



3

DUAS VISÕES ECONÔMICAS DA DECISÃO JURÍDICA

A Escola de Chicago, neste trabalho representada exclusivamente pelo autor Richard Posner, tem como premissa fundante a aplicação de critérios microeconômicos ao Direito, a concepção de que os indivíduos são racionalmente orientados a maximizarem seu bem-estar e de que as normas e decisões judiciais são aptas (ou deveriam ser⁵⁴) a proporcionarem a maximização social de bem-estar através da conformação mais eficiente⁵⁵.

A Nova Economia Institucional, neste trabalho representada pelos autores Oliver Williamson e Douglass North, tem como premissa fundante a percepção de que as instituições são elementos determinantes da estrutura econômica, implicando seu bom ou mau desempenho. Outros dois destacáveis pressupostos do

54 "What we may call the efficiency theory of the common law is not that every common law doctrine and decision is efficient. That would be highly unlikely, given the difficulty of the questions that the law wrestles with and the natures of judge's incentives. The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society." POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 27. Cf. POSNER, Richard. Usos y Abusos de la Teoría Económica en el Derecho. In: ROEMER, Andrés (org.). *Derecho y Economía: una Revisión de la Literatura*. México: Fondo de Cultura, 2000, sobre as diferenças entre análise econômica "positiva" e "normativa" do Direito.

55 Os estudos de Posner proclamam a eficiência do sistema de Direito Consuetudinário. Todavia, o próprio autor estabelece que o Direito Consuetudinário é tomado em sua obra em sentido não técnico, devendo ser entendido como todo o direito criado por juízes, ao invés de legisladores (POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 271). A despeito da afirmação de Posner, há grande doutrina que se propõe a discutir o tema, por vezes afirmando que o Direito Codificado é até mesmo mais eficiente que o Direito Consuetudinário. Ver GORGA, Érica. *Common Law é mais eficiente do que a Civil Law? Considerações sobre Tradições de Direito e Eficiência Econômica*. In: ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, *Direito e Economia - Análise Econômica do Direito das Organizações*; ARRUNADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. *Instituições de Mercado e Competência do Judiciário*. In: idem; RUBIN, Paul H. *Common Law and Statute Law*, *The Journal of Legal Studies*, vol. XI, n. 2, June, 1982, e *Why is Common Law Efficient?*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, n. 51, Janeiro de 1987. PRIEST, George L. *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, *The Journal of Legal Studies*, vol. VI, n. 1, January, 1977. MATTEI, Ugo; PARDOLESI, Roberto. *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, *Review of Law and Economics*, vol. 11, n. 3. Para argumentos de que a diferença de desempenho econômico são correlacionados ao tipo de sistema jurídico, ver LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florêncio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Legal Determinants of External Finance*, *The Journal of Finance*, vol. 52, n. 3, julho, 1997 / mesmos autores *Law and Finance*, *The Journal of Political Economy*, 106, n. 6, dezembro de 1998.

Neo-Institucionalismo são o reconhecimento de que os indivíduos têm racionalidade limitada e a preconização de que o bem-estar deve ser maximizado através da implementação de estruturas institucionais que viabilizem tal maximização⁵⁶ (primordialmente através da redução dos custos de transação das relações).

As diferenças entre as vertentes teóricas são por vezes vistas como gradações e considerações de maior ou menor relevância sobre alguns pontos⁵⁷, ainda que os autores representativos de cada área manifestem-se vigorosamente em discordância disso⁵⁸. Em comprovação à primeira afirmação, tem-se que ambas apresentam preocupações em relação à eficiência, ainda que em proposições diferentes. Distanciamento mais marcante é visto em relação aos pontos de racionalidade dos agentes e atenção dispensada aos custos de transação.

A seguir são explicados de modo mais detido tais aproximações e distanciamentos. Particularmente sobre eficiência, racionalidade e consideração dos custos de transação. Os dois últimos elementos são apresentados de maneira aplicada ao tema de incompletude dos contratos.

3.1. EFICIÊNCIA

A noção de eficiência é determinante para a compreensão de quais sejam os objetivos da Escola de Chicago e Neo-Institucionalistas. Para adequado entendimento de sua percepção, deve-se

56 MERCURO; MEDEMA, *Economics and the Law - from Posner to Post-modernism*, p. 130 e 131.

57 Cf. POSNER, *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*. Ver ainda o debate KITCH, Edmund W. *The Intellectual Foundations of "Law and Economics"*, *Journal of Legal Education*, vol. 33, n. 2, June, 1983, confrontado por WILLIAMSON, *Intellectual Foundations: The Need for Broader View*, *Journal of Legal Education*, vol. 33, n. 2, June, 1983.

58 Cf. WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*.

primeiro apresentar a concepção de eficiência de Pareto, situação em que os recursos são alocados de modo que ninguém melhorará sem que alguém piore. A concepção de eficiência Kaldor-Hicks, também chamada de princípio da compensação, diferentemente da concepção de Pareto, estabelece que uma mudança de estado que favoreça alguns em prejuízo de outros pode ser aceita, desde que os benefícios excedam os prejuízos e os beneficiados sejam potencialmente aptos a compensarem os prejudicados. Uma vez efetivada a compensação, tanto um como outros estarão em melhor situação que no estado original.

Posner popularizou a eficiência Kaldor-Hicks através da expressão por si próprio cunhada, "wealth maximization"⁵⁹. Para Posner, o objetivo do Direito Consuetudinário é promover a tradução mais comum de tal termo, qual seja, a maximização de bem-estar social. Em outros termos, ser eficiente⁶⁰. North, por sua vez, associa eficiência a crescimento econômico⁶¹, e aponta que os ganhos de rede das trocas considerados pelos Neo-Institucionalistas são os mesmos que os considerados pelos Neo-Clássicos, excluídos os custos de transação e as perdas resultantes de um monitoramento imperfeito das relações⁶².

A diferença mais banal sobre as visões Neo-Clássica e Neo-Institucionalista acerca da eficiência decorre da menção imediatamente acima. Para os Neo-Institucionalistas existe uma "subtração" dos custos de transação para a caracterização do montante de eficiência, algo que, para os Neo-Clássicos, não há. Existem, todavia, maiores confrontos. O mais significativo é quanto à consideração da Escola de Chicago de que existe e deve ser obtida "a" solução mais eficiente para uma disputa. Os Neo-Institucio-

59 Para completa análise dos conceitos de eficiência, ver MERCURO; MEDEMA, *Economics and the Law - from Posner to Post-modernism*, p. 25-50.

60 POSNER, *Economic Analysis of Law*.

61 NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 92.

62 Idem, p. 31.

nalistas apontam a eficiência como um fator importante das considerações legal-econômicas. Todavia, não propugnam que existe "uma única" solução eficiente capaz de determinar o estabelecimento dos direitos em uma lide de maneira unívoca⁶³, pois não existiria qualquer método independente capaz de apurar e indicar o resultado eficiente, passando tal característica a ser obtível apenas teoricamente⁶⁴.

O problema existe porque a eficiência é alcançável a partir de uma estrutura originária de direitos e não referenciável de maneira autônoma. O ponto de partida para compreensão de tal afirmação é o reconhecimento de que a atividade econômica (preço, custo, risco, maximização etc) não é um conjunto de fenômenos naturais, mas elementos determinados em função de uma estrutura de direitos preexistentes na sociedade. Cada um desses direitos dará origem a um conjunto de preços, custos, riscos etc e, em função de todos os possíveis elementos que definam o direito, haverá um resultado de eficiência. A partir de tal compreensão, tem-se que a eficiência é uma variável dependente dos direitos. Assim, forma-se um raciocínio circular perguntar qual é o resultado eficiente sobre uma controvérsia sobre a determinação de direitos, pois a eficiência só será obtível a partir de uma dada alocação de direitos, justamente a que se discute judicialmente.

Se o resultado eficiente é obtido a partir de uma alocação inicial de direitos (mas tal alocação é comumente o cerne da controvérsia que dá origem a uma demanda judicial), como se fundamenta (verdadeiramente) uma decisão jurídica baseada (retoricamente, pois, como visto, impossível obtê-la sem a consideração da alocação inicial de direitos) em critérios de eficiência? Uma das possíveis respostas é a de que "argumentar que a maxi-

63 MERCURO; MEDEMA, *Economics and the Law - from Posner to Post-modernism*, p. 118.

64 SAMUELSON, Warren J. Maximization of Wealth as Justice: An Essay on Posnerian Law and Economics as Policy Analysis, *Texas Law Review*, 60, December, 1981. Citado por MERCURO; MEDEMA, *Economics and the Law - from Posner to Post-modernism*, p. 119.

mização de bem-estar (ou qualquer outro critério de eficiência) pode determinar direitos serve apenas para mascarar uma escolha de quais interesses devem ser protegidos como direitos. As decisões judiciais ou mudanças legais ou mudanças podem ser ditas eficientes apenas pelo ponto de vista da parte cujos interesses foram efetivados a partir da identificação e determinação de direitos”⁶⁵.

Para os Neo-Institucionalistas a caracterização de eficiência não passa pela assunção de um estado unívoco. Em termos gerais, a partir da menção de North, acima já citada, de que os ganhos considerados pelos Neo-Institucionalistas são os mesmos que os considerados pela Escola de Chicago, excluídos os custos de transação e monitoramento, tem-se que a eficiência é um estado de minimização desses custos, do mesmo modo que se entende não existir um resultado de eficiência absoluta, e sim soluções mais ou menos eficientes umas em relação às outras. Os esforços de Williamson mostram a eficiência corporativa grandemente através dos processos de integração vertical⁶⁶. North, por sua vez, mostra a correlação da eficiência das instituições de um país e seu crescimento econômico⁶⁷. Esses e outros elementos são retomados de maneira aplicada nos capítulos que seguem.

65 Idem, p. 120. Do original, reproduz-se: “to argue that wealth maximization (or any other efficiency criterion) can determine rights serves only to mask a choice of which interests to protect as rights. Legal decision or changes can be said to be efficient only from the point of view of the party whose interests are given effect through the identification and assignment of rights.”

66 Suas considerações para o campo de organização industrial e, em conseqüência necessária, para o direito concorrencial e antitruste, são criadores de novo paradigma justificador da concentração de empresas pertencentes a uma mesma cadeia produtiva. A especificidade dos ativos tratados pelas relações contratuais promoveria maior ou menor dependência entre contratantes. A solução para minoração de custos de transação entre os contratantes é apontada como a integração vertical. Cf. WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism — Firms, Markets, Relational Contracts*. New York: The Free Press, 1985, especialmente os capítulos 4 e 5 — “Vertical Integration: Theory and Policy” e “Vertical Integration: Some Evidence”.

67 NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*.

3.2. RACIONALIDADE E INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS

O modelo da Escola de Chicago (particularmente Posner) assume que o indivíduo é racionalmente maximizador de seu bem-estar. Segundo seus próprios dizeres:

Racionalidade, para um economista, é termo que significa pouco mais que a disposição de escolher, consciente ou inconscientemente, os meios aptos para obtenção de quaisquer finalidades que o gente que as escolhe se disponha a ter. Em outras palavras, racionalidade é a habilidade ou inclinação de uso do raciocínio instrumental para prosperar na vida. Ela não assume consciência; ela certamente não assume onisciência.⁶⁸

Para os Neo-Institucionalistas, diferentemente, ainda que os agentes sejam maximizadores de seu bem-estar, suas racionalidades são limitadas. A terminologia racionalidade limitada (criada por Herbert Simon⁶⁹) assume que, ainda que os agentes persigam seu auto-interesse — tal qual a visão de Chicago da análise econômica —, fazem-no limitadamente. Trata-se do reconhecimento de uma limitação das competências cognitivas de receber, armazenar, recuperar e processar as informações⁷⁰.

A assunção de agentes racionais de Posner não se conforma como uma necessária afronta à consideração Neo-Institucionalista de que os indivíduos têm, em verdade, racionalidade limitada.

68 “Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends the chooser happens to have. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life. It does not assume consciousness; it certainly does not assume omniscience.” (POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 17).

69 O comportamento humano é tido como “intendedly rational, but only limitedly so”. Cf. SIMON, Herbert. *Administrative Behaviour: A Study of Decision Making Processes in Administrative Organization*. New York: Macmillan, 1947.

70 WILLIAMSON, Oliver. *The Mechanics of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 377.

O reconhecimento do processamento humano das informações como incompleto é por alguns teóricos visto como sinônimo da ação executada em um ambiente de assimetria informacional (desenvolvida por George Stigler⁷¹). Posner rejeita a concepção de racionalidade limitada, mas plenamente acata os custos de aquisição e processamento de informações.

As diferenças e incompatibilidades teóricas entre as assunções podem ser muito melhor minudadas. Todavia, para o propósito deste texto, o interesse é mostrar que, mesmo com as divergências, reconhecer a racionalidade limitada como uma forma de custo de aquisição da informação faz com que ambas linhas teóricas – Chicago e Neo-Institucional – promovam semelhante visão quanto à concepção da incompletude dos contratos.

A teoria dos contratos incompletos funda-se na consideração de que quaisquer contratos são intrínseca e irremediavelmente incompletos. Não importa a grandeza do esforço para fazer previsíveis todas as situações que podem interferir no adimplemento adequado das obrigações: ela será sempre insuficiente para prever solução a todas as contingências que podem prejudicar a execução do contrato.

O tempo fez com que se saiba hoje quais eram as questões de fato capazes de interferir no adimplemento dos contratos de arrendamento mercantil. À época de sua elaboração, todavia, algumas dessas informações (e principalmente o desfecho dos acontecimentos por elas geradas) não poderiam ser obtidas ou, caso pudessem, o seriam a um custo demasiado alto. Optamos por descrever de maneira um pouco detida a movimentação política que antecedeu o fim do controle artificial do dólar no Brasil (ver capítulo 2) justamente para que tal elemento fosse evidenciado.

Em função dos custos de obtenção das informações, a incompletude do contrato é por vezes a alternativa mais barata para

71 STIGLER, George. The Economics of Information, *Journal of Political Economy*, 69, June 1961.

a viabilidade da relação econômica que se estabelece entre os contratantes. Ainda que algumas contingências sejam previsíveis (imaginando-se que ambas as partes conhecem sua capacidade de ocorrência), formalizá-las e estipular soluções para sua ocorrência — acrescentando-se a isso o fato de que a ocorrência é apenas possível, mas não certa — é mais caro do que resolver as questões depois que elas acontecem⁷².

3.3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO E INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS

Em função dos custos de transação, as soluções para amenizar os problemas da incompletude dos contratos entre Escola de Chicago e Nova Economia Institucional se distanciam.

Custos de transação são os custos incorridos pelas partes no processo de efetivação de uma negociação. Nos dizeres de Williamson, são “os custos *ex ante* de rascunhar, negociar e salvaguardar um acordo e, especialmente, os custos *ex post* decorridos de má adaptação e necessidade de ajustamento, emergentes das ocasiões em que a execução contratual é comprometida por lacunas, erros, omissões e perturbações não preditíveis”⁷³⁻⁷⁴.

Enquanto a lógica de Chicago imagina que o Poder Judiciário será capaz de, em ambiente significativamente despreocupado

72 POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 104.

73 “The ex ante costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the ex post costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances.” (WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, p. 379).

74 Na Itália, estudos afirmam que tais custos recaem principalmente sobre a remuneração de advogados, no caso de proposição de demandas judiciais. Para esse ponto e panorama do Poder Judiciário nos países da União Européia, cf. MARCHESI, Daniela. *Litiganti, Avvocati e Magistrati – Diritto ed Economia Del Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 2003.

com custos de transação⁷⁵, interpolar uma cláusula esclarecedora e faltante da primeira versão do contrato, solucionando, assim o problema, os Neo-Institucionalistas assumem um cenário precipua-mente preocupado com a ocorrência de custos de transação. Debruçar-se-ão, pois, sobre estruturas que empiricamente representam aumento ou diminuição desses custos, postulando, a partir de tais observações, que medidas podem ser mais econômicas.

O papel do magistrado imbuído das premissas da Escola de Chicago para determinação de suas sentenças deve ser o de suprir as lacunas contratuais com um conteúdo que determine a solução mais eficiente ao problema. O exercício do juiz é o de estabelecer a solução que as próprias partes teriam estabelecido, caso tivessem estipulado um tratamento expresso para a contingência não especificada no contrato. Tem-se como pressuposto que a troca econômica feita pelos contratantes traria eficiência econômica a ambos, de modo que o conteúdo da decisão judicial deve colaborar para a manutenção de tal lógica. Imaginando-se o contrato como um sistema de troca eficiente, o juiz deve ser apenas o promotor de uma interpolação que supra uma cláusula faltante do contrato, de resto mantenedor do equilíbrio que levou as partes a contratarem.

Imaginar que o Juiz Ricardo tem o papel de promover o mesmo equilíbrio a que as partes teriam chegado coloca a questão, em todo apropriada, de por que não fariam as próprias partes o ajuste do contrato. A resposta a tal questão é apreciada na literatura como mais uma demonstração de que o sistema de Direito Consuetudinário é eficiente. Sua lógica é a de que os contratantes sabem que obterão do Poder Judiciário uma decisão eficiente. Tão eficiente quanto aquela a que eles mesmos teriam acordado, caso houvessem previsto a contingência no contrato e acordado sua solução previamente. Portanto, seria indiferente optar por uma decisão judicial ou extrajudicial em

aspectos da adequação econômica da sentença. Diferentemente, caso o Poder Judiciário promovesse decisões ineficientes, os contratantes não mais recorreriam a ele para solução de suas controvérsias, optando por estabelecerem entre si próprios a solução adequada. Em resumo, o uso do Poder Judiciário para solução dos casos contratuais seria a prova de sua eficiência.

Os Neo-Institucionalistas, diferentemente, não apontam o Poder Judiciário como esfera plenamente apta a suprir a incompletude dos contratos. Para eles, os problemas futuros e potenciais dos contratos devem ser antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas que se some às regras informais, para disciplinar o preenchimento das lacunas. Caso, todavia, a estruturação desses mecanismos não seja suficiente de modo a evitar o acesso ao Poder Judiciário, os neo-institucionalistas apregoam que juízes não são mais racionais que as partes, nem imbuídos de melhores informações que elas. A opção do magistrado será a de orientar suas soluções preocupando-se com o fato de que deve contribuir (ou ao menos não prejudicar) para o permanentemente necessário ajuste das relações entre as partes. Tal aspecto se reflete em pensar a decisão judicial como manifestação que não encerra o problema das partes, mas que é apenas um episódio em sua longa vida em comum. Dado que consumidores e instituições financeiras, bem como jurisdicionados e Poder Judiciário, relacionar-se-ão outras novas e numerosas vezes, é dever do Juiz Douglas decidir sobre a incompletude do contrato tendo em mente como se dará a manutenção do relacionamento das partes no dia seguinte à decisão judicial.

75 Mas não totalmente. Cf. POSNER, Richard. The Law and Economics of Contract Interpretation, *Texas Law Review*, 83, maio, 2005.