

INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO

Arlindo Alegre Donário

Ricardo Borges dos Santos

Universidade Autónoma de Lisboa

Junho de 2014

INTRODUÇÃO

A análise económica do direito (AED) é um campo de estudo que surgiu nos Estados Unidos da América, tendo dado importante impulso para o desenvolvimento inicial deste âmbito de análise científica Guido Calabrese (1970)¹ e Ronald Coase², Gary Becker³ e Richard Posner⁴, Polinsky e Shavel⁵ entre outros.

Com a AED, o Direito torna-se um campo formal, científico e muitas vezes quantificável. Com a AED tem-se concluído que o sistema de responsabilidade civil (Donário, 2010b:149-211) tende a levar a um comportamento eficiente, que é mais eficaz o aumento da probabilidade de aplicação da lei do que o aumento das sanções e que a maior complexidade do processo civil aumenta o custo da procura de tutela judicial e leva a menor eficiência, etc.

O objectivo da Análise Económica do Direito (AED) é procurar analisar o direito com uma teoria coerente, com hipóteses precisas que possam ser testadas, aplicando, no seu estudo, a teoria económica, sobretudo a microeconomia, procurando-se conhecer os efeitos das sanções previstas no sistema jurídico, combinadas com a sua aplicação, de forma a explicar e prever o comportamento dos indivíduos, com a finalidade de obter comportamentos eficientes. A AED tem por objectivos essenciais evidenciar que:

- a) Os indivíduos reagem a alterações na lei;
- b) O impacto dessas alterações pode ser previsto usando os instrumentos da Economia;

¹ Calabresi, Guido. (1970): *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, 1970.

² Coase, R. H; (1960) *The Problem of Social Cost* - Journal of Law and Economics

³ Becker, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 1968, No 76-2, pp. 169-217.

⁴ Posner, Richard {2011, (2007)} – Economic Analysis of Law - Aspen Publishers

⁵ Polinsky, Mitchell; Steven Shavell (2005) - Economic Analysis of Law - Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=859406>

- c) Os efeitos dessas alterações devem ser tidos em conta na elaboração das leis e na sua aplicação a fim de maximizar a sua eficiência.

“A noção de lei como um estudo autónomo tem vindo a perder seguidores, pois a maioria das leis é feita pelos humanos e o comportamento humano é pertinente para o estudo do Direito” (Chorvat, Terrence *et al*,2005:1-2). Tradução nossa.

O sistema jurídico, na perspectiva da AED, pode ser entendido como um conjunto de incentivos aos quais os indivíduos reagem, alterando o seu comportamento, visando maximizar a sua utilidade, o seu bem-estar, diminuindo os custos e maximizando os benefícios, o que se traduz no princípio da racionalidade.

1. SISTEMA SOCIAL, SISTEMA JURÍDICO E ANÁLISE ECONÓMICA.

Pode entender-se por sociedade ou sistema social o conjunto dos indivíduos que estabelecem entre si determinadas relações, bem como, a natureza com a qual estão em contacto. Assim, os elementos fundamentais de uma sociedade são os indivíduos e as relações sistemáticas que entre si estabelecem de forma biunívoca, relações que os vinculam de forma interdependente.

Essas relações são de vária natureza, abrangendo todas as dimensões da vida do indivíduo, não se limitando, por conseguinte, às relações materiais. No seu domínio estão compreendidas não só as relações materiais, mas também as espirituais, as afectivas, as culturais e todas as outras que se desenvolvem dinamicamente na vida dos indivíduos em sociedade. Os indivíduos estabelecem, também, relações com a natureza com que estão em contacto.

O sistema jurídico, que podemos denominar por Direito, pode ser entendido como um subsistema da sociedade, tal como são também subsistemas da sociedade os sistemas axiológicos relativos à moral, à ética, à religião e outros, cujas normas são comandos dirigidos ao indivíduo a fim de se comportar de determinado modo, consubstanciando-se em constrangimentos ou limitações quanto às suas escolhas.

Esses comandos, contidos no sistema jurídico e em outros sistemas normativos, constituem incentivos, positivos ou negativos, que afectam o comportamento, dado que os indivíduos reagem a estímulos. As sanções previstas nas normas jurídicas, conjugadas com a probabilidade de aplicação da lei, podem ser entendidas como

similares aos preços ou custos, sendo pressuposto que as pessoas respondem a estas sanções tal como respondem aos preços ou às suas variações.

Relativamente aos bens normais e superiores as pessoas alteram o seu comportamento devido às variações dos seus preços. Por exemplo, uma subida do preço de um bem normal leva a que a quantidade procurada deste diminua. Do mesmo modo, o aumento de uma sanção esperada, que é o produto da sanção prevista na lei pela probabilidade da sua aplicação, induzirá os indivíduos a praticar menos da actividade sancionada.

Dentro do propósito de uma análise podem ser distinguidos três diferentes tarefas: positiva, prescritiva e normativa.

Uma análise prescritiva está ligada às previsões. Tradicionalmente, a análise económica do direito tem-se baseado nos pressupostos da teoria económica neoclássica, que assentam na racionalidade económica, pressupostos que podem ser resumidos do seguinte modo:

- a) Os indivíduos actuam racionalmente, significando que buscam o seu interesse pessoal, de modo a maximizar a sua utilidade, prazer ou satisfação, minimizando os custos ou desutilidades;
- b) Preferem o mais ao menos em tudo que lhes dá prazer ou utilidade;
- c) Ninguém melhor que o indivíduo sabe o que lhe dá mais prazer ou satisfação;
- d) A liberdade é um pressuposto essencial para a maximização da utilidade.

O pressuposto da racionalidade aplica-se a todas as pessoas, sejam os violadores das normas jurídicas, os juízes, os fiscalizadores, os legisladores e as potenciais vítimas, que se consideram como buscando satisfazer os seus interesses, tendo em consideração dados valores morais, éticos, religiosos e outros. O nível de valores morais e éticos de cada pessoa tem uma influência determinante no modo como são respeitadas as normas jurídicas.

2 - A SANÇÃO ESPERADA

Os indivíduos revêm as suas expectativas em face de alterações do meio ambiente económico, político, legal e cultural, bem como, por alterações das probabilidades de aplicação da lei, modificando, em consequência, o seu comportamento. Essas alterações

comportamentais devidas a inovações de variadas espécies tendem a traduzir-se, de forma dinâmica, numa evolução não reversível à média, produzindo-se efeitos persistentes, quando o comportamento releva da dominância de uma componente não determinística. Entre essas *inovações* podem mencionar-se as alterações legislativas, as mudanças da probabilidade da sua aplicação quer pelos agentes fiscalizadores quer pelos tribunais, a evolução da economia, as alterações tecnológicas, e alterações políticas, entre outras.

No seu célebre artigo sobre “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” (1968), Gary Becker argumentou que a sociedade poderá diminuir os custos sociais, reduzindo os custos de aplicação da lei (probabilidades) sem sacrificar o nível de prevenção. Aumentando as sanções previstas na lei e reduzindo a probabilidade da sua aplicação (detecção e aplicação da lei em sentido estrito), o nível de prevenção poderia manter-se fixo, enquanto os custos de detecção são reduzidos. O objectivo principal era responder à questão de natureza normativa sobre os recursos que deveriam ser utilizados, bem como, as sanções que deveriam ser usadas para aplicar os diferentes tipos de leis, de forma eficaz e eficiente. A probabilidade de aplicação da lei e a sanção (bem como o seu grau de severidade) deverão ser determinadas de modo a minimizar os custos sociais derivados de comportamentos ilegais.

Se determinados pressupostos se verificassem, nomeadamente, se os indivíduos fossem neutrais face ao risco, a sanção (sobretudo quando monetária, ou tendo em conta o seu equivalente monetário para as sanções de natureza não monetária) deveria ser máxima, limitada superiormente pela riqueza do indivíduo e a probabilidade de aplicação da lei deveria ser mínima, pois desta forma os custos sociais seriam minimizados, mantendo-se um determinado nível da sanção esperada, que é o produto da sanção prevista na lei pela probabilidade da sua aplicação.

Esta posição de Gary Becker não é actualmente sustentável, dado que não é indiferente o aumento das sanções prevista na lei ou o aumento das probabilidades da sua aplicação, pois tem de ter-se em consideração a probabilidade efectiva e a probabilidade umbral, que será analisada mais além.

Dado que o Direito é um *valor esperado* importa analisar o conceito de sanção esperada, que constitui, na AED, o incentivo que actua sobre os indivíduos, que os leva

a alterarem o seu comportamento e, conseqüentemente, a desenvolverem determinadas acções ou omissões.

O conceito de valor esperado é um conceito estatístico, cuja origem se deve a Pascal, e que está relacionado com as escolhas em situação de risco e incerteza. Se os resultados das acções humanas fossem instantâneos e determinísticos seria fácil prever o futuro. Contudo, todas as acções na vida humana estão ligadas à incerteza e ao risco. Dos comportamentos e decisões humanas não se pode afirmar quais as conseqüências que se verificarão com certeza. Não existe a omnisciência de perfeito conhecimento quanto ao passado, ao presente e muito menos quanto ao futuro. O conhecimento com perfeita certeza é impossível de atingir. Dado o irrealismo da decisão dos seres humanos em situação de certeza, a teoria económica caminhou no sentido de considerar as decisões dos indivíduos em situações de incerteza.

3 - A SANÇÃO ESPERADA LEGAL E GLOBAL

O Direito é um valor esperado (Pastor, 1989) dado que a aplicação da sanção prevista na lei é probabilística, o que significa que nem todas as violações da lei são sancionadas, como inserto nas previsões normativas. As sanções previstas na lei, *per se*, podem não ser eficazes se a probabilidade da sua aplicação for nula ou muito baixa. Para compreender o sistema jurídico como um conjunto de incentivos é necessário explicitar o conceito de sanção esperada.

A sanção esperada (Donário, 2010b:413-456;) é o produto da sanção prevista na lei pela probabilidade da sua aplicação, podendo ser resumida na seguinte expressão:

$$S^e = S * p$$

onde

S^e - representa a sanção esperada legal;

S – é a sanção prevista na lei;

p - representa a probabilidade de aplicação da lei.

É a sanção esperada que constitui o incentivo que influencia o indivíduo na tomada de decisões, e não a sanção prevista na lei, *per se*. Se for do conhecimento das pessoas e por elas interiorizado que uma determinada sanção prevista na lei não é aplicada, a

violação da norma tenderá a ser elevada, tendo em consideração a *Equação Pessoal* de cada um.

Utilizamos a expressão “Equação Pessoal” como traduzindo o conjunto de crenças, valores e conhecimentos subjectivos. A equação pessoal influencia determinantemente o comportamento do indivíduo, variando espacial e diacronicamente. Ela é dinâmica, o que implica que novos conhecimentos, crenças e valores inculcados no indivíduo alteram o seu comportamento.

De notar que nas suas decisões e comportamentos os indivíduos têm em conta não apenas as sanções legais e sanções esperadas legais mas, também, as sanções relacionadas com a violação das normas dos sistemas normativos como a ética, a moral, a religião e outros (que agregamos como sanções morais por simplicidade de análise), constituindo o que denominamos por *sanção esperada global*.

As crenças desencadeiam certas emoções que afectam o comportamento humano. Entre as várias emoções destacam-se a raiva, o ódio, a vergonha, o orgulho, os gostos, os desgostos, a culpa, a alegria, a tristeza, a inveja, a maldade, a indignação, o ciúme, o desprezo, o medo e o amor (Elster, Jon; 1998), bem como, os factores viscerais como a dor, a fome e a sonolência.

As ideias culturalmente adquiridas são importantes para explicar uma vasta gama do comportamento humano – opiniões, crenças, atitudes, hábitos de pensamento, estilos artísticos, tecnologia, bem como, regras sociais e instituições políticas.

As sanções e recompensas morais (em sentido lato), nomeadamente, os sentimentos de culpa e virtude, condicionam o comportamento dos indivíduos juntamente com as sanções legais. A culpa, como sentimento percebido pelos indivíduos, devida à violação das normas dos sistemas axiológicos, constitui um custo, um *preço*, que os indivíduos tendem a minimizar.

Os sentimentos morais dos indivíduos, sentimentos de culpa e virtude, juntamente com os efeitos sociais externos de desaprovação e aplauso, constituem fortes incentivos que actuam sobre o comportamento dos indivíduos e, conseqüentemente, afectam as suas escolhas. Essas sanções são de duas espécies:

- a) Uma de ordem interna, que se traduz na culpa (“preço”) sentida pelo indivíduo por ter violado uma norma axiológica cuja intensidade varia com o nível de valores violados e o grau de adesão a esses valores inculcados no indivíduo. Um

indivíduo que esteja motivado para evitar o sentimento de culpa poderá ser descrito como desejando ser honesto, logo tendo utilidade nesse comportamento. Assim, as emoções e sentimentos (que poderemos equiparar a gostos ou preferências) influenciam o comportamento.

Uma crítica que fazemos é à dicotomia cartesiana entre razão e sentimento, que levou à construção do *homo economicus* e que tem afastado a análise global das motivações de qualquer natureza na análise económica do comportamento humano, bem como, de outras ciências em que o objecto é o ser humano. Os sentimentos fazem parte da psicologia dos indivíduos e estão de algum modo também relacionados com os valores neles inculcados ao longo do processo de socialização, afectando a sua equação pessoal, logo o seu comportamento.

- b) Outra sanção, de ordem externa, consubstancia-se na crítica a que o indivíduo está sujeito por parte dos outros membros da comunidade em que está inserido, a que o indivíduo pode ser mais ou menos sensível, dependendo dos seus valores, crenças e sentimentos.

Da mesma forma, os incentivos positivos das normas dos sistemas axiológicos têm efeitos no seu comportamento.

Podemos distinguir entre duas espécies de motivações (Frey, Bruno,2001):

- Uma, extrínseca, que é induzida quer pelas recompensas quer pelas sanções (incentivos positivos e negativos, respectivamente) que vêm do exterior;
- Outra, intrínseca, que leva os indivíduos a desenvolverem uma actividade (ou terem um determinado comportamento) pela satisfação que esse comportamento lhes dá internamente. Assim, as motivações internas, que se consubstanciam em incentivos, são influenciadas por factores sociais e culturais.

Podemos resumir, numa simples fórmula, a sanção esperada global, que integra a sanção esperada legal e a sanção esperada moral. É à sanção global esperada que se tem de atender, como incentivo global, a fim de compreender o comportamento dos indivíduos. Da conjugação das sanções legal e moral esperadas resulta a sanção global esperada, que pode ser explicitada na seguinte fórmula:

$$SG^e = S p_s + p_{M_i} M_i + p_{M_e} M_e$$

onde:

SG^e - representa a sanção global esperada;

p_s – representa a probabilidade de aplicação da sanção prevista na lei;

p_{Mi} – significa a probabilidade de o indivíduo ser influenciado decisivamente pela sanção interna;

p_{Me} – significa a probabilidade de o indivíduo ser influenciado decisivamente pela sanção social externa;

S - representa a sanção legal;

M_i – é a sanção interna;

M_e – representa a sanção social externa.

Podemos concluir que as sanções previstas nas normas legais actuam como incentivos sobre os indivíduos e que, nas suas decisões, os valores morais éticos e sociais têm um papel determinante.

As normas pressupõem a liberdade daqueles a quem se destinam e a sua violação supõe a existência desses valores, podendo-se retirar a conclusão que, com um nível baixo de valores éticos, a probabilidade de violação das normas legais é mais elevada, com consequentes custos económicos e sociais para a sociedade.

Com um nível baixo de valores éticos e morais a sanção global é menor, levando o indivíduo a actuar com base, predominantemente, na sanção legal esperada. Neste caso, se a probabilidade de aplicação da lei for baixa tenderá a existir uma elevada violação das normas legais.

4 - A PROBABILIDADE UMBRAL

A probabilidade de aplicação da lei está relacionada com o conceito de *probabilidade umbral* (Donário,2010a:23-25), que pode ser definida como a probabilidade que leva o indivíduo a tornar-se indiferente entre praticar ou não uma determinada acção ou ter um determinado comportamento.

Com efeito, a existência de uma sanção prevista na lei não determina, *per se*, o comportamento dos indivíduos, se estes interiorizarem que a mesma não é aplicada. Para que as normas legais sejam eficazes é necessário que as mesmas sejam aplicadas

no âmbito administrativo e no âmbito judicial. A probabilidade de aplicação da lei existente é denominada por *probabilidade efectiva*.

Quando a probabilidade de aplicação da lei efectiva é inferior à probabilidade umbral, os indivíduos tendem a ter um comportamento de transgressão da lei, dependendo tal transgressão do nível de valores morais e éticos inculcados nos indivíduos.

O aumento das sanções previstas na lei pode não ser eficaz, se a probabilidade efectiva for inferior à probabilidade umbral. No curto prazo, o meio mais eficaz para diminuir as transgressões legais é o aumento da probabilidade de aplicação da lei, quer no âmbito administrativo quer pelos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Becker, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. - *Journal of Political Economy*, 1968, No 76-2, pp. 169-217.

Calabresi, Guido. (1970): The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis.- Yale University Press, 1970.

Coase, R. H; (1960) - The Problem of Social Cost - *Journal of Law and Economics*.

Chorvat, Terrence; Kevin McCabe; Vernon Smith (2005) - *Law and Neuroeconomics* - George Mason University, SCHOOL of LAW.

Donário, Arlindo (2010a) - Aumento das Sanções ou das Probabilidades de Aplicação da Lei? /. *Aumento de las Sanciones o de las Probabilidades de Aplicación de la Ley?*-EDIUAL.

Donário, Arlindo (2010b) – Análise Económica da Regulação Social. Causas, Consequências e Políticas dos Acidentes de Viação – EDIUAL.

Elster, Jon (1998) – Emotions and Economic Theory – *Journal of Economic Literature* , Vol. XXXVI (March 1998), pp. 47-74.

Frey, Bruno S.- (2001) *Inspiring Economics Human Motivation in Political Economy*. P.14 - Edward Elgar Publishing Limited Glensanda House Montpellier Parade Cheltenham Glos GL50 1UA UK.

Pastor, Santos (1989) - Sistema Juridico y Economía. Una Introducción al Analisis Económico del Derecho.- Madrid: Tecnos.

Polinsky, Mitchell; Steven Shavell (2005) - Economic Analysis of Law - Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=859406>.