes pode levar a problemas de alocação. Exemplos deste problema são a seleção adversa e risco moral. Mais comumente, as assimetrias de informação são estudadas no contexto de problemas de agente-principal.

a) Agente-Principal

O problema agente-principal ou dilema da agência trata das dificuldades que surgem em condições de informação incompleta e assimétrica quando um determinado indivíduo, que denominaremos “principal” contrata outro, que denominaremos “agente” para a consecução de determinada tarefa que será custosa para o agente e que o principal não tem como fiscalizar ade-

quadamente. Vários mecanismos podem ser usados, em diferentes contextos, para tentar alinhar os interesses do agente em solidariedade com os do principal, tais como taxas de ineficiência, participação nos lucros, salários de eficiência, avaliação de desempenho (incluindo demonstrações financeiras), etc.

Ainda assim, em alguns casos pode ser difícil para o principal garantir que o comportamento do agente esteja em conformidade com seus interesses. O problema principal-agente é encontrado na maioria das relações empregador/empregado, por exemplo, quando os acionistas contratam altos executivos de corporações. A ciência política, tendo registrado os problemas inerentes à delegação de autoridade legislativa para órgãos burocráticos. Como outro exemplo, a aplicação da legislação está aberta à interpretação burocrática, o que cria oportunidades e incentivos para o burocrata, como agente, desviar as intenções ou preferências dos legisladores.

A seguir, analisaremos dois tipos específicos de problemas de assimetria de informações deste tipo que podem gerar falhas de mercado mais amplas, levando a alocações ineficientes de recursos pelo mercado.

b) Risco Moral e Seleção Adversa

Consideremos o seguinte exemplo. “C”, procurando assegurar que o funcionamento de seu computador de mesa não dependa do dispêndio de seu próprio tempo, contrata “D”, que oferece serviços de assistência técnica e manutenção de computadores pessoais. Como C tem problemas recorrentes com seus computadores, decide contratar da seguinte forma: por um valor fixo pago mensalmente, D estará sempre a disposição, no prazo de um dia útil, para prestar assistência por telefone, e, eventualmente, analisar e resolver pessoalmente qualquer problema técnico que C venha a ter com seu computador.

D considera a proposta vantajosa, uma vez que lhe garante uma renda fixa mensal, mas observa que, ao valor estipulado por C, a relação contratual só seria efetivamente lucrativa se este se responsabilizasse por tomar certas precauções ao utilizar a máquina, reduzindo assim consideravelmente a probabilidade de ocorrência de algum problema. Ocorre que D não pode fiscalizar a utilização da máquina por C, e assim não tem como garantir que este obedeça aos padrões de utilização apropriados.

A teoria econômica denomina este tipo problema de “risco moral”, termo que designa situações nas quais a conduta de um dos agentes envolvidos numa relação econômica não pode ser verificada pela outra parte, e é fundamental para a consecução eficiente do negócio. Se o comportamento de um dos participantes, que chamaremos de agente, é relevante (por sua conduta potencialmente importar em custos para a outra parte, chamada principal, e em ganhos de desvio para si), existirão incentivos para que o agente quebre



com o estipulado. A relação provavelmente não se aperfeiçoará da forma contratualmente disposta.

Consideremos agora a situação de “D”. Imaginemos que ele queira ofertar apenas este tipo de serviço ao mercado. Uma forma de equilibrar as diferenças entre “bons” e “maus” consumidores, ou seja, clientes mais cuidadosos ou menos cuidadosos, seria estipular um preço baseado em um consumidor médio. Ocorre que este preço seria especialmente vantajoso para os “maus” consumidores, que se utilizariam muito de seus serviços, e menos interessante para os “bons” consumidores, que não necessitariam de tanto atendimento. D acabaria, assim, selecionando um maior número de “maus” consumidores, e sendo forçado a praticar preço mais elevado. Entretanto, cada vez que D aumenta o preço, oferece incentivos mais fortes para que apenas os “maus” consumidores permaneçam, e assim sucessivamente. Ao final do processo, D é deixado apenas com os piores e mais difíceis clientes.

A economia denomina este tipo de problema de “seleção adversa”, termo que designa a situação em que variações de qualidade que têm impacto direto sobre o preço estabelecido podem ser facilmente verificadas por um dos lados do mercado, mas não podem ser verificadas pelo outro lado. No caso apresentado, os incentivos dados aos participantes levam à seleção adversa de bens de qualidade inferior, a despeito de existirem soluções intermediárias potencialmente eficientes.

Os problemas da seleção adversa e do risco moral decorrem de uma assimetria de informações entre as partes: uma das partes possui informações relevantes para o contrato que a outra parte não é capaz de obter. Tais problemas são comumente apresentados como razões para a implementação de regulações de defesa dos interesses dos consumidores. É o caso de regulações que visam garantir padrões mínimos de qualidade para certos produtos, estipular regras mínimas de garantia, ou critérios de responsabilização civil de profissionais liberais como advogados ou médicos.

Os mesmos problemas podem, contudo, ocorrer do lado da demanda. É o caso dos contratos de seguros, ou de garantia, por exemplo. Nestes casos, o comportamento dos consumidores, que não pode ser verificado pelo fornecedor, ou prestador de serviços, é particularmente relevante para a consecução da relação econômica, podendo implicar em ganhos para os consumidores e custos para os ofertantes. Em casos típicos como estes, a própria regulação já busca soluções para eventuais falhas de mercado. Nas hipóteses sobre as quais a regulação não se debruçou caberia às partes encontrar soluções contratuais para lidar com tais problemas.

3.1.9. Falhas de Governo

Antes de encerrarmos este tópico, é importante destacar alguns aspectos relativos à complexidade da tarefa estatal de regulação das atividades econômicas em casos de existência de falhas de mercado. Como dito, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços e salários, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo).

A analogia do setor público para falha de mercado ocorre quando uma intervenção do Estado acarreta uma alocação menos eficiente de bens e recursos em relação à alocação de mercado. Assim como ocorre com as falhas do mercado, existem muitos tipos diferentes de falhas do governo que descrevem as distorções correspondentes.

O termo, cunhado por Roland McKean em 1965, tornou-se popular com o surgimento da teoria da escolha pública nos anos 1970. A idéia de falha de governo está associada com o argumento de que, mesmo quando o mercado não atender as condições de concorrência perfeita, necessárias para garantir o ótimo social, a intervenção estatal pode gerar resultados ainda piores, em termos de eficiência, ao invés de melhores.

Assim como no caso das falhas de mercado, não se trata do fracasso em trazer uma solução particular desejada, mas é antes um problema estrutural que impede o Estado de operar de forma eficiente. Falhas de governo são problemas sistêmicos que impedem uma solução de governo eficiente para um problema econômico.

O problema a ser resolvido não precisa ser uma falha de mercado, às vezes, alguns eleitores podem preferir uma solução governamental, mesmo quando uma solução de mercado é possível. O fracasso do governo pode ser tanto no lado da procura quanto da oferta. A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) ocupa-se em grande parte da classificação de falhas típicas de governo, como captura, custos administrativos, dentre outros. Não nos ocuparemos aqui em aprofundar este debate, mas ressaltamos sua importância.

3.2. QUESTÕES PROPOSTAS

A) Os mercados perfeitamente competitivos têm algumas premissas que precisam ser observadas para sua caracterização. Apresente os principais pressupostos dos mercados de concorrência perfeita.

B) Quais são as premissas estabelecidas pelo primeiro teorema do bem-estar?



C) Conceitue falhas de mercado e cite alguns exemplos de imperfeições de mercado.

D) Descreva os conceitos de externalidades positivas e negativas, citando exemplo da realidade brasileira. Cite também a possível intervenção governamental desejável nessa situação.

E) Explique o significado dos bens públicos como não rivais e não excludentes. Procure dar exemplos práticos.

F) Quais ações governamentais podem ser adotadas em relação a monopólios naturais?

G) Em relação à assimetria de informações, os conceitos de risco moral e de seleção adversa desempenham importante papel. Analise esses conceitos e tente ilustrá-los com exemplos práticos.

H) Comente sobre a Teoria da Escolha Pública e as falhas de mercado.

3.3. REFERÊNCIAS

Leitura Sugerida

CALABRESI, Guido & MELAMED, Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of Cathedral*. 85 Harvard Law Review 1089 (1972). In: DAU— POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Parte I. Cap. I. New York: Aspen Publishers, 2007.

SALAMA, B. M. *O que é “Direito e Economia”?* In: L. B. Timm (Ed.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHMIDT, Kenneth & ULEN, Thomas. *Law And Economics Anthology*. 2. ed. Cap. 3. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co, 2002.

ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia — Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Referências

BARNES, David W. & STOUT, Lynn A. *Cases and Materials on Law and Economics*. St. Paul, Minnesota: West Publishing CO, 1992.

COASE, Ronald Coase. “O problema do custo social”. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 3. N. 1. Article 9. 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>>. Acesso em: 09 abr. 2010.



COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2007.

DAU-SCHMIDT, Kenneth G. & ULEN, Thomas S. *Law and Economics Anthology*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing CO, 1998.

KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 2002.

MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thompson Learning, 2007.

MICELI, Thomas F. *Economic of the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

NORTH, Douglas C. *Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. Ensaios & Artigos*. Elizabete Hart (trad.). Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/files/Bruno_Salama-O_que_e_pesquisa_em_DE.pdf>. Acesso em: 9 de abr. 2010.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.



AULA 4 — ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE

PALAVRAS-CHAVE

Propriedade — função jurídica e econômica da propriedade — jogos de barganha — Teorema de Coase — externalidade — custos de transação — Teorema Normativo de Coase — proteção dos direitos de propriedade.

OBJETIVOS

O objetivo da presente aula é realizar uma análise econômica da propriedade. Para alcançar esse fim, uma das primeiras distinções a serem feitas refere-se à função jurídica e à função econômica da propriedade.

Como introdução ao Teorema de Coase, o aluno perceberá a relação entre o Direito e o êxito da barganha. Além disso, aprenderá o significado do Teorema de Coase e de suas variações.

Ao fim desta aula, o aluno conhecerá os três estágios dos custos de transação. Também, conhecerá as características tanto do Teorema Normativa de Coase quanto do Teorema Normativo de Hobbes.

Por fim, o aluno estará capacitado para analisar os remédios jurídicos mais adequados em caso de violação de direitos de propriedade, conforme a AED.

4.1. INTRODUÇÃO

As noções de eficiência que apresentamos pressupõem um sistema bem definido de atribuição de direitos de propriedade sobre bens específicos. Neste sentido, uma parte relevante da *Law & Economics* dedica-se precisamente ao estudo deste sistema, e de como a distribuição e troca de direitos de propriedade pode levar ou não a uma alocação eficiente de recursos através do mercado.

Em relação ao conceito jurídico de propriedade, pode-se entendê-la como um conjunto de direitos que estabelecem o que as pessoas podem fazer com os recursos que possuem³⁰. No direito brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira define-a nos seguintes termos: “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”³¹. No *caput* do artigo 1228 do Código Civil brasileiro, está prevista a seguinte disposição: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

³⁰ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Diri-
to & Economia*. Porto Alegre: Bookman,
5ª Ed., 2010, p. 92.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Insti-
tuições de Direito Civil*. Rio de Janeiro:
Forense, 12. Ed., 1997, V. IV, p. 72.

Nessa mesma linha, Clóvis Beviláqua (autor clássico do Direito Civil Brasileiro) conceituava a propriedade como sendo o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral. Outro autor clássico³² restringia o direito de propriedade aos bens corpóreos, o que não mais subsiste atualmente. Evidentemente, essa conceituação carregava uma concepção patrimonialista, que foi sendo mitigada pelo processo de constitucionalização do Direito Civil, o qual atribuiu uma função social ao direito de propriedade³³. A doutrina civilista moderna, além dos enunciados publicados pelas Jornadas de Direito Civil vêm conferindo um conteúdo social ao direito de propriedade. A Constituição Federal, somente no âmbito do art. 5º (incisos XXII a XXXI), trata do tema do direito de propriedade em sentido amplo, aqui contemplados como direito de sucessão, direito autoral e o direito de propriedade imaterial, dentre outros. Gilmar Mendes assinala que:

“o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial. (...). Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas fundamentalmente às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participa societárias, direitos de patente e de marcas etc”³⁴.

A teoria econômica do direito de propriedade não tenta explicar o que a propriedade significa, mas busca prever os efeitos de formas alternativas de normas relacionadas ao direito de propriedade, especialmente os efeitos destas normas do ponto de vista da eficiência e, quando possível, da distribuição. A partir desta compreensão, a teoria econômica busca a criação de um sistema de direitos de propriedade que seja claro, impulsionando as trocas voluntárias e assegurando que os direitos de propriedade fiquem nas mãos daqueles que os valorizam mais.

Yoram Barzel, em sua análise econômica dos direitos de propriedade, faz uma distinção inicial acerca da expressão “direitos de propriedade”, a qual tem dois significados na literatura econômica. Por um lado, essa expressão pode designar a habilidade de usufruir a propriedade; por outro, é aquilo que o Estado atribui a um indivíduo³⁵. Com base nessa distinção, pode-se afirmar que a habilidade de usufruir a propriedade corresponde à função econômica da propriedade, enquanto que o direito atribuído pelo Estado constitui a função jurídica da propriedade.

Uma das consequências que podem ser extraídas da distinção realizada acima é a seguinte. Quando não existe a função jurídica, a função econômica

³² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

³³ “A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário tenha espaço livre para suas atividades e para emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de certos interesses extrapatrimoniais, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade”. TEPE-DINO, Gustavo. *Contornos da propriedade privada. Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁵ BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. New York: Cambridge University Press, Second Edition, 1997, p. 3.

é limitada. Nesse sentido, é possível afirmar que a função jurídica amplifica a função econômica.

Os Direitos Econômicos de Propriedade constituem o fim almejado pelas pessoas, enquanto que os Direitos Legais de Propriedade são o meio legal para que se alcance aquele fim. Os Direitos legais desempenham uma função de suporte muito proeminente, na medida em que são mais fáceis de serem observados que os Direitos Econômicos de Propriedade.³⁶ Neste curso, a preocupação maior refere-se aos Direitos Econômicos de Propriedade.

Os Direitos Legais de Propriedade são os direitos reconhecidos e assegurados, em parte, pelo Estado. Esses direitos aumentam os Direitos Econômicos de Propriedade, embora não sejam necessários, nem suficientes para a existência destes. Uma função principal dos Direitos Legais de Propriedade é fornecer meio para execução e para adjudicação por um terceiro. Na ausência dessas garantias, os direitos podem ter valor, mas os ativos e sua troca devem ser autoexecutáveis. Barzel cita o exemplo dos posseiros e dos proprietários; aqueles têm menos segurança em seus direitos em razão de não receberem proteção policial, e não devido a não terem uma escritura.³⁷

Barzel também define os Direitos Econômicos de Propriedade. Para o autor, esses direitos que um indivíduo tem sobre um bem consistem na habilidade de um indivíduo, em termos de expectativa, de consumir o bem diretamente ou por meio de trocas, ou seja, de efetivamente dar uma função econômica, transacional ao direito de propriedade³⁸.

4.2. TEOREMA DE COASE

A teoria econômica dos jogos de barganha serve como base para a elaboração de uma teoria econômica da propriedade e do direito de propriedade. Quando as pessoas realizam uma negociação, elas chegam a um acordo em relação às condições de interação e de cooperação. Em algumas situações, essas condições de interação e de cooperação são uma imposição exterior, como certas condições estabelecidas pelo Direito. Essas condições estabelecidas pelo legislador são, muitas vezes, menos eficientes se comparadas com condições que decorrem de acordos entre as pessoas³⁹.

O autor elaborou seu teorema a partir da análise de alguns casos emblemáticos na jurisprudência norte-americana e inglesa, também discutidos por outro economista, Arthur Pigou. Imaginemos o seguinte caso, denominado de *Sparks from engines*. Esse caso concerne as locomotivas, de determinada companhia ferroviária, que ao passarem por linhas férreas adjacentes as plantações causavam danos a estas, devido a emissão de faíscas provenientes dos motores das locomotivas⁴⁰. Coase possui duas premissas básicas para chegar a

³⁶ BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. New York: Cambridge University Press, Second Edition, 1997, p. 3

³⁷ BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. New York: Cambridge University Press, Second Edition, 1997, p. 4

³⁸ BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. New York: Cambridge University Press, Second Edition, 1997, p. 3

³⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 99

⁴⁰ O caso jurídico é conhecido como "Sparks from engines", e podemos encontrar também na obra Halsbury's Law of England.

uma alocação eficiente de recursos, quais sejam: definição clara do direito de propriedade e ausência de custos de transação entre os agentes.

Com base nessa ideia, Cooter e Ulen formulam uma regra que estabelece a relação entre a necessidade do direito e o êxito da barganha. Em primeiro lugar, os autores afirmam que o Direito é desnecessário e indesejável para uma solução eficiente, quando a barganha é bem-sucedida. Em segundo lugar, o Direito é necessário e desejável, quando a barganha falha.⁴¹ Essa formulação é um ponto de partida para o estudo do teorema de Coase.

O Teorema de Coase foi publicado por Ronald H. Coase, em artigo intitulado *The Problem of Social Cost*, em 1960. A literatura apresenta o teorema de maneiras distintas, sendo que algumas dessas maneiras serão consideradas na presente aula. Inicialmente, o teorema será exposto de uma forma simplificada.

Para Coase, a externalidade não é causada apenas por uma parte, mas uma parte será obrigada a sofrer um dano. A externalidade não deve ser internalizada, necessariamente, pela parte que a causou, embora isso pareça injusto. A externalidade deve ser internalizada pela parte que a absorver com menor custo. Isso pode ser injusto, mas, em muitos casos, é mais eficiente.

Imagine uma situação que envolva duas atividades, sendo que as ações de uma delas influem negativamente na outra. Do ponto de vista jurídico, é necessário que se defina se essa atividade nociva pode ser realizada ou se a parte que está sofrendo o prejuízo tem o direito de não mais o sofrer. A primeira impressão é a de que a justiça exige que a parte causadora do dano pague por ele. Entretanto, sob a perspectiva da eficiência, o direito deve ser alocado à parte que mais o valoriza. No caso de as partes seguirem a o direito de modo não cooperativo, a alocação de direitos afetará a eficiência. No caso de as partes negociarem com êxito, a alocação de direitos não importará para a eficiência. Pressupondo-se que a negociação foi bem sucedida, o uso dos recursos é eficiente, independentemente da norma legal aplicada⁴².

Em sua teoria, Coase empregou a expressão custos de transação para se referir aos distintos impedimentos à negociação. Nesse sentido, a negociação é necessariamente exitosa quando os custos de transação são iguais a zero. Para o Teorema de Coase, quando os custos de transação são suficientemente baixos, os recursos serão usados eficientemente, não importando a atribuição inicial dos direitos de propriedade. De forma resumida, o Teorema de Coase, quando aplicado para resolver disputas sobre direitos de propriedade, tem a seguinte implicação: quando os custos das transações são baixos, as partes que disputam os direitos de propriedade estão na melhor posição para resolver eficientemente a questão.⁴³

Entretanto, uma implicação importante do Teorema de Coase é a situação de custos de transação elevados. Quando especifica as circunstâncias em que o direito de propriedade não é importante para o uso eficiente de recursos,

⁴¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 99

⁴² ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 102

⁴³ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 103

o Teorema de Coase traz implicitamente a situação em que esse direito de propriedade é relevante. Nesse caso, o uso eficiente dos recursos dependerá da alocação inicial dos direitos de propriedade. Então, quando os custos de transação forem suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá do modo de atribuição dos direitos de propriedade.⁴⁴ Nesse caso, quando os custos das transações são elevados, a intervenção do sistema legal é recomendada para a alocação eficiente do direito de propriedade.

Por fim, retomando e expandindo algumas das questões tratadas anteriormente, pode ser apresentada a primeira versão do Teorema de Coase, nos seguintes termos:

“Quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se atribuem os direitos de propriedade.”

Entretanto, também existem algumas variações nas interpretações do Teorema de Coase, que merecem ser destacadas. Uma primeira variação pode ser expressa da seguinte forma:

“Se alguém assumir racionalidade, sem custos de transação e barganha sem impedimento legal, todo desdobramento de recursos no mercado seria completamente sanado pelas barganhas.”⁴⁵

A segunda variação do Teorema de Coase pode ser explicitada como segue:

“Se os custos de transação são zero, a estrutura das leis não importará, porque eficiência resultará em todos os casos.”⁴⁶

Ao lermos estas referências ao Teorema de Coase podemos extrair duas ideias principais dos resultados. A primeira ideia é que, não obstante como os direitos são atribuídos inicialmente, o resultado da alocação de recursos será eficiente. Esta proposição — “a hipótese da eficiência” — está refletida em todas as menções Teorema de Coase. A segunda ideia, que não é refletida em todas as versões do Teorema, é que a alocação final de recursos será invariável sob atribuições alternativas dos direitos. Esta é a “hipótese da invariabilidade”.

Os debates sobre a exatidão do Teorema de Coase, e/ou seu formato apropriado, giraram sobre estas duas hipóteses. Alguns autores como Calabresi, Polinsky, e Cooter e Ulen em suas versões do teorema de Coase tratam apenas da hipótese da eficiência enquanto outros autores em suas versões tentam

⁴⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 103

⁴⁵ CALABRESI, Guido. *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*. *Journal of Law and Economics*, 1968, p. 67-73

⁴⁶ POLINSKY, A. Michell. *Economic Analysis as a Potentially Defective Product*. *Harvard Law Review*, p. 1655-1681.

agrupar as duas hipóteses (eficiência e invariabilidade). Nós trataremos somente da assim chamada versão fraca do teorema, aquela que traz apenas a hipótese da eficiência.

4.3. OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, TEOREMA NORMATIVO DE COASE E TEOREMA NORMATIVO DE HOBBS

Os custos de transação são os custos envolvidos em uma barganha, seja ela de bens, serviços ou direitos. Uma transação pode ser desmembrada em três estágios. O primeiro é a localização de um parceiro que queira barganhar. O segundo é a conclusão da negociação entre os parceiros, que pode incluir a redação de um acordo. Depois disso, em terceiro lugar, é necessário fazer que a negociação seja cumprida, o que implica o monitoramento do desempenho das partes e a punição de violações ao acordo. Assim, sinteticamente, os elementos do custo de transação podem ser divididos em custos de busca, custos de negociação e custos de execução⁴⁷. O Direito Civil Brasileiro também lida com esses problemas quando trata da questão do contrato de compra e venda, por exemplo.

Os níveis dos custos de transação podem determinar a regra legal a ser adotada. O Teorema de Coase expõe que o uso eficiente dos recursos depende da atribuição de direitos de propriedade em situações nas quais os custos de transação sejam nulos. Daí decorre que a atribuição de direitos de propriedade pode ser fundamental se os custos de transação não forem nulos⁴⁸.

É importante lembrar que as partes envolvidas em uma disputa sobre direitos de propriedade estão na melhor posição para avaliar o bem em disputa. Assim, a negociação entre as partes é preferível, pois assegurará que os direitos de propriedade fiquem nas mãos da parte que os valoriza mais.

O Teorema Normativo de Coase vai ainda além desse aspecto mencionado. A premissa usada até este momento era a de que os custos de transação eram exógenos ao sistema jurídico, sendo determinados por situações de negociação que estão fora do âmbito do direito. Entretanto, pode-se considerar que alguns custos de transação são endógenos ao sistema jurídico, no sentido de que as normas legais podem diminuir os obstáculos de uma negociação privada. Desse modo, o Direito pode incentivar a negociação, ao diminuir os custos de transação⁴⁹.

Pode-se considerar como um objetivo jurídico importante a “lubrificação” das negociações privadas, por meio da redução dos custos de transação. O Direito pode fazer isso ao definir os direitos de propriedade de modo simples e claro. O Teorema Normativo de Coase pode ser explicitado da seguinte forma: “Estruture o Direito de modo a remover os impedimentos aos acordos privados”. O princípio é normativo porque oferece orientação

⁴⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 105.

⁴⁸ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 108.

⁴⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 109.

prescritiva para os legisladores e está inspirado em Coase na medida em que o intercâmbio privado, em circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente⁵⁰.

Como os desacordos e as dificuldades de cooperação entre as partes são dispendiosos para a sociedade, o sistema jurídico tenta reduzi-los. A importância da minimização de prejuízos foi destacada por Thomas Hobbes (1588-1679), em *Leviatã*, publicado em 1651. Hobbes é considerado precursor do contratualismo no direito.

Hobbes entende o Estado como uma restrição autoimposta pelos homens, cuja finalidade era uma preocupação com a própria conservação. O autor afirma que a justiça e a equidade, por exemplo, são contrárias às nossas paixões naturais, sendo, por isso, necessário o temor de um poder capaz de impor o respeito às “leis da natureza”, que ele entendia como equidade, justiça, modéstia e piedade. Para ele, os pactos sem a espada não são mais do que palavras que não tem força de dar segurança aos homens⁵¹. Uma das mais famosas passagens da obra Hobbes é quando ele fala do estado de natureza. Para Hobbes, durante o período em que os homens viviam sem um poder comum capaz de impor temor a eles, os homens viviam em estado de guerra, uma guerra de todos contra todos (“such a war as is of every man against every man”).⁵²

No que tange à Análise Econômica do Direito, as ideias de Hobbes em relação à minimização de prejuízos decorrentes de desacordos em negociação podem ser expressas no chamado Teorema Normativo Hobbes, que proclama o seguinte: “o sistema legal deve estruturar-se para minimizar os prejuízos causados pelas falhas em acordos privados”⁵³.

Com base nesse princípio, o Direito deveria impedir ameaças coercitivas e eliminar os prejuízos que decorrem da falta de acordo. Se as partes não alcançam o acordo, elas perdem o excedente que decorreria do intercâmbio. Para diminuir esse prejuízo, o Direito deveria “alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza”. Dessa forma, o Direito faz que o intercâmbio de direitos seja desnecessário, economizando os custos de transação.⁵⁴

4.4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE

Nesse tópico, o objetivo será buscar uma resposta para a seguinte pergunta: “Quais são os remédios jurídicos para a violação de direitos de propriedade?” Em outros termos, busca-se descobrir quais as medidas adequadas que o poder judiciário deve adotar caso uma pessoa privada infrinja os direitos de propriedade de outra⁵⁵.

Os direitos de propriedade são protegidos de diferentes formas e a indenização dos danos é referida como um remédio legal de alívio, ou seja, é um re-

⁵⁰ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 109-110

⁵¹ HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, form and power of a Commonwealth Ecclesiastical and civil*. Forgotten Books, 2008, pg. 116.

⁵² HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, form and power of a Commonwealth Ecclesiastical and civil*. Forgotten Books, 2008, pg. 86.

⁵³ COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2007, p. 97

⁵⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 110

⁵⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 112

médio que busca sanar danos ocorridos no passado. No entanto, este remédio de alívio também pode servir como um remédio legal para danos futuros. Por outro lado, quando o sistema legal proíbe as atividades que interferem nos direitos de propriedade de terceiros, está aplicando um remédio equitativo que previne danos futuros.

Ambos os tipos de remédios permitem subseqüentes negociações dos direitos de propriedade, permitindo que estes mudem de mãos. Entretanto, o tipo de remédio aplicado tem implicações na distribuição de valores. No caso de custos de transação elevados, a indenização do dano é o remédio mais eficiente, enquanto que no caso de custos de transações baixos, a cessação de interferência é o remédio mais eficiente.

A razão para a primeira regra (a indenização é mais eficiente) é que, quando os custos de transação impedem a negociação, a indenização não deixa a vítima do dano em pior situação, ao mesmo tempo em que o infrator talvez fique em uma situação melhor, e não em situação pior. Por sua vez, o motivo para a segunda regra (cessação de interferência é mais eficiente) é que a cessação de interferência é mais clara e simples do que a indenização, pois a quantificação do valor indenizatório pode ser imprevisível, enquanto que o remédio proibitivo é mais direto e, portanto, mais eficiente⁵⁶.

Essa perspectiva está em consonância com a tese de Calabresi e de Melamed⁵⁷. A ideia básica é a de que, com obstáculos à cooperação, o remédio jurídico que tem maior eficiência é a concessão de indenização pecuniária. Por outro lado, com poucos obstáculos à cooperação, o remédio mais eficiente é a ação mandamental contra a violação da propriedade do autor por parte do réu.

A razão para altos ou baixos custos de transação, na prática, muitas vezes se relaciona à quantidade de partes envolvidas no conflito e à proximidade geográfica entre elas. Quando há apenas duas partes envolvidas, o custo de comunicação entre elas tende a ser mais barato. De forma semelhante, quando há algumas partes envolvidas, mas estão geograficamente próximas⁵⁸, os obstáculos à cooperação serão baixos, com baixos custos de comunicação. Nessa situação, em que os baixos custos de transação permitem a negociação voluntária, o remédio jurídico mais eficiente é a ação mandamental⁵⁹.

Por outro lado, em negociações entre muitas partes, o custo de comunicação entre elas tende a ser maior. De modo semelhante, a dispersão geográfica tende a gerar custos de comunicação mais altos. Nessa situação, em que os custos de transação são altos e impedem a negociação voluntária, a indenização pecuniária é mais eficiente⁶⁰.

Relativamente ao papel dos custos de transação na determinação dos remédios contratuais, é importante desenvolver um pouco a tese de Calabresi e Melamed. Os autores sugerem que, quando possível, as restrições impostas pela troca voluntária oferecem o melhor método tanto para proteger direitos quanto para direcioná-los para o uso de maior valor.

⁵⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 117

⁵⁷ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*. Harvard Law Review, volume 85, número 6, 1972, p. 1089-1128.

⁵⁸ Pode-se pensar no caso de disputas sobre imóveis em que os lindeiros se conhecem bem.

⁵⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 118

⁶⁰ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 118



Calabresi e Melamed ofereceram uma teoria integrada de remédios designada para promover o uso eficiente de recursos para solucionar os problemas de usos incompatíveis de propriedade: *property rule* e *liability rule*.

Com relação a *property rule*, o tribunal pode, por intermédio da concessão de medida cautelar, instruir as partes no conflito a utilizarem as trocas voluntárias para proteger uma transferência. Esse método de proteger os direitos é o meio mais eficiente quando o nível de custos de transação entre as partes no conflito é baixo. Apenas nestas circunstâncias é possível que trocas voluntárias determinem quem mais valoriza o direito. No direito brasileiro, podemos também encontrar as ações possessórias, que têm natureza diferente das ações petitórias, para proteção do direito de propriedade.

Por sua vez, relativamente a *liability rule*, o mercado não pode determinar quem mais valoriza o direito, quando os custos de transação entre as partes são altos. Quando a troca voluntária é incapaz de resolver disputas sobre qual dentre dois usos conflitantes de títulos tem o maior valor, Calabresi e Melamed propõem utilizar a troca supervisionada judicialmente para proteger e, possivelmente, para realocar os recursos. Nesse caso, a concessão de indenização é preferível.

4.5. QUESTÕES PROPOSTAS

A) Com base na distinção apresentada por Yoram Barzel, analise as funções econômica e jurídica da propriedade.

B) Existe uma relação entre a necessidade (ou desnecessidade) do Direito e o êxito (ou fracasso) da barganha, do ponto de vista da eficiência econômica. Estabeleça os termos dessa relação.

C) Comente a seguinte afirmação: “Por uma questão de justiça, a parte que provocou uma externalidade sempre deveria internalizá-la”.

D) Segundo o Teorema de Coase, quais são as situações em que a intervenção do sistema legal é recomendada e quais aquelas em que não é.

E) Faça comentários sobre o Teorema Normativo de Coase e o Teorema Normativo de Hobbes.

F) Nos casos envolvendo violação do Direito de Propriedade, quais são os remédios jurídicos recomendados em casos de custos de transação elevados? E no caso de custos de transação baixos? Tente citar um exemplo para cada situação.



AULA 5 — ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E TEORIA DOS JOGOS

PALAVRAS-CHAVE

Comportamento estratégico — teoria dos jogos — dilema dos prisioneiros — estratégia dominante — equilíbrio de Nash

OBJETIVOS

O objetivo central desta aula é fornecer o instrumental teórico básico em relação à teoria dos jogos. A compreensão dessa teoria é fundamental para o estudo que será feito adiante em relação à análise econômica dos contratos.

Ao final desta aula, o aluno conhecerá alguns dos conceitos básicos da teoria dos jogos, como a noção de estratégia dominante e de equilíbrio de Nash. Esses conceitos serão estudados por meio do exemplo fornecido pelo famoso dilema dos prisioneiros.

5.1. NOÇÕES BÁSICAS

Tradicionalmente, a teoria dos preços propõe a existência de agentes econômicos racionais que buscam a maximização de riquezas continuamente, em situações em que as oportunidades disponíveis para um indivíduo são consideradas independentes das escolhas de outros indivíduos.

Na realidade, porém, as oportunidades econômicas disponíveis para um agente podem depender diretamente das escolhas feitas por outros agentes.

5.1.1. Comportamento estratégico

No Direito, frequentemente há situações em que existem tomadores de decisões e em que a ação ótima para uma pessoa depende do que o outro agente econômico possa escolher. Essas situações assemelham-se a jogos, na medida em que as pessoas precisam adotar determinada estratégia. A teoria dos jogos trata de qualquer situação em que a estratégia seja importante. Por isso, a teoria dos jogos auxilia na compreensão de algumas regras e institutos jurídicos⁶¹.

⁶¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 56.

5.1.2. Teoria dos jogos

A teoria dos jogos pode ser entendida como o meio formal de modelagem da interação estratégica. Essa teoria foi desenvolvida por John von Neumann e por Oskar Morgenstern, no famoso *Theory of Games and Economic Behavior*, publicado em 1944.

Para que se caracterize um jogo, devem estar presentes três elementos:

1. os jogadores;
2. as estratégias de cada jogador;
3. os payoffs (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia.⁶²

Na situação da teoria dos jogos, há dois ou mais jogadores que escolhem entre várias estratégias, tanto sequencialmente quanto simultaneamente. Essa teoria lida com qualquer situação em que o prêmio obtido por um jogador, o ganho, depende não só de suas próprias ações, mas também das ações dos outros participantes do jogo.

5.1.3. Dilema dos prisioneiros

O dilema dos prisioneiros é um tipo de jogo em que a matriz dos ganhos implica o seguinte:

i) cada jogador tem um incentivo, independentemente do que faça o outro jogador, para trair o acordo e empreender ações que o beneficiem às custas do outro;

ii) quando ambos os jogadores traem o acordo, ambos ficam em situação pior do que se nenhum deles tivesse traído.

Esse jogo permite entender porque é difícil manter a cooperação entre as partes. Situações semelhantes a essa ocorrem com frequência no cotidiano das pessoas, que deixam de cooperar umas com as outras, mesmo que a cooperação seja mais benéfica para todas.⁶³

Pense em dois criminosos que foram presos pela polícia. A polícia apenas tem provas para condenar os dois por um crime menor, em que cada um passaria um ano na cadeia. Entretanto, a polícia suspeita que ambos tenham praticado um crime maior juntos, mas não tem provas conclusivas⁶⁴.

Se um só confessar o seu crime maior e o de seu comparsa, a polícia concederá a liberdade a quem confessou e seu comparsa será preso com pena de 20 anos. Se os dois confessarem o crime maior, ambos pegarão pena de 8 anos. A situação pode ser descrita conforme o quadro a seguir:

⁶² ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 56.

⁶³ MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 354.

⁶⁴ Esse caso está baseado em no livro do Mankiw. Não pense no caso unicamente em termos jurídicos, pois as figuras penais não se enquadram adequadamente aos institutos do direito brasileiro. MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 354-355.

		Decisão de Bonnie	
		Confessar	Ficar em silêncio
Decisão de Clyde	Confessar	Bonnie é condenada a 8 anos Clyde é condenado a 8 anos	Bonnie é condenada a 20 anos Clyde é solto
	Ficar em silêncio	Bonnie é solta Clyde é condenado a 20 anos	Bonnie é condenada a 1 ano Clyde é condenado a 1 ano

Neste jogo, a pena que cada um deles receberá depende tanto de sua decisão de confessar ou permanecer em silêncio quanto da decisão tomada pelo outro. Para a teoria dos jogos, a estratégia dominante é a melhor estratégia para um jogador, independentemente das estratégias escolhidas pelos demais jogadores. No caso, a estratégia dominante para ambos é confessar. Portanto, do ponto de vista individual, é difícil manter a cooperação entre os prisioneiros, os quais, ao perseguirem seus interesses próprios, chegam a um resultado que é pior para ambos.

A solução nesse jogo — a confissão de ambos — é um equilíbrio: não há motivos para que qualquer um dos jogadores mude sua estratégia. Esse é o *equilíbrio de Nash*⁶⁵. Nesse tipo de equilíbrio, nenhum jogador pode se sair melhor mudando seu comportamento, desde que os outros jogadores não mudem o deles⁶⁶.

Apesar de sua grande importância na teoria dos jogos, a solução de Nash não serve para todos os casos. Alguns jogos não têm nenhuma solução de Nash, outros têm um e outros têm várias.⁶⁷

5.2. QUESTÕES PROPOSTAS

- A) O que é a teoria dos jogos?
- B) Analise uma situação real ou hipotética em que o dilema dos prisioneiros possa ser aplicado.
- C) Defina o equilíbrio de Nash.

5.3. REFERÊNCIAS

MANKIWI, Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010

⁶⁵ Essa ideia foi desenvolvida pelo matemático John Nash, ganhador do Nobel de 1993 e que serviu de inspiração para o filme *Uma mente brilhante*.

⁶⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 58.

⁶⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 58.



AULA 6 — EXERCÍCIOS E CASOS GERADORES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

6.1. CASOS GERADORES

6.1.1. Caso 1

A tragédia dos bens comuns desenvolve-se no seguinte caminho, imagine uma pastagem aberta para todos. A expectativa é que cada criador tentará manter o maior número de cabeças de gado possível na área comunal. Neste ponto, a lógica inerente dos bens comuns gera a tragédia. Como seres racionais, cada criador procura maximizar seus ganhos. Explícita ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele se pergunta: “qual é a utilidade para mim se eu adicionar mais um animal ao meu rebanho?” Essa utilidade tem um componente negativo e outro positivo. O componente positivo é uma função do incremento de um animal. Desde que o criador receba todos os rendimentos da venda do animal adicional, a utilidade positiva será próxima de +1. O componente negativo é uma função do consumo excessivo adicional da pastagem criado por um animal. No entanto, desde que todos os efeitos do consumo excessivo são divididos por todos os criadores, a utilidade negativa para qualquer criador particular tomador de decisão é somente de uma fração de -1 . Somando os componentes parciais da utilidade, o criador racional conclui que o único curso sensato para ele é adicionar outro animal em seu rebanho e outro, e outro..., mas esta é a conclusão de cada um e de todos criadores racionais que dividem a área comum de pastagem. Nisso constitui-se a tragédia. Cada homem é acuado dentro de um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limite — em um mundo que é limitado. Ruína é o destino final para todos os homens, cada um possuindo seu próprio melhor interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns.

O exemplo seguinte, onde gados pastam em uma pastagem comum, ilustra como a produção excessiva de gado (com consumo excessivo da pastagem) é resultado da falha dos criadores em internalizar os custos criados pelo consumo excessivo das pastagens.

Questões Propostas

A) Se um único indivíduo adquirisse a pastagem comum e estivesse decidindo quantas cabeças de gado colocar para pastar, seria a situação ótima do proprietário privado a mesma da situação ótima social? Se um único indivíduo adquirisse a pastagem e a alugasse, para criadores



que desejam criar gado na pastagem comum, em troca de uma porcentagem de ganho de peso do gado, que número de cabeças pastando geraria a maior renda para o proprietário da pastagem?

B) Se uma comunidade com um tomador de decisões central estivesse decidindo quantas cabeças de gado deveriam pastar para a maior obtenção de carne, a situação ótima da comunidade assemelhar-se-ia com a situação ótima do proprietário privado?

C) Uma autoridade central permite que o primeiro criador coloque seu gado na área comum, mas qualquer pessoa que subsequentemente adicionasse um animal às pastagens comuns teria que pagar pelos danos na produção de carne do criador que já utilizava a pastagem. Esta solução de pagamento de danos indenizatórios resultaria no mesmo número de cabeças de gado que a situação ótima do proprietário privado?

D) Se os criadores sabem que um número excessivo de cabeças de gado leva a ruína do bem comum, por que Hardin assume que os criadores não cessarão voluntariamente de pastorear um número excessivo de animais?

Tragédia dos Bens Comuns			
(1)	(2)	(3)	(4)
Número de cabeças de gado	Ganho de peso por cabeça por semana de pastagem	Ganho total de peso por semana	Carne adicional para a sociedade em decorrência do aumento do tamanho do rebanho por uma cabeça
1	7	7	7
2	9	18	11
3	8	24	6
4	7	28	4
5	6	30	2
6	5	30	0
7	4	28	-2
8	3	24	-4
9	1	9	-15
10	-1	-10	-19



6.1.2. Caso 2

A empresa de produção de plásticos do João emite fuligem, que suja a roupa lavada e que está em processo de secagem na lavanderia da Maria (esta é a única consequência causada pela fuligem emitida pela empresa de João). João pode acabar com a poluição instalando purificadores nas chaminés de sua empresa e Maria pode livrar-se dos danos causados pela poluição da empresa de João instalando filtros no sistema de ventilação da lavanderia. A instalação dos purificadores por João ou dos filtros por Maria eliminariam completamente a poluição ou o dano causado por ela.

Maria e João são próximos um do outro, mas longe de qualquer outra empresa ou residência, portanto, ninguém mais é afetado pela poluição emitida pela empresa de João. Se João não instala purificadores em suas chaminés, seu lucro é de R\$ 1.000,00. Se Maria não instala filtros e não sofre os danos causados pela poluição de João, o lucro de Maria é de R\$300,00. A poluição emitida pela empresa de João destrói R\$200,00 do lucro de Maria. Maria pode evitar esta destruição instalando filtros a um custo de R\$100,00. João pode evitar essa destruição instalando purificadores a um custo de R\$500,00. Suponha que três normas legais alternativas possam ser aplicadas na solução do problema:

- a) Direito do poluidor: João é livre para poluir;
- b) Direito do poluído de receber indenização pelas perdas e danos: João tem que pagar indenização para Maria pelos danos causados por ele;
- c) Direito do poluído de fazer cessar a interferência: Maria tem direito de fazer cessar a poluição causada por João.

A tabela a seguir determina o valor da solução não cooperativa e cooperativa sob cada uma das normas descritas.

	Não cooperação		Excedente	Com cooperação	
	João	Maria		João	Maria
Norma 1 Direito do poluidor	R\$1.000,00	R\$200,00	0	R\$1.000,00	R\$200,00
Norma 2 Indenização danos	R\$800,00	R\$300,00	R\$100,00	R\$850,00	R\$350,00
Norma 3 Cessação da interferência	R\$500,00	R\$300,00	R\$400,00	R\$700,00	R\$500,00

Questões Propostas

A) Sob a conjectura mais pessimista, em que João e Maria não cooperaram (alto custo de transação), apenas uma das normas legais terá resultado eficiente, qual delas? Explique sua resposta.

B) Conforme podemos verificar na tabela acima a solução cooperativa é eficiente independentemente da norma legal adotada, em caso de custos de transação igual a zero qual a importância das normas jurídicas para as barganhas cooperativas?

6.1.3. Caso 3⁶⁸

A controvérsia neste caso diz respeito à venda de um prédio-escolar que servia a um distrito da cidade X, o qual era supervisionado por um Conselho Educacional. Em fevereiro de 1953, o Conselho Educacional convocou uma reunião especial com os votantes qualificados, visando a decidir sobre o fechamento da escola e a venda do prédio. Pelo procedimento estabelecido no Estatuto do Conselho Educacional, se o prédio-escolar fosse vendido, o montante percebido seria distribuído entre os pagadores de impostos daquele distrito onde o prédio-escolar estava localizado. Realizada a assembleia, quatro propostas foram submetidas à votação: (1) Deve a escola que funciona no prédio-escolar ser fechada? (2) Deve o prédio-escolar ser vendido para a Igreja I por R\$200.000,00 (3) Deve o prédio escolar ser vendido para a Granja G por R\$300.000,00 (4) Deve o prédio escolar ser vendido em leilão público pela maior oferta? O edital estabelecia que a proposta n. 1 seria votada e, caso aprovada, “as propostas subsequentes (2), (3) e (4) seriam votadas para que a propriedade pudesse ser vendida”.

Na reunião, a proposta de fechamento da escola foi aceita. Uma moção para que os membros votantes da reunião considerassem primeiramente a proposta (4), ou seja, de venda do prédio-escolar em leilão público pela maior oferta foi feita, mas foi considerada fora de ordem. Então a proposta n. (2), que previa a venda do prédio escolar para a Igreja I por R\$200.000,00, foi apresentada, sendo aceita por 32 votos a favor e 24 contra. A reunião, assim, foi encerrada. Descontentes com a venda do prédio-escolar para a Igreja I, os votos vencidos ingressaram judicialmente contra a decisão.

O decisor decidiu: a subdivisão 6 do Estatuto do Conselho Educacional, mediante a qual o prédio-escolar foi vendido, não estabelece expressamente que o prédio deva ser vendido pela maior oferta. Se os conselheiros que confeccionaram o Estatuto do Conselho Educacional não determinaram que o prédio escolar devesse ser vendido em leilão público, isso não significa que os conselheiros intentavam autorizar os novos membros, ou mesmo a maioria dos votantes na reunião do conselho — a vender o prédio-escolar por um va-

⁶⁸ Caso baseado em Ross v. Wilson. In: BARNES, David W. & STOUT, Lynn A. *Cases and Materials on Law and Economics*. West Publishing CO, 1992, p.6



lor menor do que aquele oferecido por um comprador habilitado. Qualquer que fosse o procedimento prescrito no Estatuto do Conselho Educacional para a venda desta propriedade, era dever dos membros do conselho e dos membros votantes da reunião optar pelo melhor preço, de acordo com seu julgamento para com o uso legal das premissas.

A quantia de dinheiro envolvida é pequena, mas o princípio é importante; a oferta rejeitada era 50% maior que a oferta aceita pelo prédio-escolar. No presente caso, o Estatuto do Conselho Educacional determinava que não seria necessária a venda da propriedade em leilão, ainda que este procedimento fosse permitido. A latitude tolerada no método da venda foi desenhada para permitir que os fiduciários adotassem o método que, em seus julgamentos, trouxesse o melhor preço, mas não tolerava que, deliberadamente, selecionassem em favor de um comprador com preço menor quando poderiam obter preço maior. O resultado direto do ocorrido é, de fato, a aprovação de uma contribuição de R\$100.000,00 pelo Conselho Educacional escolar para Igreja I.

Ainda, se os fatos deste caso não apresentassem a situação especial da divisão obrigatória do valor percebido com a venda do prédio-escolar entre os pagadores de impostos daquele distrito onde o prédio-escolar estava localizado, os membros do atual Conselho Educacional e os votantes qualificados não teriam o poder de direcionar parte da renda da venda para outros fins, além daqueles previstos no Estatuto.

Pelas razões mencionadas, pensamos que faltou seriedade dos membros do Conselho Educacional ao aceitar a oferta de R\$ 200.000,00 feita pela Igreja I e ao mesmo tempo rejeitar uma oferta de igual “boa fé” no valor de R\$300.000,00 feita pela Granja G. A ordem apelada deve ser revertida e as determinações dos membros do Conselho Educacional, aprovando a venda para a Igreja I, deve ser anulada.

Questões Propostas

A) Como a decisão do Conselho Educacional em ignorar a oferta de Granja G e vender o prédio escolar para a Igreja I por R\$200.000,00 interfere com a maximização da riqueza — ex., o valor dos recursos sendo medido pela propensão das pessoas em pagar por eles? A decisão do distrito escolar em vender o prédio para a Igreja I por R\$200.000,00 realmente indica uma “contribuição (doação)” para a Igreja I de R\$100.000,00? Estaria a Igreja I melhor ou pior se a oferta da Granja G fosse apenas de R\$199.900,00?

B) Suponha que em oferta aberta (sistema de leilão) os prósperos representantes da Granja G estivessem propensos a ofertar R\$300.000,00 pelo prédio-escolar, enquanto os desafortunados membros da Igreja I

estivessem propensos a pagar somente R\$200.000,00. Isso significaria necessariamente que os membros da Granja A derivariam mais utilidade do prédio escolar? O sistema de leilão maximizaria utilidade?

C) Se o tribunal tivesse mantido a decisão do Conselho Educacional em vender o prédio escolar para a Igreja I por R\$200.000,00, pode alguém estar certo que essa decisão interferiria com a maximização da riqueza, exemplo, impedindo o prédio escolar de ir para seu uso mais valorizado? Pode uma realocação subsequente corrigir a ineficiência resultante da decisão do Conselho Educacional?

D) Se a preferência das partes afetadas, adversa ou positivamente, pela venda não são consideradas, a decisão de venda do prédio-escolar pela maior oferta necessariamente maximiza utilidade? Riqueza?

6.1.4. Caso 4

Leia a notícia a seguir e responda as questões formuladas.

“Governo vai conceder 75 mil bolsas de estudo no exterior até 2014”⁶⁹
09/05/2011 — Portal Brasil

O governo pretende conceder 75 mil bolsas de estudo no exterior até 2014. Segundo a presidenta Dilma Rousseff, cerca de 5 mil brasileiros estudam atualmente em países como a Alemanha, França e Estados Unidos. “É um desafio grande, mas podemos alcançá-lo”, afirmou, nesta segunda-feira (9).

Em seu programa semanal *Café com a Presidenta*, Dilma avaliou que, com as bolsas de estudo no exterior e com o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), o País dará um “grande salto” no desenvolvimento.

“Temos que lembrar que o Brasil precisa de mão de obra qualificada para prosseguir nesse novo ciclo do seu desenvolvimento”, afirmou. De acordo com a presidenta, o governo conclui este ano 81 novas escolas técnicas e entrega mais 200 até 2014, totalizando 555 unidades em todo o País.

Os cursos disponíveis, segundo ela, incluem áreas como hotelaria, culinária e informática. Dilma destacou ainda que o chamado Sistema S (Senai, Senac, Senar, Senat e Sescop) terá sua estrutura ampliada por meio de recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Fonte: Agência Brasil”

⁶⁹ Notícia disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/05/09/governo-vai-conceder-75-mil-bolsas-de-estudo-no-exterior-ate-2014>. Acesso em 25 de agosto de 2012

Questões Propostas

A) As 75 mil bolsas de estudo propostas certamente beneficiarão, em primeiro lugar, os 75 mil estudantes. Entretanto, será apenas este o benefício? Qual a relação entre o valor privado e o valor social? Qual conceito microeconômico aplica-se à hipótese?

B) Tente construir um gráfico em que conste a curva de oferta (custo privado), a curva de demanda (valor privado) e o valor social.

6.1.5. Caso 5

Utilizando de uma análise econômica, quais seriam os argumentos a favor e contra uma proposta legislativa que obriga a melhoria das condições dos imóveis destinados ao mercado de aluguel? Assumindo que os gráficos representem a realidade, quais seriam suas inferências.

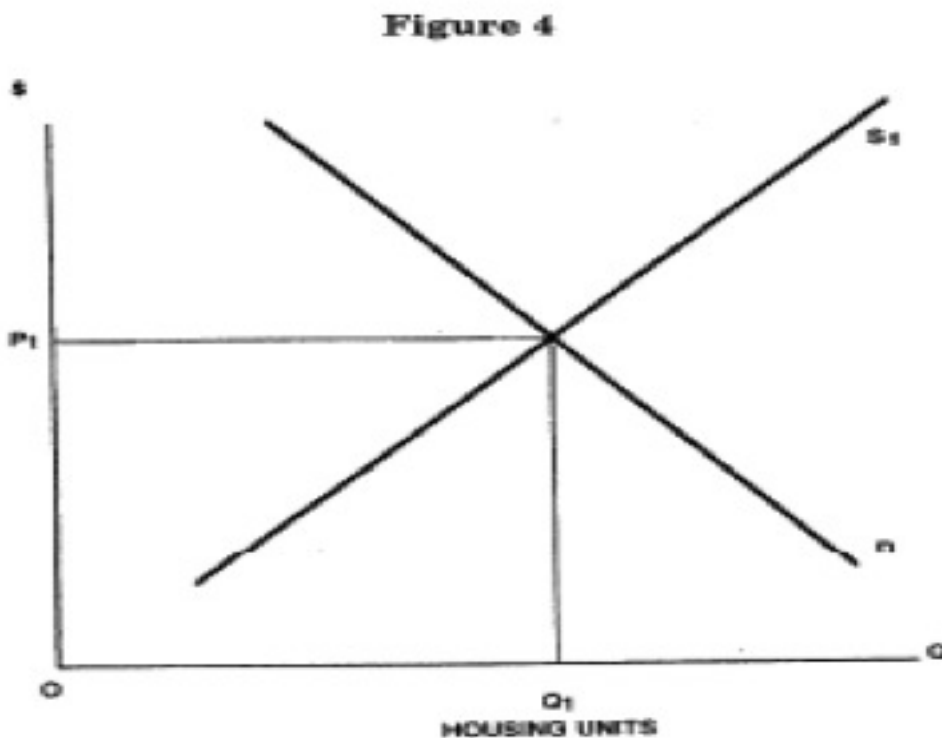




Figure 5

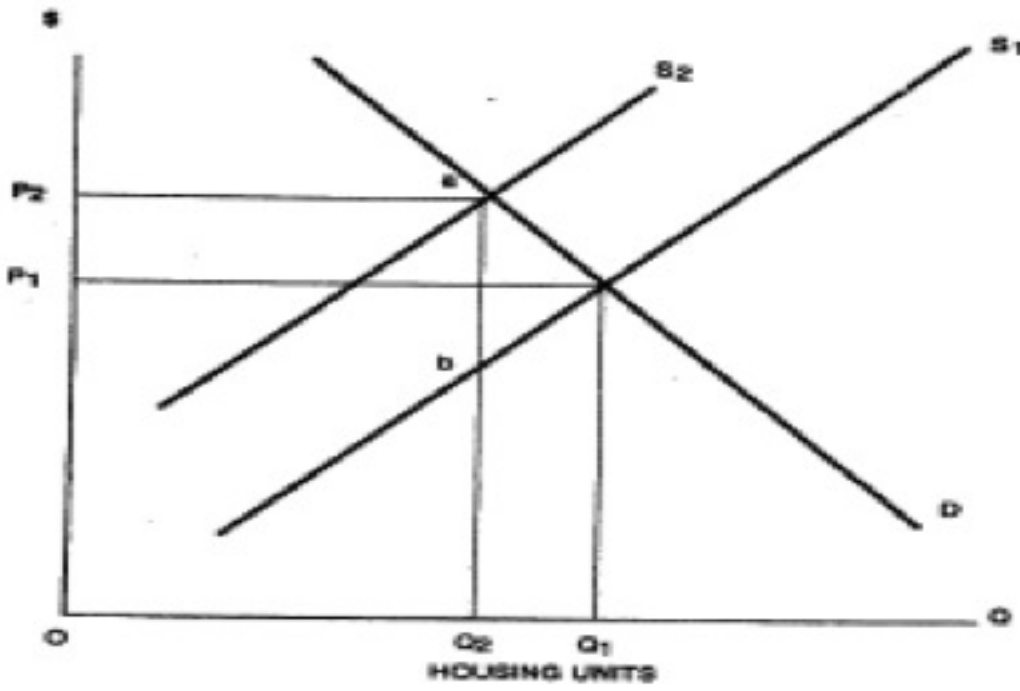
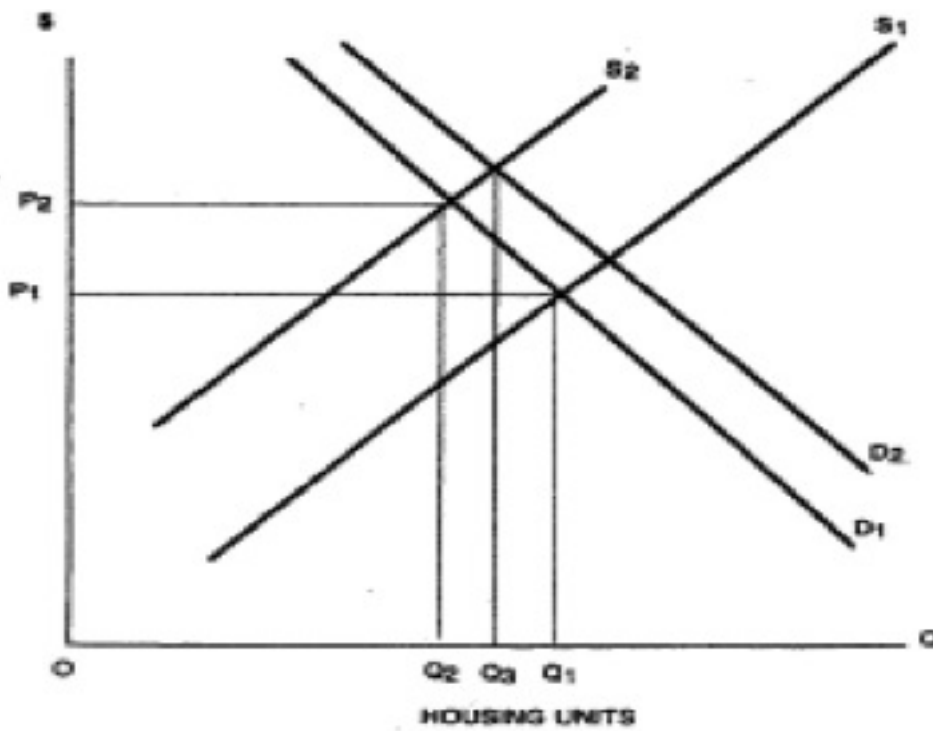


Figure 6





6.1.6. Caso 6

O seguinte trecho foi extraído do site do INPI⁷⁰:

“A pesquisa e o desenvolvimento para elaboração de novos produtos (no sentido mais abrangente) requerem, a maioria das vezes, grandes investimentos. Proteger esse produto através de uma patente significa prevenir-se de que competidores copiem e vendam esse produto a um preço mais baixo, uma vez que eles não foram onerados com os custos da pesquisa e desenvolvimento do produto. A proteção conferida pela patente é, portanto, um valioso e imprescindível instrumento para que a invenção e a criação industrializável se torne um investimento rentável.”

Questões Propostas

Com base no texto, responda:

A) A proteção do direito de patentes contrapõem-se à noção de competição perfeita? Por quê? Você é favorável ao direito de patentes tal qual ele existe hoje no Brasil? Por quê?

B) Que possíveis falhas de mercado podem justificar a concessão de direitos de patentes a determinado inventor? Que possíveis falhas de governo podem estar associadas ao sistema de concessão de patentes?

6.1.7. Caso 7

Tendo a notícia abaixo como texto motivador, responda as questões formuladas.

“Amazônia e fronteiras são prioridades da Defesa nos próximos 20 anos”⁷¹
15/02/2012 18:49 — Portal Brasil

Marinha, Exército e Aeronáutica terão como prioridade para as próximas duas décadas a proteção da Amazônia e o reforço no patrulhamento das áreas de fronteira, terrestre e marítima, disse nesta quarta-feira (15) o chefe do Estado Maior Conjunto das Forças Armadas, general José Carlos de Nardi.

Durante o seminário Estratégia Nacional de Defesa, na Câmara dos Deputados, o general apresentou os principais pontos da Estratégia Nacional de Defesa, documento que contém todos os projetos de interesse das Forças Armadas no intervalo de 20 anos.

Com ênfase no desenvolvimento da indústria nacional, a estratégia prevê, no âmbito da Marinha, um programa de desenvolvimento de submarinos,

⁷⁰ http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_oquee/index_html

⁷¹ Notícia disponível em <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/02/15/defesa-da-amazonia-e-de-fronteira-sao-prioridades-da-defesa-nos-proximos-20-anos> Acesso em 25 de agosto de 2012



implantação da segunda esquadra, além da modernização e construção de navios, aviões, helicópteros, veículos aéreos não-tripulados.

Já para o Exército, e o general informou que será dada ênfase no patrulhamento das fronteiras e no chamado centro do poder político, localizado em Brasília. O plano estratégico prevê, entre outros pontos, a criação de novas brigadas e recuperação da capacidade operacional, com a aquisição de helicópteros, carros de combate, blindados, munição, armamento e viaturas.

Em relação à Força Aérea as prioridades para os próximos 20 anos consistem na recuperação da capacidade operacional, aquisição dos novos caças, desenvolvimento de aeronaves de transporte, e o desenvolvimento e lançamento do veículo lançador de satélites (VLS).

Além disso, segundo o general, estão previstos a modernização do Centro de Lançamento de Alcântara, a revitalização e modernização de aeronaves de patrulha e a manutenção do programa de modernização das aeronaves A-1, F-5, C-95, E-99 e R-99.

Sobre a compra dos caças, o ministro da Defesa, Celso Amorim, que esteve presente a abertura do seminário, disse esperar que a negociação seja concluída ainda no primeiro semestre do ano, mas ressaltou que a decisão cabe à presidenta Dilma Rousseff.

“Isso será uma decisão da presidenta. Temos os estudos mais ou menos feitos, estamos analisando também a evolução natural dos fatos e, no momento oportuno, a presidenta vai decidir. A aquisição dos caças não é só uma compra, tem que ter transferência de tecnologia, produção nacional. Isso vai ocorrer, tenho certeza disso, agora, exatamente quando, eu não sei”, disse Amorim.

O ministro acrescentou que por se tratar de uma operação com valores elevados, o País precisa estar preparado. “Essa é uma questão da capacidade financeira do País de fazer frente a certos encargos. É uma compra necessária, mas não é barata. Ela tem que ser bem planejada para que os recursos existam. Isso vai gerar obrigações contratuais durante dez anos que terão que ser honrados. Isso vai ocorrer, mas vamos esperar o momento oportuno”.

Fonte: Agência Brasil

Questões Propostas

A) A notícia acima aborda o tema da Defesa Nacional no Brasil. Considerando a defesa nacional como um bem, em qual categoria econômica ela se encontra? Por quê?

B) Partindo do pressuposto que nos próximos 20 anos os investimentos prometidos serão realizados, algum brasileiro pode ser impedido de desfrutar do benefício dessa defesa? Quando um brasileiro desfruta desse benefício, há redução do benefício oferecido aos demais?



AULA 07 — ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS E FÓRMULA DE HAND

PALAVRAS-CHAVE

Conceitos introdutórios de Responsabilidade civil — Objetivos — Fórmula de Hand — Níveis de precaução do ofensor e da vítima

OBJETIVOS

O objetivo dessa aula é compreender a aplicação do instituto da responsabilidade civil, tendo em vista a Análise Econômica do Direito (AED). As relações sociais são permeadas por uma série de fatos cotidianos que geram o dever de responsabilização do ofensor, com o intuito de reparar o dano sofrido pela vítima. Por vezes, a vítima também concorre, culposamente, para a ocorrência do evento danoso, a exemplo da culpa concorrente. A AED procura responder a essas questões ao analisar os custos dos níveis de precaução que ofensor e vítima podem adotar para minimizar os danos, conferindo um padrão de eficiência econômica às regras de responsabilidade civil.

7.1. NOÇÕES BÁSICAS

Conforme visualizado nos objetivos da aula, procuramos compreender a aplicação do instituto da responsabilidade civil tendo em vista a AED. A doutrina clássica do Direito Civil já se debruçou consideravelmente sobre o tema, porém com o aprofundamento do mundo dos negócios e com a evolução das relações sociais surgiu a necessidade de revisar o arcabouço teórico que cerca a disciplina⁷². Hoje, percebemos uma tendência de “objetivação” da responsabilidade civil, baseada por critérios de aplicação do instituto que independem da conduta culposa do agente causador do dano, como pode ser visualizado na frase do Juiz Roger Traynor (*caso Escola v. Coca-Cola Bottling Company*):

“Mesmo que não haja culpa, a política pública exige que a responsabilidade seja fixada onde quer que ela reduza com maior eficácia os riscos para a vida e a saúde inerentes a produtos defeituosos que cheguem no mercado”. [150 P.2d 436 (1944)]⁷³.

⁷² A doutrina clássica do Direito Civil entende “a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem a uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (Maria Helena Diniz, 2008, p.35). Por sua vez, Sérgio Cavalieri Filho traz uma distinção entre obrigação e responsabilidade, que merece ser reproduzida: “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, surge daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação” (Sérgio Cavalieri Filho, 2000, p. 20).

⁷³ A Revista *The Economist*, na reportagem intitulada de “Consumer labelling: food fights”, do dia 16 de junho de 2011, analisa que a FDA (US Food and Drug Administration), agência reguladora de fármacos e alimentos nos EUA, vem acirrando a fiscalização contra as empresas do setor alimentício, a exemplo da Pepsico, Coca-Cola, entre outras, pelo emprego de conservantes e outros produtos químicos no processo de fabricação de seus produtos, já que esse tipo de conduta pode agravar problemas de saúde da população, ocasionando doenças que podem impactar no aumento dos custos do sistema de saúde norte-americano. Esse exemplo relaciona-se ao nível ótimo de precaução das empresas para tentar chegar a um produto que ofereça menos riscos à saúde da população.

Devemos perguntar também quais são as funções exercidas pela responsabilidade civil: compensar a vítima, reparar o dano? Punir o agente causador do dano? Caráter punitivo ou sócio-pedagógico do ressarcimento do dano? Gestão de risco nas atividades empresariais? A AED tem uma abordagem mais simples, e procura dar “eficiência econômica” às normas legais, já que os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Nessa linha, determinada regra de responsabilização é desejável se fornece incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades. Como exposto pelo professor Antonio Maristrello Porto, a análise econômica se propõe a responder questões como: “de que forma podemos definir o nível ótimo de precaução para uma determinada atividade?”; ou “que regras oferecem os incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução?”.

A responsabilidade civil não surge, necessariamente, em decorrência do descumprimento contratual, e sim de atos ilícitos⁷⁴ de caráter intencional, acidental, ou em função do exercício de uma “atividade de risco”. Na tradição jurídica do “*Common Law*”, a responsabilidade civil é denominada de “*Tort Law*”. Os autores Cooter e Ulen elencam os três elementos que precisam estar presentes para o ressarcimento da vítima, segundo a perspectiva do direito norte-americano: i) o autor da ação deve ter sofrido dano; ii) o ato ou omissão do réu deve causar o dano; iii) o ato ou omissão do réu precisa constituir a violação de um dever de cuidado que o réu tinha para com o autor da ação. Esses elementos não se diferenciam substancialmente dos elementos elencados pela doutrina brasileira⁷⁵, porém a evolução das relações sociais fez com que houvesse a reformulação da aplicação desses critérios, como será observado ao longo dessa aula.

Para AED, é desejável que os agentes adotem níveis de precaução com o intuito de minimizar o risco, porém em situações específicas, adotar mais precaução pode se mostrar excessivamente ineficiente e custoso, além de implicar em resultados indesejáveis, com criação de “peso morto” para a sociedade. A essência econômica do direito da responsabilidade civil consiste em seu uso da responsabilização para internalizar externalidades criadas por custos de transação elevados.

A AED parte do pressuposto de que existem níveis médios ótimos de precaução, analisados por meio da capacidade de promover eficiência econômica, o que difere da abordagem clássica da doutrina que adota um critério deontológico do dever geral de cuidado, que associa esse nível ótimo com a natureza da conduta praticada. Robert Cooter e Thomas Ulen apontam que um dever de cuidado é um parâmetro jurídico que prescreve o nível mínimo aceitável de precaução, advindo, desse modo, a responsabilidade subjetiva, que possui o elemento da culpa⁷⁶. De acordo com os autores:

⁷⁴ De acordo com Washington de Barros Monteiro, “em face, pois, da nossa lei civil, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Todo ato ilícito gera para seu autor a obrigação de ressarcir o prejuízo causado. É de preceito que ninguém deve causar lesão a outrem. A menor falta, a mínima desatenção, desde que danosa, obriga o agente a indenizar os prejuízos consequentes de seu ato.” (Curso de Direito Civil, vol. 05, p. 538).

⁷⁵ A doutrina brasileira elenca que os três elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil são: conduta culposa do agente; nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado; e ocorrência do dano. Esse tipo de classificação goza de unanimidade entre os doutrinadores brasileiros.

⁷⁶ Cooter e Ulen prelecionam que os diversos ordenamentos jurídicos divergem na caracterização do elemento culpa, além da imprecisão do termo dever de cautela. Chironi, doutrinador italiano, entende que culpa pode ser entendida como “sendo um desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente a intenção de violar o dever jurídico”.



“Sob uma regra de responsabilidade subjetiva, agentes que tomarem precauções tão grandes ou maiores do que o parâmetro jurídico de cuidado escaparão da responsabilização pelos danos acidentalmente sofridos por outra pessoa. Aqueles que tomarem precauções menores do que o parâmetro jurídico poderão ter que pagar indenização por tais danos sofridos por outra pessoa”.

Como exemplo, podemos utilizar o seguinte caso:

- As chances de um motorista *A*, ao realizar uma curva, bater no carro de *B*, que se encontra estacionado na rua, são reduzidas pela metade caso *A* diminua em 20 km/h a velocidade com a qual conduz seu veículo ao passar pela curva.
- A uma dada velocidade inicial, a probabilidade do motorista *A* causar um dano de R\$ 20.000,00 a *B* é de 0,1%. Caso *A* reduza a velocidade, a probabilidade de ocorrência do dano cai para 0,05%.

Se o direito da responsabilidade civil fosse regido pelos preceitos da AED, *A* deveria reduzir sua velocidade em 20 km/h ou permanecer com a velocidade inicial? Essa resposta depende, necessariamente, do custo em que *A* incorre para reduzir a velocidade de seu veículo. Como exposto abaixo:

- O dano esperado inicial é de R\$ 20,00 (R\$ 20.000 x 0.1%), e é reduzido para R\$ 10,00 (R\$ 20.000 x 0.05%) com a adoção desta medida de precaução, o que gera um benefício marginal de R\$ 10,00 para *B*.
- Caso o custo em que *A* incorre para adotar esta medida (reduzir a velocidade) seja inferior a R\$ 10,00, digamos R\$ 5,00, a medida será eficiente. Ao adotar uma medida que lhe custa apenas R\$ 5,00, *A* gera um benefício de R\$ 10,00 para *B*.

Portanto, nestas condições *A* deveria reduzir sua velocidade inicial em 20 km/h, pois a eficiência econômica pelo nível de precaução foi maior se comparado ao valor que teria que despende caso o motorista não reduzisse sua velocidade. Há certamente outros exemplos que ilustram como a AED pode ser empregada para resolução de casos concretos. Para fins de simplificação da linguagem, chamaremos de *ofensor* o potencial causador de dano, e de *vítima* quem sofre o dano.

7.2. FÓRMULA DE LEARNED HAND

Por meio do ativismo judicial das Cortes norte-americanas, o juiz Learned Hand, no caso *United States v. Carroll Towing Co.*, elaborou uma fórmula cujo objetivo era estabelecer um parâmetro para a caracterização das condu-



tas culposas⁷⁷. A fórmula expõe, de modo sintético, que o nível de precaução deve ser menor do que a magnitude do acidente, e se ele ocorrer, multiplicado pela probabilidade da ocorrência. O exemplo acima sobre os níveis de precaução que o motorista pode empregar quando dirige o automóvel em determinada velocidade ilustra os critérios de eficiência estabelecidos pela fórmula. Segundo Hand, o potencial causador *A* de um dano terá agido com culpa quando os custos marginais de precaução que deixou de adotar forem inferiores à redução marginal do dano esperado.

Fórmula de Hand: $C < DE$

C = custo marginal de precaução

DE = montante do dano esperado

No exemplo encontrado acima, se *A* deixar de reduzir a velocidade estará agindo de forma culposa, e violando um dever de precaução, uma vez que os custos em que incorreria para adotar semelhante medida (R\$ 5,00) são inferiores aos benefícios marginais advindos de sua adoção (redução do dano esperado em R\$ 10,00). Desse modo, ao deixar de adotar uma medida que lhe custaria apenas R\$ 5,00, *A* gera uma perda esperada de R\$ 10,00 para *B*, agindo, portanto, com culpa.

Agora vamos supor que, caso *A* reduzisse a velocidade de seu veículo em 40 km/h ao passar pela mesma curva, a probabilidade de causar um dano de R\$ 20.000,00 a *B* caia para 0,04%. Suponha também que esta redução de velocidade custe R\$ 13,00 para *A*. Ao indagarmos se o direito da responsabilidade civil fosse regido pelos preceitos da fórmula de Hand, *A* deveria reduzir sua velocidade ou permanecer com sua velocidade inicial? Nesse caso, o custo marginal de adoção desta medida de precaução (R\$ 13,00) supera seus benefícios marginais (R\$ 12,00), portanto *A* não age de forma culposa ao deixar de adotar a medida⁷⁸.

Os níveis de precaução que podem ser adotados pelos motoristas guardam uma relação com os retornos decrescentes (da teoria da microeconomia, com a noção de custo marginal), já que à medida que se aumenta a frequência ou intensidade de uma medida preventiva (reduzir a velocidade, usar cinto de segurança, respeitar a sinalização, não beber antes de dirigir, entre outras medidas), sua capacidade de gerar mais prevenção se reduz progressivamente⁷⁹.

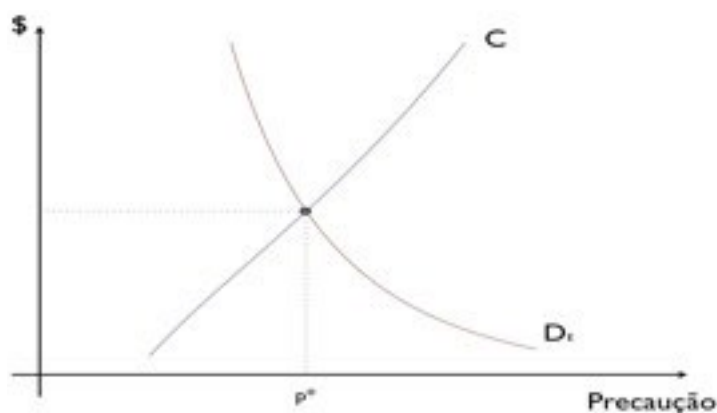
Por outro lado, os custos de adoção das medidas preventivas tendem a aumentar à medida que se impõe um dever cada vez maior de precaução a um agente. Os exemplos de medidas preventivas mencionados no parágrafo anterior podem tornar o custo de precaução demasiadamente elevado. Cooter e Ulen advertem que tomar precauções muitas vezes implica em perda de dinheiro, tempo ou conveniência.

⁷⁷ O processo dizia respeito à perda de uma barça e sua carga no porto de Nova York, sendo que várias barças foram amarradas, junto ao atracadouro, com somente uma corda. O rebocador do réu foi contratado para levar uma das barças para fora do porto, ao passo que a tripulação do rebocador do réu, reajustou as cordas de ancoragem para soltar a barça, sem a presença dos responsáveis pelos barcos. O ajuste não se procedeu de forma correta, sendo que uma das barças se soltou, vindo a colidir com outro barco, o que culminou no naufrágio e perda da carga. O proprietário da barça naufragada processou o proprietário do rebocador, alegando que os funcionários do proprietário do rebocador foram negligentes ao reajustarem as cordas de ancoragem, ao passo que o proprietário do rebocador alegou que o responsável também foi negligente, pois não verificou corretamente o ajuste das cordas que prendiam os navios.

⁷⁸ Para calcular o benefício marginal basta subtrair o dano esperado antes da adoção da medida preventiva ($0,1\% \times R\$ 20.000,00 = R\$ 20,00$) do dano esperado após sua adoção ($0,04\% \times R\$ 20.000,00 = R\$ 8,00$). $20 - 8 = 12$.

⁷⁹ Como explicado pelo Professor Antonio Porto, a diferença de dirigir em uma cidade entre 100 km/h e 80 km/h é de 20 km/h, assim como a diferença entre 60 km/h e 40 km/h também é de 20 km/h, porém, a eficiência gerada por cada uma dessas medidas pode variar significativamente, de acordo com o custo marginal de redução.

A representação gráfica da fórmula de Hand é a seguinte:



C = custo marginal de precaução
 DE = dano esperado marginal = pd
 p = probabilidade marginal de ocorrência de dano
 d = dano marginal

Ao interpretarmos o gráfico, qualquer nível de precaução inferior a p^* constituirá uma conduta culposa, de acordo com a fórmula de Hand. Qualquer nível superior de precaução será excessivo, ineficiente. Richard Posner faz uma advertência a qual todas as variáveis adotadas são marginais, e não representam valores absolutos, sendo que a fórmula de Hand é adequada ao tipo de informação acessível aos juízes na análise de casos concretos.

Há também alguns casos emblemáticos na jurisprudência norte-americana que precisam ser mencionados. Em *Adams v. Bullock*⁸⁰, Posner apresenta o caso de um garoto de 12 anos, que ao atravessar uma ponte que cruzava os trilhos de uma empresa ferroviária ré, atirou um fio de metal de 3 metros que atingiu a parte elétrica dos trilhos, resultando em um choque que causou sérios ferimentos ao garoto, autor da ação. A Corte julgou procedente o caso para a parte ré, por considerar que a probabilidade de ocorrência de acidente semelhante era excessivamente reduzida, dado o posicionamento dos trilhos, e considerou também que os custos de prevenção da empresa por meio de isolamento do material elétrico eram excessivamente altos.

A fórmula de Hand não inovou juridicamente no sentido de utilizar o critério de *negligência* como elemento norteador para reparação civil em casos de acidente. Por exemplo, no caso *Blyth versus Birmingham Water Works*⁸¹ havia discussão se a empresa responsável pela distribuição de água foi negligente ao não enterrar, de modo suficiente, sua tubulação e o sistema de coleta de água de modo a prevenir o rompimento deles em caso de geadas, causando danos aos demandantes. O tribunal, ao favorecer a empresa de distribuição

⁸⁰ *Adams v. Bullock*. 227 N.Y. 208, 125 N.E. 93 (1919) (Cardozo J.).

⁸¹ 11 Exch.781, 156 Eng. Rep. 1047 (1856)



de água, enfatizou que a geada tinha sido de muito severa, sem precedentes na história daquela região, isto é, a probabilidade de danificar a propriedade do demandante tinha sido pequena. O dano não era tão grande a ponto de tornar o custo esperado do acidente maior do que o custo de prevenção, o qual teria envolvido altas despesas para se enterrar as tubulações.

7.3. EXERCÍCIOS PROPOSTOS

A) Descreva, de modo sintético, os conceitos trazidos pela Fórmula de Hand. Procure traçar o gráfico.

B) Faça uma pesquisa sobre alguns casos emblemáticos em que a Fórmula de Hand pode ser aplicada. Analise os níveis de precaução, tanto do ofensor, como da vítima.



AULA 08 — ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE HAND, BILATERALIDADE DO DANO E CUSTO SOCIAL.

PALAVRAS-CHAVE

Casos da jurisprudência e Fórmula de Hand — Níveis de precaução do ofensor e vítima — Bilateralidade do dano — custo social

OBJETIVOS

Após a análise dos conceitos da Fórmula de Hand e dos níveis de precaução que devem ser adotados pelo ofensor e vítima, devemos estudar a aplicação da fórmula em alguns casos da jurisprudência, selecionados em diferentes ordenamentos jurídicos. A AED busca trazer um padrão de eficiência alocativa e não se preocupa em entender a responsabilidade civil sob o modelo distributivo. A eficiência alocativa descreve um padrão de produção com o nível ótimo, sendo que é alcançada quando o preço e quantidade de um bem ou produto são determinados pela interação das curvas de oferta e demanda. Por vezes, o mercado apresenta distorções, já que os recursos não são alocados de modo eficiente, o que pode ser agravado pela atuação governamental por meio de regulação em determinados setores da economia, além do ativismo judicial⁸².

8.1. EXEMPLOS DO EMPREGO DA FÓRMULA DE HAND EM DIFERENTES ORDENAMENTOS JURÍDICOS

8.1.1. Cortes Americanas

a) *Hendricks v. PeabodyCoalCo.* (1969)

A empresa proprietária de uma mina de carvão abandonada foi considerada negligente e condenada a indenizar pelos danos sofridos por um jovem de 16 anos, que se lesionou gravemente em uma rocha submersa, enquanto se banhava em um espelho de água formado pelas chuvas. A Corte fundamentou sua decisão considerando que o custo de precaução, qual seja a eliminação ou drenagem do espelho d'água era estimado entre US\$ 12 mil a US\$ 14 mil, montante inferior aos US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) dos danos sofridos pelo jovem, pelos custos hospitalares e outros, conforme havia no caso precedente *Dallas v. Granite City Steel Co*⁸³. Desse modo, a empresa

⁸² Jeffrey Harrison, no caso *Chesapeake and Ohio Railway Company v. United States* [704 F.2d 373, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1973] dispõe que a eficiência alocativa ou a competição empresarial tendo em vista o bem estar do consumidor deve prevalecer no pensamento acadêmico e judicial, além como elemento norteador da legislação antitruste. Em contrapartida, Harrison critica de modo incisivo a regulação estatal, que pode trazer distorções, conforme trecho a seguir "However, one of the criticisms of regulation in general and railroad regulation in particular is that forces the regulated firms to provide uneconomical services; and as with abandonments, so with through routes, the fact that a railroad discontinues a particular service offering is not necessarily a sign of diminished competition from a broad consumer-welfare standpoint".

⁸³ 64 ILL.App.2d 409, 419, 211 N.E.2d 907.

foi negligente ao não adotar medidas preventivas alternativas, de baixo custo, como a restrição ao acesso com o isolamento da área, colocação de placas proibitivas de sinalização⁸⁴.

Em termos numéricos, imagine que L_v (a perda que a vítima teria se acidente ocorrer) é 100, L_i (a perda ao ofensor) é também 100, a probabilidade do acidente (P) é 0,1 e o acidente pode ser evitado a um custo (B) de 15. Se os dois L s forem incluídos na fórmula de Hand, o ofensor terá sido negligente se ele não puder tomar a precaução porque $15 < 0,1 (200) = 20$. Porém, se somente o L_v for incluído na fórmula, ele não terá sido negligente (porque $15 > 0,1 (100)$). Neste caso, mesmo que o ofensor potencial esteja correndo riscos, deveria adotar medidas de precaução como forma de minimizar a indenização caso o acidente venha a ocorrer.

b) Dobson v. Louisiana Power & Light Co. (1990)

A Corte Estadual do Estado da Louisiana condenou a empresa de energia elétrica a ressarcir os danos causados à vítima, que se feriu ao realizar a poda de árvores próximas as linhas de transmissão de energia elétrica. A Corte considerou que a empresa desempenhou uma conduta negligente, além da atividade de risco, de transmitir eletricidade em alta voltagem em uma região exclusivamente residencial, sem que fossem adotadas as devidas medidas de precaução. A magnitude do dano esperado era extrema quando comparado às medidas preventivas (pouco dispendiosas), como colocação de placas de advertência, ou até mesmo alterar a disposição das linhas, passando por trajetos que ofereceriam menos riscos às pessoas.

A Corte da Louisiana entendeu que “a negligência é definida como conduta que fica abaixo do *standard* estabelecido pelo direito para a proteção dos indivíduos contra um risco não razoável de dano”. O nível de cuidado demandado de uma pessoa, de acordo com a fórmula de Hand, é resultante de três fatores: a probabilidade de que sua conduta venha a causar danos a outras pessoas; considerada em conjunto a gravidade do dano se ele ocorrer, e contraposta ao interesse que ele deve sacrificar, ou o custo de precaução que ele deve adotar para evitar o risco. Se o produto da probabilidade do dano é multiplicado pela gravidade do dano excede a carga de precaução, o risco não é razoável e a falha em adotar precaução ou sacrificar o interesse caracteriza negligência (L. Hand em *Conway v. O'Brien*, 111 F. 2d 611, 612 2d Cir. 1940)

⁸⁴ O juiz Alloy, relator do caso, observou que a empresa não adotou os níveis mínimos de precaução, o que caracterizou uma conduta negligente. Os argumentos são: “there was strong evidence that there were no signs prohibiting trespassers or warning of any danger prior to the time of the occurrence resulting in injury to plaintiff. There were also no fences or barricades of any kind anywhere nor were there any lifeguards or life preservers”.



8.1.2. Tribunais Ingleses

a) Bolton v. Stone (1951)

O caso acima decorre de um rebatedor do jogo de cricket que, durante uma partida, atirou uma bola por cima de uma cerca, atingindo uma pessoa que passeava em uma via próxima. A *House of Lords* (Tribunal de Justiça na Grã Bretanha) considerou que não havia negligência do clube de cricket, visto que o risco de ocorrer um acidente era muito baixo, pois conforme restou evidenciado, durante 90 anos da prática do esporte ninguém havia se acidentado, e a bola só foi atirada fora dos limites do campo em apenas seis oportunidades. Ademais, houve a adoção de medidas razoáveis de precaução, como a existência de uma cerca de proteção de 8,5 metros de altura, o que dificultava a passagem da bola. De acordo com o juiz relator do caso, “em meu julgamento o teste a ser aplicado aqui é se o risco do dano a uma pessoa na estrada era tão pequeno que um homem razoável na posição dos apelantes, considerando o problema do ponto de vista da segurança, julgasse correto não tomar providências que evitassem o perigo”⁸⁵.

b) Harley v. London Electricity Board (1964)

No caso em questão, um cego feriu-se gravemente quando circulava por uma via pública em Londres, e caiu em um buraco aberto pela empresa de eletricidade. A *House of Lords* considerou a empresa culpada, pois a mesma foi negligente em ter deixado uma área desprotegida, e no local passava um grande fluxo de pessoas (outro dado adicional é que na data do acidente, mais de 500 pessoas eram cegas em Londres). Ademais, a colocação de medidas de precaução, a exemplo de uma cerca, ou placas indicativas para pedestres, além do isolamento da área, configura um baixo custo diante do dano esperado.

8.1.3. Cortes Alemãs

a) Caso Black Ice (1994)

A decisão da Corte Alemã acerca da responsabilidade civil do Estado pelos danos sofridos por um motorista que, ao transitar a noite em via expressa, derrapou com seu veículo em virtude da repentina formação de gelo na pista (black ice), e colidiu contra uma ponte, próximo à cidade de Dortmund. Ao apreciar o caso concreto, a Corte considerou que o devido dever de cuidado do Poder Público frente a situações de repentinas formações de gelo e neve reside na desobstrução das vias públicas em áreas residenciais e em áreas par-

⁸⁵ GREGORY, Charles; KALVET Jr., Harry. *Cases and Materials on Torts*. Little, Brown and Company, 1969.

ticularmente perigosas, registrando ser “praticamente impossível” a manutenção da segurança em toda a extensão das vias públicas.

Desse modo, houve a decisão pela não negligência do Poder Público, já que a Corte ponderou sobre os custos e benefícios envolvidos, de acordo com o seguinte excerto: “o conteúdo e o escopo do dever de devido cuidado para a segurança das rodovias e, portanto, do dever de desobstrução são determinados pelas medidas que são objetivamente necessárias para evitar o perigo e que são consideradas razoáveis à vista de algum critério objetivo. No que tange ao dever de cuidado para manutenção das rodovias, seria excessivo exigir que para uma quantidade relativamente reduzida de tráfego sejam realizados enormes esforços organizacionais e materiais para assegurar o trânsito em qualquer momento possível. Tal significaria que o público em geral teria que suportar um custo considerável em benefício de um pequeno grupo de usuários da rodovia”.

8.1.4. Tribunais Brasileiros

a) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Em decisão similar ao referido precedente norte americano (*Hendricks v. PeabodyCoalCo*), ao apreciar a Apelação Cível n. 422.298.5/4-00, o TJSP caracterizou a negligência da conduta da Companhia de Saneamento Básico de São Paulo — SABESP —, condenando-a ao pagamento de indenização por danos materiais à Gival Pereira da Cruz, em decorrência da morte por afogamento de dois de seus filhos, que se banhavam no rio Juqueri, em local próximo a ponto de captação de água que integra o sistema de abastecimento, operado pelo Ente Público.

O desembargador Ronaldo Frigini, relator do caso, considerou que: “o local dos fatos, como apontado pela ré, é perigoso e não deve ser utilizado por terceiros para nenhum fim, tanto que na época havia placas com os dizeres PERIGO DE MORTE. CANAL PROFUNDO E FORTES CORRENTEZAS. PROIBIDO PRATICAR ESPORTE MOTORIZADO. PRESERVE SUA VIDA E O MEIO-AMBIENTE. Em verdade, cabia a SABESP impedir o acesso à área do acidente pelos moradores da região ou por qualquer pessoa. Tanto é verdade que após o infortúnio contratou um funcionário para fiscalizar a área ininterruptamente. Ora, a necessidade de maior vigilância resulta até mesmo da própria dinâmica da narrativa do local e dos fatos pela requerida em sua contestação. Se ela própria reconhece a periculosidade natural do lugar não poderia ficar na tranquilidade de apenas duas placas com dizeres incisivos, mas não totalmente explicativos. Não necessitava aguardar o trágico evento para, só depois, adotar as medidas necessárias”.

Constata-se, desse modo, que ao contrapor a probabilidade de ocorrência de acidentes graves, e as medidas adicionais de precaução passíveis de adoção com objetivo de evitar o acidente, a contratação de funcionário para fiscalizar a área, o TJSP implicitamente, aplicou os fundamentos da fórmula de Hand como critério de determinação da negligência da conduta do Ente Público. O dano esperado era maior que os custos de precaução que a empresa poderia adotar para evitar o acidente.

b) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), ao apreciar a Apelação Cível de nº 70030093868, deixou caracterizada a negligência da conduta do Departamento Municipal de Água e Esgotos — DMAE —, condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais a Nelson Pletsch, portador de deficiência visual que caiu em um buraco de esgoto do DMAE que se encontrava aberto, ao passo que seu rim foi extirpado em consequência das lesões sofridas.

A desembargadora Marilene Bonzanini, relatora do processo, considerou que “o DMAE deveria prever estas situações de risco, tomando cautelas para o fim de impedir, especialmente, que portadores de necessidades especiais — cuja tutela de direitos tem merecido proteção especial do Estado — sofressem acidentes por conta de sua omissão. A segurança do local poderia ter sido feita através de isolamento com tela de proteção a impedir completamente o acesso, o que afastaria o risco de queda daqueles que ali transitam. O fato é que a forma como foi colocado o cavalete — se é que colocado — configuraria uma medida de baixo custo diante do dano esperado”. Tal caso também demonstra que poderia ser utilizadas maneiras simples que influiriam no custo de precaução, e reduziriam a chance de ocorrer algum dano.

8.2. BILATERALIDADE DO DANO: CONDUTA DA VÍTIMA

Conforme podemos observar, a fórmula de Hand fornece um critério para estabelecimento do nível ótimo de precaução do ofensor, porém não leva em conta o comportamento ou conduta da vítima, não sendo suficiente para aferirmos uma regra da responsabilidade civil. A conduta da vítima pode interferir decisivamente na probabilidade de ocorrência de eventos danosos, ao mesmo tempo em que as medidas de precaução mais eficientes e menos custosas podem ser aquelas adotadas pelas vítimas. Cooter e Ulen colocam que ao se analisar a eficiência de determinada regra de responsabilização civil, não se pode deixar de levar em consideração os incentivos gerados para que a vítima se comporte de forma desejável.

No direito brasileiro, observamos duas modalidades classificadas pela doutrina: **culpa concorrente e culpa exclusiva da vítima**. A exclusiva atuação culposa da vítima tem o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil. A culpa exclusiva da vítima não está codificada na legislação civil⁸⁶, e sim advém da construção doutrinária e jurisprudencial, conforme entendimento de José Aguiar Dias:

“Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”⁸⁷.

O exemplo mais difundido sobre culpa exclusiva da vítima diz respeito à hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo em velocidade moderada, compatível com as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas. Esse evento danoso não pode ser atribuído ao motorista, e tão somente à vítima, que exclusivamente deu causa ao resultado final. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem exigido que o ofensor demonstre, de modo suficiente, a atuação exclusiva da vítima para ocorrência do evento danoso, o que redundará na quebra do nexo de causalidade e no efeito do ofensor se eximir da obrigação de indenizar⁸⁸.

Já a culpa concorrente da vítima, o ofensor pode escapar da responsabilização provando que o nível de precaução adotado pela vítima não cumpriu o parâmetro jurídico de cuidado. Exemplo trazido pela jurisprudência norte-americana diz respeito ao caso *Butterfield v. Forrester* (11 East 60 K.B., 1809), na qual a vítima ao cavalgar, de modo imprudente e rápido, sem a utilização dos equipamentos de segurança, não observou os deveres de cuidado, contribuindo, concorrentemente, para a ocorrência do evento danoso. No Código Civil Brasileiro, a culpa concorrente está consignada, expressamente, no artigo 945:

“Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Richard Posner denomina a culpa concorrente de “negligência contributiva”, na qual a vítima contribui para a ocorrência do resultado. No caso *Dickinson v. Pale* (1973), observamos que a vítima não assume o dever objetivo de cuidado, transcrito abaixo:

“Our appellate courts have held that the Law imposes upon a person the duty to exercise ordinary care to protect himself from injury

⁸⁶ No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), o artigo 14 relata, de modo expresso, que o “fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços (...)”. Porém, o § 3º, II, mitiga essa regra, sendo que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar “a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

⁸⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, 1994.

⁸⁸ No Recurso Especial de nº 439408/SP, julgado pelo STJ e de relatoria do Min. José Delgado, houve a consignação expressa de que “a ré só ficaria isenta da responsabilidade civil se demonstrasse que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima”.



and to avoid a known danger; and that where there is such knowledge and there is an opportunity to avoid such a known danger, failure to take such opportunity is contributory negligence”.

Sobre a repartição dos custos na culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência recomendam a divisão da indenização, não necessariamente pela metade, mas proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada um dos envolvidos. Esse entendimento é chancelado por Aguiar Dias, o qual dispõe que “quanto aos demais domínios da responsabilidade civil, a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos”⁸⁹.

A AED, por meio de seus estudos, provou ser um modelo simples de responsabilização civil: pressupondo a indenização perfeita e cada parâmetro jurídico equivalente ao nível eficiente de cuidado, cada forma da regra de responsabilidade subjetiva dá ao autor do dano e à vítima incentivos para a precaução eficiente. Entretanto, poderíamos pensar que a vítima, por ser quem sofre o dano, teria sempre incentivos para exercer um nível apropriado de precaução. Na prática, contudo, isso não se verifica, e diferentes regras de responsabilização podem gerar comportamentos bastante diversos por parte da vítima.

O exemplo a seguir pode ajudar a ilustrar a situação. Suponhamos agora que, caso *B* estacionasse a uma distância de, pelo menos 20 metros da curva, a chance de ocorrência de uma batida fosse reduzida, de 0,1% para 0,05%, a um custo de apenas R\$ 5,00 para *B*. Deve-se perguntar se seria desejável que essa medida de precaução fosse adotada por *B*? Nesse caso, a resposta é afirmativa, pois o benefício marginal (R\$ 10,00) é superior ao custo marginal de precaução (R\$ 5,00), fazendo com que *B* adote essa medida de precaução⁹⁰.

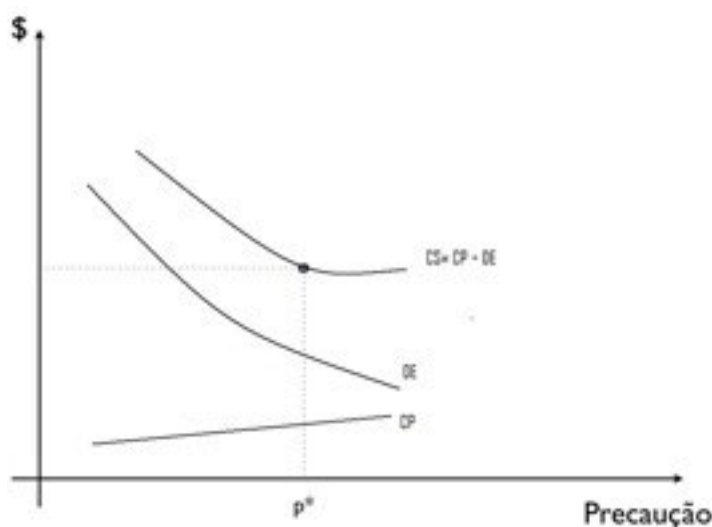
Todavia, em um cenário de responsabilidade ilimitada do ofensor, *B* poderia não se dar ao trabalho de adotar tal medida, por saber que seria ressarcido, de qualquer maneira, caso a batida acontecesse. Não haveria incentivos para que *B* adotasse uma medida de precaução. **Portanto, pode-se concluir que o nível ótimo de precaução do ofensor, em geral, depende do nível de precaução adotado pela vítima, e vice-versa.** Há certamente uma relação de interdependência das condutas do ofensor e da vítima, que precisa ser explicitada em um modelo mais amplo para a visualização do problema. Na realidade, é difícil de verificar uma situação de culpa exclusiva da vítima, e sim a interseção das condutas do ofensor e da vítima para a ocorrência do evento danoso.

⁸⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁹⁰ Para calcular o benefício marginal basta subtrair o dano esperado antes da adoção da medida preventiva (0,1% x R\$ 20.000,00 = R\$ 20,00) do dano esperado após sua adoção (0,05% x R\$ 20.000,00 = R\$ 10,00). 20 - 10 = 10.

8.3. MODELO GERAL: FÓRMULA DO CUSTO SOCIAL

A fórmula do Custo Social se baseia no modelo que estipula a minimização de uma função dos custos sociais, em outros termos: no custo do dano e no custo de se evitar o dano. A fórmula retira o foco da análise da conduta de cada agente (ofensor e vítima). O custo social (CS) é a soma do custo de exercício de precaução e o dano esperado ($CS = CP + DE$).



CS = Custo Social

CP = Custo do Exercício de Precaução

DE = Dano Esperado

Ao observarmos o gráfico acima, o nível de precaução ótimo p^* seria aquele que minimiza a função de custo social CS. Neste caso, p^* não nos informa o nível de precaução ótimo de cada agente, mas sim uma medida de precaução social, resultante da interação das condutas do ofensor e da vítima. A fórmula de Hand e a fórmula do custo social são complementares, pois oferecem um panorama mais amplo da conduta de todos os agentes envolvidos. Entretanto, cumpre indagarmos de que forma podemos calcular o nível ótimo de precaução a ser adotado por cada agente no exercício de suas atividades? Quais regras de responsabilidade civil podem gerar comportamentos eficientes dos agentes? Essas questões serão devidamente analisadas no tópico abaixo, com o intuito de dar eficiência às regras de responsabilidade civil.



8.4. EXERCÍCIOS PROPOSTOS

A) Procure descrever, com suas palavras, um caso relatado acima que utilize a fórmula de Hand. Atribua valores hipotéticos para o dano esperado e os custos de precaução.

B) Qual a diferença de culpa exclusiva da vítima para culpa concorrente? Traga exemplos dos tribunais brasileiros.

C) Descreva, de modo sintético, a fórmula do Custo Social.

D) Como medidas de redução do Custo Social podem refletir no Processo Penal? Tente fazer uma pesquisa jurisprudencial nesse sentido.



AULA 09 — ANÁLISE DA EFICIÊNCIA DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

PALAVRAS-CHAVE

Teoria dos jogos — análise dos diferentes cenários da Responsabilidade Civil — níveis de precaução do ofensor e vítima

OBJETIVOS

O objetivo dessa aula é compreender os diferentes cenários em que pode ser empregada a responsabilidade civil, com base no diagrama proposto pela Teoria dos Jogos. Desse modo, procura-se estabelecer quais são os níveis de precaução que ofensor e vítima podem estabelecer.

9.1. TEORIA DOS JOGOS

Como podemos observar, há um inter-relacionamento entre as condutas da vítima e do ofensor, já que a conduta adotada por um dos agentes modifica o cenário que se apresenta o outro agente. Frequentemente há situações em que existem poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima para uma pessoa depende do que o outro agente econômico possa escolher. Essas situações assemelham-se a jogos, na medida em que as pessoas precisam adotar determinada estratégia, também conhecido como comportamento estratégico.

Na teoria da microeconomia de formação de preços, a teoria pressupõe que os agentes econômicos possuem comportamento racional e que buscam maximizar sua riqueza, na medida em que as oportunidades disponíveis para um indivíduo são consideradas independentes das escolhas de outros agentes⁹¹. Entretanto, as oportunidades econômicas disponíveis para um agente podem depender das escolhas feitas por outros agentes, a exemplo da celebração de contratos, cartel.

O exemplo do motorista precisa ser reformulado da seguinte forma, eliminando a análise do nexo de causalidade (o ofensor é aquele que dá causa ao dano). O resultado eficiente será encontrado quando ofensor e vítima tomam medidas de precaução simultâneas, ou seja, o ofensor reduz a velocidade e a vítima estaciona o carro longe da curva. A probabilidade de ocorrência da batida será: de 0,1% quando ambos deixam de exercer precaução; de 0,05% quando apenas um dos agentes exerce precaução; e de 0,02% quando ambos

⁹¹ A teoria de formação de preços está relacionada também ao emprego das curvas de indiferença de cestas de consumo, e taxa marginal de substituição, que encontra limite na linha orçamentária do consumidor, o qual procura maximizar sua utilidade. Segundo MANKIW, “ao fazer suas escolhas de consumo, o consumidor toma como dado o preço relativo de dois bens e, então, escolhe um ótimo ao qual sua taxa marginal de substituição seja igual ao preço relativo. O preço relativo é a taxa à qual o mercado está disposto a trocar um bem por outro, ao passo que a taxa marginal de substituição é a taxa à qual o consumidor está disposto a trocar um bem por outro. No ótimo do consumidor, a avaliação que ele faz dos dois bens (como medida para taxa marginal de substituição) é igual à avaliação do mercado (como medida pelo preço relativo). Como resultado dessa otimização pelo consumidor, o preço de mercado dos diferentes bens reflete o valor que os consumidores atribuem a cada bem”. MANKIW, Gregory. Introdução à Economia. 3ª edição, Thomson.

exercem precaução. O curso para ambos tomarem precaução é de R\$ 5,00, e o montante do dano em caso de acidente é de R\$ 20.000,00.

9.1.1. 1º Cenário: ausência de responsabilidade civil

No cenário de ausência de responsabilidade civil, o ofensor nunca será responsabilizado por eventuais danos que venham causar à vítima. Nesse tipo de situação, o ofensor tem pouco ou nenhum incentivo para incorrer no custo do exercício de precaução.

		Vítima	
		exerce precaução	não exerce precaução
Ofensor	exerce precaução	- R\$ 5,00; - R\$ 9,00	- R\$ 5,00; - R\$ 10,00
	não exerce precaução	R\$ 0,00; - R\$ 15,00	R\$ 0,00; - R\$ 20,00

Cumprе ressaltar que a vítima arca com o dano esperado (DE) e o custo de precaução (CP), ao passo que o ofensor arca somente com o custo de precaução — o ofensor tende a optar por não incorrer no custo de precaução de R\$ 5,00, em face da alternativa de nada pagar. Como observado pelo professor Antonio Maristrello, “as pessoas tendem a reagir a incentivos e podemos afirmar com algum grau de certeza que um número menor de ofensores adotaria precaução caso vigorasse a regra da ausência da responsabilidade civil”⁹².

9.1.2. 2º Cenário: responsabilidade civil ilimitada

No segundo cenário, o ofensor arca sempre com o dano esperado e com seu custo de precaução, ao passo que a vítima arca somente com seu custo de precaução. Como o ofensor arca com o valor integral no ressarcimento do dano, a vítima não tem incentivos para arcar com o custo de precaução, o que gera uma situação ineficiente para a economia, além de custos sociais, de acordo com a AED.

⁹² PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.



		Vítima	
		exerce precaução	não exerce precaução
Ofensor	exerce precaução	- R\$ 9,00; - R\$ 5,00	- R\$ 15,00; R\$ 0,00
	não exerce precaução	- R\$ 10,00; - R\$ 5,00	- R\$ 20,00; R\$ 0,00

Como observado na matriz, a vítima tem poucos incentivos para exercer a precaução. Quando vítima e ofensor exercem precaução, temos um custo social de R\$ 14,00 ($R\$ 9 + R\$ 5 = 14$), ao passo que quando somente o ofensor exerce precaução, o custo social fica em R\$ 15,00. A regra deve procurar um ponto ótimo para que dê eficiência à economia e dinamismo às relações sociais, razão pela qual os extremos devem ser rechaçados, a exemplo do cenário de ausência da responsabilidade civil e de responsabilidade civil ilimitada.

9.1.3. 3º Cenário: responsabilidade civil subjetiva

O terceiro cenário está alicerçado na responsabilidade civil subjetiva, quando o ofensor estiver agindo com culpa. No gráfico abaixo, o critério de caracterização de culpa será proposto com base na fórmula de Hand — o ofensor age com culpa se deixar de reduzir a velocidade, uma vez que o custo em que arca para tomar esta medida de precaução é inferior à redução do dano esperado.

		Vítima	
		exerce precaução	não exerce precaução
Ofensor	exerce precaução	- R\$ 5,00; - R\$ 9,00	- R\$ 5,00; - R\$ 10,00
	não exerce precaução	- R\$ 10,00; - R\$ 5,00	- R\$ 20,00; R\$ 0,00

Pela análise da tabela, o ofensor tende a exercer precaução, pois o gasto para exercer alguma medida (R\$ 5,00) é bem menor que o prejuízo para o dano esperado, fazendo com que o exercício de precaução seja uma estratégia dominante para o ofensor. Cumpre observar que a fórmula de Hand imputa ao ofensor todos os custos que integram a fórmula do custo social, que esse age com culpa. Por outro lado, a vítima não possui estratégia dominante, apesar de preferir exercer precaução, dado que para o ofensor é igualmente vantajoso exercer precaução. Quando o ofensor adota o nível ótimo de precaução, a vítima passa a arcar com todos os custos que integram a fórmula do custo social. Desse modo, o cenário da responsabilidade civil subjetiva gera incentivos para que os agentes (ofensor e vítima) adotem níveis ótimos de precaução, com a definição do critério de culpa.

Na doutrina brasileira, a ideia de culpa está ligada à responsabilidade civil, apesar de observarmos uma tendência de objetivação do instituto, conforme será mencionado no tópico abaixo. O Código Civil Brasileiro, no artigo 186, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva, termo empregado no sentido amplo, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Os requisitos empregados para aferição da responsabilidade civil subjetiva são: i. ação ou omissão do agente causador da lesão; ii. nexo de causalidade entre o ato lesivo e o dano; iii. culpa do ofensor.

No que diz respeito à conduta culposa, Sérgio Cavalieri Filho preceitua, de modo sintético, que se pode conceituar culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”⁹³. Os elementos da conduta culposa são: conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. É importante frisar que a doutrina tem entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurí-

⁹³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Nessa mesma linha, o doutrinador ensina que “embora voluntário, o resultado poderá ser previsto pelo agente. Previsto é o resultado que foi representado, mentalmente antevisto. Nesse caso, teremos a culpa com previsão ou consciente, que se avizinha do dolo, porque neste também há previsão, mas como elemento essencial. Estrema-se dele, todavia, pelo fato de não ser querido o resultado, muito embora previsto”.

dico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever esse que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omissente. Só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, cuja situação jurídica obrigue a impedir a ocorrência do resultado⁹⁴.

Por fim, o artigo 188 do Código Civil Brasileiro diz respeito às *causas de exclusão da ilicitude*. São hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outras pessoas, não viola um dever jurídico ou uma regra estabelecida pela lei, já que nem todo ato danoso é ilícito. As causas são: exercício regular do direito; legítima defesa e estado de necessidade.

9.1.4. 4º Cenário: responsabilidade civil objetiva

Sob o cenário da responsabilidade civil objetiva, o ofensor arca, em regra, com dano, com exceção da incidência da regra da culpa exclusiva da vítima. No modelo proposto, adotaremos que a responsabilidade será do ofensor em todos os casos, exceto quando a vítima agir com culpa exclusiva, com base na fórmula de Hand. A tabela abaixo demonstra a matriz de possibilidades:

		Vítima	
		exerce precaução	não exerce precaução
Ofensor	exerce precaução	- R\$ 9,00; - R\$ 5,00	- R\$ 5,00; - R\$ 10,00
	não exerce precaução	- R\$ 10,00; - R\$ 5,00	R\$ 0,00; - R\$ 20,00

Quando o ofensor exerce ou não precaução, a resposta menos custosa para a vítima é exercer precaução (R\$ 5,00), sendo que o exercício de precaução neste jogo é uma estratégia dominante para a vítima. Por seu turno, o ofensor não possui estratégia dominante, apesar de sabermos que a vítima tende a exercer precaução, o que implica, inevitavelmente, que o ofensor também exerça precaução. A escolha dos níveis ótimos de precaução redundará na minimização dos custos privados e também dos custos sociais, pensando em uma escala macroeconômica.

⁹⁴ A doutrina coloca como exemplo de omissão relevante a conduta de um médico que se recusa a atender um paciente grave, decorrente como dever jurídico de agir.

Houve uma evolução substancial na compreensão da responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro. A *teoria do risco* foi fundamental para afastar o elemento da culpa dos atos ilícitos, já que não se discute culpa, pois todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa⁹⁵. Para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois elementos: o dano e o nexo de causalidade. A Constituição Federal, bem como legislação esparsa, ampliaram o campo de incidência da responsabilidade civil objetiva, como podemos encontrar, resumidamente, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigos 12; 14; 18 e 19 da Lei 8.078/91); Constituição Federal consagrou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, de acordo com o artigo 37 §6º da CF/88; responsabilidade objetiva por acidentes nucleares independente de culpa, também disposto no artigo 21, XXIII, “d” da CF/88; danos causados ao meio ambiente, de acordo com o art. 14 §1º da Lei 6.938/1981 e outros.

No Código Civil Brasileiro, o abuso de direito também foi contemplado pela teoria objetiva da responsabilidade civil, conforme disposto no artigo 927. A regra determina a obrigação do ofensor de indenizar a vítima, na prática de algum ato ilícito, devido ao exercício anormal do direito⁹⁶. Por sua vez, o parágrafo único do art. 927 é uma extensão da regra da responsabilidade objetiva, decorrente do “desempenho de atividade de risco”. A própria natureza da atividade traz consigo riscos que podem afetar o funcionamento normal da comunidade, com potencialidade lesiva, sendo que o dever de segurança deve guiar esse tipo de atividade. A doutrina brasileira diverge dos exemplos que podem ser dados como atividade de risco, mas podemos elencar o transporte aéreo; exploração de produtos radioativos, inflamáveis, tóxicos, entre outros.

9.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA X RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Como podemos observar nos cenários acima, há uma correspondência entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva. Na responsabilidade subjetiva, a vítima arca com o ônus decorrente do dano esperado, ao passo que o ofensor arca com o dano quando pratica uma conduta culposa. Por outro lado, na responsabilidade objetiva, o ofensor arca com o ônus decorrente do dano esperado, e a vítima só arca com o dano com culpa exclusiva. A adoção do critério de culpa, conforme visualizado pela regra de Hand, gera resultados eficientes, estimulando que os agentes adotem níveis de precaução. Entretanto, podemos apresentar algumas diferenças substanciais abaixo:

⁹⁵ “A culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina”. CRETELLA JR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1998. Rio de Janeiro: Forense: 1991.

⁹⁶ “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil (Setembro/2002).

9.3. DISTRIBUIÇÃO

A AED tende a priorizar a eficiência, com alocação de recursos para que se evite criação de “peso morto”, e o direito muitas vezes está preocupado com questões distributivas. Como visto, a regra da responsabilidade civil subjetiva implica em custos mais elevados à vítima, ao passo que o inverso ocorre com a regra da responsabilidade civil objetiva, com custos mais elevados para o ofensor. Poderíamos pensar em atribuição de graus de culpabilidade para tentar mitigar essa situação, conforme observamos no critério de indenização da culpa concorrente.

9.4. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E CUSTOS ADMINISTRATIVOS

Os agentes (ofensor e vítima) quando adotam níveis de precaução contribuem para a redução de danos e dos custos envolvidos para a reparação desses, porém observamos que as pessoas, na realidade, não adotam condutas preventivas (como não dirigir alcoolizado; evitar falar ao celular enquanto dirigem; manutenção periódica no veículo e outras), as quais redundam em eventos desastrosos. Ao mesmo tempo, há na jurisprudência uma propagação de informações inexatas e equivocadas sobre os custos, o que leva a resultados indesejados, uma vez que oferece incentivos adversos para os agentes. O Poder Judiciário, por vezes, não possui um entendimento uniforme sobre o mesmo o caso, o que pode levar a situações de insegurança jurídica.

Desse modo, os custos administrativos e de informações têm papel importante na realidade jurídica, e precisam ser bem dimensionados para que os agentes se sintam inclinados a adotar medidas de precaução. Steven Shavell acredita que a regra da responsabilidade civil objetiva é mais eficiente para as situações de dano unilateral, por dispensarem a caracterização de culpa e atingirem o resultado eficiente⁹⁷. A vítima, por vezes, tem dificuldade de produzir prova da culpa do ofensor, e nesse caso a responsabilidade objetiva afasta a necessidade de comprovação de culpa.

9.5. NÍVEL DE ATIVIDADE

Na consideração dos modelos de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, o nível de atividade não foi considerado como variável significativa, pois a probabilidade de ocorrência de um acidente depende, no exemplo do motorista, da quantidade de vezes que *A* passa pela curva ou ainda da quantidade de tempo que *B* deixa seu veículo exposto ao invés de estacionar seu carro em outro local, ou na garagem. Não consideramos esse tipo de variável porque as

⁹⁷ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.



discussões judiciais tendem a restringir suas análises sobre a culpa dos agentes e adoção das medidas de precaução. Em geral, as cortes não possuem informações sobre o nível de atividade exercido pelas partes.

Uma empresa que executa atividades que gerem riscos à sociedade, conforme visto no 4º cenário, deve ser analisada sob a regra da responsabilidade objetiva, pois, segundo professor Antonio Maristrello Porto, “tendo em vista que, mesmo ao exercer precaução, a empresa arca com o dano esperado, a externalidade é internalizada, na medida em que a empresa passa a arcar com todos os custos que integram a fórmula de custos sociais. Assim sendo, ao minimizar seus custos, a empresa adota o nível eficiente de atividade”.

9.6. QUESTÕES PROPOSTAS

A) Suponha que a barcaça afundada na ação judicial *United States v. Carroll Towing Co*, e sua carga vale US\$ 100 mil. Imagine que a probabilidade de que a barcaça se solte das amarras, se o barqueiro não estiver presente, é de 0,001. Se o barqueiro estiver presente, a probabilidade de que o barco se solte é de 0,0005. Pagar o barqueiro para que fique vigiando no barco custa US\$ 25. Faça matriz do caso analisando os cenários de responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

B) Explique, com suas palavras, quais são os resultados desejados para o exercício dos níveis de precaução, tanto do ofensor como da vítima, nos cenários de responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

C) Quais são as similitudes e diferenças entre as regras de responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

9.7. REFERÊNCIAS

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*. Rio de Janeiro: Forense: 1991.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.



FILHO, Sérgio Cavaliéri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GREGORY, Charles; KALVET Jr., Harry. *Cases and Materials on Torts*. Little, Brown and Company, 1969.

HIRSCH, Werner. *Law and Economics — an Introductory Analysis*. Academic Press, 1999.

LANDES, William. POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Harvard University Press, 1987.

MANKIWI, Gregory. *Introdução à Economia*. 3ª edição, Thomson, 2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart. LANA, Henrique Avelino. *Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 57, p. 85-138, jul/dez. 2010.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. In: Luciano Benetti Timm (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

STOLZE, Pablo. FILHO, Rodolfo PAMPLONA. *Novo Curso de Direito Civil — Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.



AULA 10: ECONOMIA COMPORTAMENTAL E CONTRATOS DE ADESÃO

PALAVRAS-CHAVE

Economia comportamental — racionalidade — contratos de adesão — custos irre recuperáveis — dissonância cognitiva.

OBJETIVOS

O objetivo dessa aula é compreender os aspectos que permeiam a economia comportamental, procurando analisar os aspectos da racionalidade, e como os contratos de adesão podem ser importantes para trazer eficiência à Análise Econômica do Direito.

10.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A teoria clássica do Direito dos Contratos tem por premissa básica o princípio da autonomia da vontade, o qual as partes contratantes possuem flexibilidade, autonomia, para escolher se contraem ou não algum tipo de obrigação. A autonomia da vontade incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas, ao passo que parte da doutrina atribui um conteúdo de direito fundamental ao princípio aludido⁹⁸. Caso não haja nenhum vício que possa macular a celebração do contrato, seus efeitos reputam-se válidos, conforme podemos depreender da interpretação das regras do Código Civil de 2002 (CC/02). No Direito Civil, esse princípio adquire uma dimensão significativa, que, contudo, passou a ser questionado diante da existência dos contratos de adesão, os quais têm aplicação reiterada na sociedade moderna e na economia globalizada.

Os contratos de adesão são caracterizados por cláusulas que tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo, de acordo com a leitura do art. 54 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). Importante ressaltar que esse instituto não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente uma técnica de formação, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que se busca rapidez na conclusão do negócio jurídico. Exemplos de contratos de adesão dizem respeito aos celebrados com as concessionárias de energia elétrica, telefonia, gás e outros serviços públicos.

⁹⁸ "A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado". AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998.

Por outro lado, os contratos de adesão contribuíram para ampliação do acesso do cidadão aos serviços oferecidos pelas empresas mediante um processo de concessão licitado pelo Estado (poder concedente). A utilização dos contratos de adesão é a regra nas relações de consumo, pois permite atender aos usuários com celeridade, além de gerar efeitos positivos no bem-estar econômico de uma sociedade, conforme será pormenorizado adiante. Os contratos de adesão, geralmente, possuem cláusulas pré-determinadas, que estipulam, de modo unilateral, os direitos e obrigações do consumidor, o que deixa pouco espaço de manobra, implicando em reconhecer a baixa incidência do princípio da autonomia da vontade. Em inglês, pode-se depreender a padronização das cláusulas a partir do nome do próprio instituto, qual seja “*Standard-Form Contracts*”.

Ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor neste tipo de relação econômica, o legislador brasileiro procurou criar um regramento jurídico próprio que pudesse proteger os consumidores e minimizar os eventuais danos da relação consumerista, considerados como “parte hipossuficiente” da relação jurídica. O CDC, editado pela Lei 8.078/90, caracteriza consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. No mesmo sistema normativo, o art. 51 enumera as cláusulas abusivas nas relações de consumo, que são consideradas como nulas de pleno direito, ao passo que os arts. 423 e 424 do CC/02 estabelecem critérios gerais aplicáveis a quaisquer contratos de adesão. Essas cláusulas podem, inseridas no âmbito contratual, contaminar seu equilíbrio, e causar algum tipo de lesão à parte⁹⁹. Desse modo, o CDC representou uma evolução do ponto de vista normativo ao proteger o consumidor, além de consagrar a regra da responsabilidade objetiva por risco do produto, que dispensa a análise de culpa por parte do fornecedor (art. 6º CDC).

O CC/02 positivou uma série de princípios que ampliaram o arcabouço interpretativo dos contratos, seguindo os preceitos da Constituição Federal. Dentre os princípios, pode-se enunciar o da função social do contrato (art. 421), boa-fé objetiva contratual (arts. 113, 187 e 422), equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 478), entre outros. Alguns autores acreditam que houve o fenômeno da “constitucionalização do Direito Civil”, o que permitiu que as relações privadas, reguladas pelo código, pudessem ter uma eficácia horizontal¹⁰⁰, em detrimento do escalonamento dos negócios jurídicos celebrados entre os indivíduos, consoante se observava no CC/16. Apesar desses avanços, os contratos de adesão podem ser úteis na redução dos custos de transação, conforme será visualizado pela Análise Econômica do Direito.

⁹⁹ Paulo Noronha entende que “abusivas são cláusulas que em contratos entre as partes de força desigual, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. São cláusulas que destroem a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação”. Já os professores Nelson Nery e Rosa Nery complementam que “são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. São sinônimas de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas”.

¹⁰⁰ Os estudos sobre a constitucionalização do Direito Civil Brasileiro foram conduzidos, sobretudo, pelos professores Gustavo Tepedino e Nádia de Araújo. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Faria expõe que “na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. Assumiu a Magna Carta verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares, etc.” FARIA, Cristiano Chaves. *Direito Civil, parte geral*. Lúmen Juris, 2008.

10.2. AED E ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A análise econômica do direito (AED) procura responder aos novos desafios que surgem na sociedade, por meio do estudo da Economia Comportamental¹⁰¹ e da Teoria Econômica Neoclássica. Essa teoria, consubstanciada na AED, tende a não indicar interferências regulatórias sobre as decisões privadas em mercados competitivos, o que não se reflete muito no cenário brasileiro, já que o ativismo judicial e interferência do Poder Judiciário são constantes¹⁰². A AED pode trazer resultados mais eficientes, já que o indivíduo pode escolher um bem que mais se aproxima de suas preferências individuais, o que aumenta sua utilidade individual. Mercados competitivos, em geral, oferecem mais escolhas quando elas são rentáveis para os produtores e desejadas pelos consumidores, de outro modo, haverá um número maior de pessoas dispostas a pagar pelos custos de produção de determinado produto ou serviço¹⁰³.

O pressuposto básico da economia diz respeito que os homens são seres racionais. Os economistas partem do princípio que os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a satisfação, felicidade), uma vez que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais¹⁰⁴. Sendo assim, uma concepção de racionalidade sustenta que o agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado, porém esbarra com seu limite orçamentário. Como exemplo, um consumidor racional pode classificar pacotes alternativos de bens de consumo, ao passo que seu orçamento restringe a opção desejada. A teoria econômica neoclássica argumenta que, em mercados competitivos, as relações de troca são economicamente eficientes, ao passo que mecanismos de intervenção do Estado devem ser utilizados, sobretudo, em casos excepcionais, e só se justificam quando se constatam falhas de mercado¹⁰⁵ e competição imperfeita.

Por conter cláusulas padronizadas e previamente estipuladas, os contratos de adesão constituem-se como um mecanismo de redução de custos de transação, viabilizando a celeridade e um maior número de trocas entre empresas e consumidores. A intervenção excessiva do Estado na regulação dos contratos de adesão pode implicar em consequências indesejáveis, pois esses gerariam efeitos positivos em termos de bem estar econômico, principalmente nas economias de escala (com retornos crescentes decorrentes do aumento de produção).

¹⁰¹ Alguns autores clássicos, como Adam Smith e Jeremy Bentham, suscitaram discussões acerca de questões econômicas e um debate filosófico para compreender o comportamento individual. Atualmente, observa-se a adoção de pressupostos estritamente racionais (vinculados às *hard sciences*, como matemática, física) e do método dedutivo-lógico, o que reduziu a análise puramente psicológica do comportamento humano. Contudo, não se pode negligenciar o entendimento de Bentham sobre o princípio da Utilidade, já que “o termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (...), ou (...) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta. Se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo”.

¹⁰² Nessa linha de raciocínio, o professor Josimar Rosa entende que “Perante o contrato de adesão, o processo manipulador tem sido uma constante, fazendo-se por requerer até a intervenção do Estado para conter os abusos. Por meio das decisões, o Poder Judiciário vem prestando considerável contribuição, contando com competentes decisões que visam controlar a prática abusiva no contrato de adesão, meio supressor para a indefinição normativa”. ROSA, Josimar Santos. *Contrato de Adesão*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

¹⁰³ As premissas do mercado competitivo são: mercado com muitos compradores e vendedores; os produtos são substitutos perfeitos; os agentes são tomadores de preço; e empresas podem livremente entrar e sair do mercado.

¹⁰⁴ “The task of economics is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life”. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 5th, 1998.

¹⁰⁵ As falhas de mercado mais comumente abordadas pela teoria neoclássica são: monopólios, bens públicos, assimetria de informação e externalidades.

10.3. RACIONALIDADE E ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Como anteriormente aludido, a teoria econômica clássica possui um viés mais protetivo ao consumidor, considerando justificada a intervenção do Estado/Poder Judiciário nas relações contratuais, sobretudo, quando o contrato de adesão contiver, eventualmente, alguma cláusula abusiva. Nos mercados competitivos, os contratos tendem a ser eficientes, pois refletem as opções econômicas das partes envolvidas, em outras palavras, os consumidores buscam maximizar a função de utilidade, a satisfação na escolha de uma dada cesta de bens. A racionalidade do indivíduo é um elemento chave para compreender as preferências do consumidor, como podemos depreender da análise da teoria da escolha racional. Se o indivíduo, na hora de decidir sobre o consumo dos bens, não maximiza os benefícios esperados, ocorre a violação dos pressupostos comportamentais vislumbrados na teoria da escolha racional. Desse modo, podemos enumerar três requisitos lógicos sobre o que se espera de um comportamento racional, quais sejam¹⁰⁶:

- a. Completude: o consumidor deve estar apto a comparar quaisquer duas cestas de consumo entre si;
- b. Reflexividade: uma cesta deve ser sempre considerada pelos consumidores pelo menos tão boa quanto si mesma; e
- c. Transitividade: as preferências dos consumidores devem poder ser ordenadas e hierarquizadas de uma única maneira.

Entretanto, a economia comportamental apresenta algumas desconformidades com os parâmetros da teoria da escolha racional. As preferências dos consumidores podem não obedecer aos requisitos enumerados acima, isto é, as preferências podem não ser completas, transitivas e reflexivas. O professor Antonio Maristrello chama atenção que:

“o principal argumento da economia comportamental consiste na afirmação de que os indivíduos, em geral, não tomam decisões em conformidade com os padrões de racionalidade estabelecidos pela teoria econômica clássica, mas, ao invés disto, adotam ‘atalhos’ ou heurísticas, que consistem em mecanismos simplificados de solução de problemas complexos”¹⁰⁷.

Esses atalhos, também denominados de heurística¹⁰⁸, podem funcionar na maioria dos casos para solucionar os problemas apontados nas negociações contratuais, porém em outros casos podem afastar da decisão racional esperada. Há o que se denomina de vieses comportamentais, que geram situações as quais os indivíduos tendem a adotar comportamentos irracionais e anômalos de modo reiterado, diminuindo, portanto, a eficiência nas relações econô-

¹⁰⁶ Os autores Russell Korobkin e Thomas Ulen elencam cinco requisitos (commensurability, transitivity, invariance, cancellation e dominance), porém preferimos abordar somente três requisitos como forma de comprovar o padrão lógico da teoria da escolha racional.

¹⁰⁷ *Economia Comportamental e Contratos de Adesão*. Antônio José Maristrello Porto e Lucas Thevenard Gomes (Centro de Pesquisa em Direito e Economia).

¹⁰⁸ O vocábulo heurística pode ser definido por: “um procedimento simplificador (embora não simplista) que, em face de questões difíceis envolve a substituição destas por outras de resolução mais fácil a fim de encontrar respostas viáveis, ainda que imperfeitas. Podendo tal procedimento ser tanto uma técnica deliberada de resolução de problemas, como uma operação de comportamento automático, intuitivo e inconsciente”.

micas. Nos tópicos abaixo, apresentar-se-ão tipos de vieses comportamentais que podem influenciar as escolhas de um consumidor que visa celebrar um contrato de adesão:

10.3.1. Custos Irrecuperáveis

Os custos irrecuperáveis são entendidos por custos passados, os quais já foram gastos e não podem ser mais recuperados. Em inglês, observa-se a expressão “*sunk costs*”¹⁰⁹. Em contraposição aos custos irrecuperáveis, temos os custos futuros, vislumbrados pela teoria microeconômica que trabalha com a ideia marginal, de crescer, relevante para uma decisão futura. Um exemplo emblemático diz respeito à construção de uma ponte por um Prefeito Municipal, que não se reelege para um segundo mandato, e deixa a obra paralisada. Os custos anteriores da ponte são irrecuperáveis, dessa maneira é válido que o próximo Administrador Público dê prosseguimento e finalize a obra, contemplando o interesse público.

De modo geral, os custos irrecuperáveis não devem afetar a melhor escolha do tomador de decisões, considerado um indivíduo racional. Os agentes são frequentemente avessos às perdas, porém no momento de se tomar uma decisão para realização de um investimento, no âmbito do custo global da obra ou serviço está embutido o custo irrecuperável. Por sua vez, a economia comportamental não consegue prever o comportamento do mundo real, o qual vivemos, e demonstra que os custos irrecuperáveis podem ser significativos. No caso dos contratos de adesão, o consumidor já arcou com os custos de procura e seleção do produto, fazendo com que se torne vantajoso assinar o contrato aludido, para evitar os custos futuros de uma eventual procura ou readequação do contrato.

Resumindo, a importância dos custos perdidos tem sido abordada de duas formas na literatura especializada: de um ponto de vista estrutural, como um custo que permitiria estimar preços de produtos e que promoveria barreiras à entrada de novos investidores; e de um ponto de vista comportamental, no qual a informação sobre os custos irrecuperáveis afetaria o julgamento em situações de tomada de decisão.

10.3.2. Dissonância cognitiva

A expressão dissonância cognitiva está relacionada ao desconforto causado pela apreensão simultânea de ideias. Os indivíduos buscam, em regra, reduzir a dissonância alterando suas atitudes, crenças e ações. Em alguns casos, a dissonância cognitiva ocorre quando a experiência do sujeito entra em conflito

¹⁰⁹ Sunk cost é o termo consagrado em inglês, e foi traduzido como “custo afundado” ou “custo irrecuperável”. O sunk cost representa o custo que não pode ser recuperado mediante a alienação do bem, antes ou após o encerramento das atividades, vale dizer, a recuperação só é possível por meio de depreciação, amortização ou exaustão relativa à efetiva aplicação do bem nas atividades da indústria.

com as expectativas (ex.: remorso do comprador diante de um item caro o qual depositava grandes expectativas). Um exemplo comumente abordado diz respeito à fábula “A raposa e as uvas”, de Esopo, o qual a raposa desejava as uvas, porém não conseguia alcançá-las, rechaçando-as com o argumento de que as uvas eram verdes e não estavam maduras.

No que tange aos contratos de adesão, após ter escolhido e depositado expectativas sobre um produto ou serviço, o consumidor tem baixíssima probabilidade de mudança de opinião em razão de condições contratuais desvantajosas. O professor Shmuel Becherde acredita que no momento em que contrato de adesão é apresentado e o consumidor decide fazer algum tipo de transação econômica, a dissonância cognitiva pode preveni-lo de avaliar, de modo racional, as cláusulas contratuais que não são eficientes a ele¹¹⁰.

10.3.3. Viés Confirmatório

O viés confirmatório diz respeito a uma predisposição do indivíduo para a seleção adversa¹¹¹ de informações que confirmem suas hipóteses ou preconceitos anteriormente estabelecidos. De maneira geral, os indivíduos selecionam as informações e provas de modo incompleto, insuficiente, além de priorizar suas crenças e questões emocionais, o que certamente afeta o agente em tomar alguma decisão racional. Em se tratando dos contratos de adesão, o consumidor possui a tendência de confirmar suas expectativas em relação ao produto que escolheu, e desconsiderar os termos desvantajosos dos contratos oferecidos.

Um exemplo clássico da seleção adversa diz respeito à contratação dos planos de saúde. As pessoas, em geral, têm melhor conhecimento de seu estado de saúde do que as operadoras (ou empresas) que oferecem tais planos. Como sabido, as pessoas mais velhas possuem maior probabilidade de contrair alguma doença e, conseqüentemente, usufruírem dos cuidados médico-hospitalares, levando à procura dos planos de saúde. As operadoras, nesse caso, por terem informação assimétrica do real estado de saúde das pessoas, vão majorando os preços de acordo com faixas etárias, o que provoca uma seleção adversa ao inibir a entrada de pessoas sadias nos planos. Deste modo, observa-se a participação cada vez maior de idosos e doentes na contratação dos planos, o que impacta na diminuição da lucratividade do setor.

Nessa linha argumentativa, Tversky e Kahneman apontam que a percepção de um problema é afetada pela sua forma de apresentação. Em outros termos, ao avaliar um problema, os indivíduos incorrem em erros de consistência e coerência, principalmente pela percepção pessoal dos atos e conseqüências do problema, sendo também afetados por suas normas, hábitos e características pessoais.

¹¹⁰ BECHERDE, Shmuel. *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*. Segundo professor, “where the contract terms he encounters undermine the utility he hopes to derive from the transaction at issue, cognitive dissonance may preclude efficient evaluation. Moreover, the natural human desire to avoid cognitive dissonance might imply that consumers are likely to prefer, consciously or not, not to read the form contract and realize that they may be about to enter into a poor contract, knowing that they are probably going ahead with the transaction anyway”.

¹¹¹ O fenômeno da seleção adversa foi melhor investigado por George Akerlof (vencedor do Prêmio Nobel em Economia no ano de 2001), que escreveu um artigo em 1970 e publicado no *Quarterly Journal of Economics*, denominado de “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”. A seleção adversa surge quando as decisões de troca de um indivíduo informado dependem de suas informações privadas que afetam de modo adverso os participantes não informados no mercado. Desse modo, o agente mantém a informação privada antes de ter iniciado uma relação, fazendo que as trocas econômicas sejam reduzidas. Cumpre ressaltar que a informação é um dos fatores mais importantes para a obtenção da eficiência do mercado, pois através dela os agentes podem ajustar os níveis de produção e preços que maximizam a eficiência (aumento do excedente do fornecedor e do produtor).



10.4. QUESTÕES PROPOSTAS

A) Aponte as principais características dos contratos de adesão. Procure trazer julgados dos tribunais superiores sobre a incidência das cláusulas abusivas nesses contratos.

B) Procure apontar exemplos das regras que protegem o consumidor no CDC. O Código Civil também traz algum sistema de proteção as partes envolvidas na celebração de um negócio jurídico?

C) Aponte os aspectos entre racionalidade e economia comportamental.

D) Descreva os vieses comportamentais que podem influenciar os contratos de adesão.



ANTÔNIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO

Doutor em Direito (Doctor of the Science of Law - J.S.D.) pela University of Illinois. Mestre (Master of Laws - LL.M.) pela University of Illinois. Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Octávio Bastos. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) e do Centro de Pesquisa em Direito Ambiental (CDMA) da FGV Direito Rio. Representante do CPDE no Conselho de Análises Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO