

## Direito e Economia: Uma síntese da Literatura

Carlos Pestana Barros \*

### 0. Introdução

Quando em 1958 Aaron Director e Edward Levy criaram o *Journal of Law and Economics*, na Universidade de Chicago, lançaram uma infraestrutura científica onde grandes ideias iriam nascer. A procura de grandes ideias e a proliferação de *think-tanks* não era em 1958 um procedimento corrente, nem era óbvio qual a relação existente entre o direito e a economia. Stigler (1992) conta que propôs na altura que o jornal se chamasse *law or economics*, para exibir a separabilidade existente entre ambos os dois campos científicos.

De facto até 1960, altura em que Coase (1960) publicou «*The problem of social costs*», pode-se afirmar que a área de direito e economia não existia, já que não possuía matéria específica de debate.

A partir da publicação do artigo de Coase desenvolveram-se duas escolas científicas nos EUA, uma centrada em Chicago e ligada ao *Journal of Law and Economics*, e ligada aos nomes de Coase, Posner e Landes que analisa as consequências do direito sobre a eficiência alocativa, a partir do modelo do indivíduo racional maximizador da utilidade ou da riqueza. A outra escola centrada em Berkeley e Yale, e ligada ao *Journal of Legal Studies*, que não se preocupa com as regras particulares de eficiência, mas sim com o processo da *common law*, logo com as instituições do sistema judiciário. Não obstante esta dicotomia de investigação, a escola de Chicago manterá a liderança incontestável até à actualidade.

---

\* Professor Auxiliar de Economia do ISEG da Universidade Técnica de Lisboa.

## 1. O teorema de Coase

A escola de Chicago, a mais influente das duas, desenvolveu-se a partir do Teorema de Coase sobre direitos de propriedade e custos de transacção. Coase ilustra o seu teorema através de um exemplo entre dois agentes, um criador de gado e um agricultor. Sendo a produção nas condições iniciais de 100 unidades monetárias para o criador de gado e de 80 unidades monetárias para o agricultor. Nestas condições iniciais o rebanho pastoreia nas terras do agricultor, que vê assim a sua colheita prejudicada, originando um prejuízo. Sendo a utilização da terra conflitual, como podem os dois agentes resolver o conflito? A resolução do conflito depende dos direitos de propriedade existentes. Admita-se que a pastagem do rebanho nas terras do agricultor (os direitos de propriedade são do agricultor) é legalmente considerado um prejuízo. Nestas condições o criador e o agricultor negociarão um acordo em que o agricultor abandona a sua acção legal contra o criador e o criador paga uma indemnização entre 80 unidades monetárias e 100 unidades monetárias. Admita-se alternativamente que a pastagem do rebanho nas terras do agricultor não é considerada legalmente um prejuízo, já que não é claro a quem pertence a propriedade da terra. Nesta situação o agricultor estará disposto a indemnizar o criador mais de 80 unidades monetárias para este abandonar a produção e este estará disposto a receber menos de 100 unidades monetárias para tal. Nas duas formas alternativas — ou bem o criador de gado paga um indemnização ao agricultor pelos prejuízos, ou bem o agricultor indemniza o criador de gado para ele diminuir a dimensão do seu rebanho — o resultado é idêntico. No primeiro caso o aumento do custo de produção sofrido pelo criador de gado leva-o a diminuir a dimensão do rebanho; no segundo caso a dimensão do rebanho é diminuída através do contrato. Nos dois casos o resultado é o mesmo: diminuição da dimensão do rebanho.

Conclui-se que na ausência de custos de transacção, todas as regras de atribuição da responsabilidade de externalidades são eficientemente equivalentes em

matéria de resolução eficaz de conflitos, por isso a solução de o criador de gado pagar uma indemnização é eficientemente equivalente à solução o agricultor indemnizar o criador. Noutros termos, na ausência de custos de transacção, o direito não influencia a repartição de recursos nem os comportamentos que determinam essa repartição de recursos; logo o direito não tem significado nem importância na ausência de custos de transacção.

O teorema designa-se teorema da invariância: *When transactions are costless and individuals act cooperatively, any assignment of legal rights will be efficient* (Coleman, 1984), e foi considerado um convite para o estudo dos custos de transacção.

Os custos de transacção são os custos inerentes às externalidades numa relação bilateral ou efeitos de uma terceira parte, ou ainda limitações à negociação que resulte do estatuto dos participantes, como acontece no monopólio bilateral. Falência de mercado resultante de informação imperfeita é também considerada custo de transacção, (Coase, 1988). A ausência de custos de transacção é sinónimo de mercado de concorrência perfeita.

Os direitos de propriedade são os direitos relativos ao bem, fixados pelo sistema jurídico, de acordo com Calabresi e Melamed (1972), por fases: numa primeira fase determinando a que pertence o direito (entitlement decisions); em seguida definindo a forma de protecção desse direito atribuído (corrective justice question) e finalmente definindo a forma do direito, que se pode definir de quatro formas: Como direito absoluto (property rights), como direito relativo (liability rule), como direito com pagamento de indemnização e finalmente como direito com regra de inalienabilidade.

O teorema da invariância é por vezes interpretado como um argumento normativo a favor de mercados livres, mas no seu discurso de recepção do prémio Nobel, Coase (1991) esclareceu que o argumento era a favor de mercados regulados, afirmando: «*Se se passa de um regime onde os custos de transacção são nulos para um regime onde os custos de transacção são positivos, o que aparece muito*

*nitidamente é a importância do sistema jurídico... Como expliquei no “The problem of social cost” o que se troca no mercado não são, como supõem muitas vezes os economistas, entidades físicas, mas direitos de realizar determinadas acções, e os direitos são estabelecidos pelo sistema jurídico.... O sistema jurídico tem um efeito profundo no funcionamento do sistema económico, podendo-se afirmar que em certa medida o direito controla o sistema económico.»* (Coase, pag.437). O teorema é um argumento positivo de que a lei é um mecanismo de resolução dos custos de transacção. A lei constitui o mecanismo que gere os problemas de custos de transacção, e as instituições são importantes na sua regulação. Os resultados directos da lei são: (i) Numa economia em que os recursos fossem afectados pelo sector privado, não existiriam externalidades e todas as afectações seriam eficientes; (ii) O resultado eficiente depende da ausência de custos de transacção; (iii) o resultado será invariante aos direitos legais, admitindo que os direitos legais são transferíveis; (iv) áreas económicas como ruído, poluição, etc. são melhor interpretadas como uma questão de incompatibilidade entre agentes do que como uma questão de mau comportamento de uns agentes e situação de vítimas de outros. No caso do criador de gado e do agricultor as duas actividades não podem existir lado a lado, mas esta observação não permite inferir quem é que actua com dolo e quem é vítima. Em termos económicos o critério relevante é afectar a terra à utilização que crie o maior valor social líquido.

Do teorema emergem duas áreas de investigação: (i) A investigação da eficiência da lei; (ii) A investigação do processo e das instituições jurídicas. A Escola de Chicago posterior a Coase seguiu a primeira linha de investigação, preocupando-se com a eficiência do processo de regulação da externalidade, postulando que, quer pelo facto dos juizes serem por formação induzidos a preferir nas suas decisões eficiência, (Posner, 1986) quer pelo facto de existir um processo de selecção natural que tende para a predominância de regras eficientes, (Strowel, 1992) a *common law* é um mecanismo eficiente de afectação de recursos; a *common law* é mesmo mais eficiente que as intervenções governamentais na

afecção de recursos. Os conflitos baseados em regras ineficientes são mais vezes rejeitados do que os conflitos baseados em regras eficientes, (Priest, 1977). A eficiência das regras jurídicas é definida quer pela maximização da utilidade ordinal, na tradição Coasiana, quer pela maximização da riqueza, na tradição Posneriana, pelo que a decisão em termos legais definirá qual a regulação mais eficiente.

Se a lei tem por objectivo a eficiência, a política deverá ocupar-se com duas coisas: (i) Deixar o mercado determinar os resultados, na medida em que o mercado funcione; (ii) minimizar o efeito dos custos de transacção, seleccionando uma regra que aproximar o resultado da negociação o mais possível da solução que existiria num mercado sem custos de transacção.

Este paradigma de estudo centra-se na análise de disputas entre duas entidades sobre direitos legais, interpretando os tribunais e as outras instituições jurídicas como mercados de direitos.

A segunda linha de investigação, a investigação do processo e das instituições jurídicas, foi desenvolvida por Williamson no contexto da economia institucional e da organização industrial.

## **2. O Teorema de Coase e a Teoria Económica**

O estatuto do teorema de Coase no contexto da teoria económica é controverso.

A comparação interpessoal da utilidade ou da riqueza exige o recurso ao óptimo de Pareto e ao critério de Kaldor-Hicks, permitindo avaliar decisões que envolvem ganhadores e perdedores. Se uma compensação é efectivamente paga aos perdedores, um deslocamento eficiente no sentido de Kaldor-Hicks é um deslocamento Pareto superior. Um estado do mundo S1 é Pareto superior relativamente a S, se e somente se ninguém prefere S a S1 e que pelo menos alguém prefere S1 a S. A passagem a um estado Pareto superior supõe que não existem

perdedores, verificando-se um ganho líquido na utilidade total. Se uma compensação não for paga o deslocamento Kaldor-Hicks é um deslocamento Pareto superior potencial.

O estado do mundo Pareto superior não deve ser confundido com o estado do mundo Ótimo de Pareto, já que neste último caso não há margem para melhorar a afectação de recursos.

As razões porque os testes de compensação são por vezes hipotéticos decorre de : (i) Alguns perdedores não merecerem a compensação, como acontece com o monopolista, quando as autoridades lhe quebram o poder de monopólio; (ii) a compensação pode envolver custos de transacção.

O teorema de Coase não é um corolário do 1.º Teorema de Bem-Estar, (Farrel, 1987). O mercado de monopólio bilateral de Coase é um mercado muito idiosincrático, com direitos legais, únicos, cujo valor não é facilmente calculável, envolvendo custos irrecuperáveis, existindo em geral bastante incerteza sobre a sua real existência e objectivo. Na medida em que a regra legal é obscura, o produto transaccionado nesse mercado é ambíguo, (Hovemkamp, 1995). Finalmente os mercados Coesianos parecem ser instáveis na medida em que não possuem núcleo, (Aivazan and Callen, 1981). Outros mercados Coesianos, apesar de terem núcleo, têm muita dificuldade em atingir o equilíbrio, como acontece numa situação em que uma fábrica polui uma infinidade de agentes; a compra dos direitos de poluição pela fábrica não é uma tarefa fácil, face à profusão de agentes.

A tese da invariância é também posta em causa se forem levados em conta os efeitos rendimento ou o facto da utilidade marginal do rendimento ser decrescente, (Hovemkamp, 1990).

Finalmente num mercado com poucos produtores e muitos consumidores, o resultado de uma negociação Coasiana pode ser um cartel ou discriminação de preços, o que estará longe de ser socialmente eficiente.

### 3. A Investigação na Economia do Direito

A investigação na economia do direito desenvolve-se predominantemente utilizando mercados implícitos, utilizando a técnica de contar história (story-telling), confirmação e procura de explicações plausíveis; um excelente tratado que analisa exaustivamente as diferentes áreas de análise da economia do direito nesta tradição é Posner (4ª edição, 1992, livro originalmente publicado em 1973 por um expoente da escola de Chicago). Apesar de ser um membro representativo da escola de Chicago, Posner assume neste tratado uma posição bastante tolerante para com as outras linhas de investigação.

Uma linha de investigação recente utiliza a teoria dos jogos, (Mackaay, 1989), na análise da economia do direito.

Os diferentes estudos podem ser agregados em subconjuntos, a saber:

#### *Debate sobre o Teorema de Coase:*

Os artigos nesta tradição tratam da verificação empírica do teorema, Schwab (1988) e Donohue (1989), analisam as implicações do teorema em termos jurídicos, Calabresi (1968), Cooter (1991) flexibilizam as hipóteses do teorema, tirando ilacções sobre as melhores regras que asseguram soluções eficientes em vários mercados, Calabresi e Melamed (1972), etc.

#### *Negligência e direito relativo:*

Os artigos nesta linha de investigação, Landes e Posner (1987), tratam da fixação de indemnizações em situações de negligência. Negligência define-se como o custo de um prejuízo antecipado. A acção é negligente se o custo da precaução que não foi levada em conta é menor do que o custo do prejuízo esperado.

Estudos sobre direito relativo baseiam-se no facto de que a forma óptima de evitar certas perdas é reduzir o nível de actividade, e não melhorar a qualidade do exercício da actividade. Esta questão é muito estudada no contexto do meio ambiente.

*Contratos:*

Artigos nesta tradição tratam a célebre questão do monopólio bilateral na presença de custos de transacção. No monopólio natural, as partes investem recursos num processo de negociação. Na medida em que estes custos sejam irrecuperáveis, se a negociação correr mal, as partes têm incentivo para aceitar resultados abaixo do óptimo, o que constitui campo para comportamentos estratégicos. Uma perspectiva histórica do desenvolvimento neste campo pode ver-se em Feinman (1983); outra aplicação interessante é Polinsky .

*Teoria dos jogos*

A utilização da teoria dos jogos constitui um campo com especificidade própria no contexto da economia do direito, devido ao método utilizado, que não devido ao conteúdo. A resolução de disputas informais foi estudada por Ellickson (1991), teoria do contrato por Katz (1990), políticas anti-trust e de concorrência, Brodley e Ma (1993).

*Crime e família*

A economia do crime e a economia da família, apesar de possuírem autonomia relativa, estão relacionadas com a economia do direito na medida em que o direito criminal e o direito da família constituem elementos de referência desta literatura, vide Posner (1985) e Becker e Murphy (1988).

**4. A Aplicação da Economia do Direito**

As aplicações da economia do direito consiste na aplicação do direito pelos tribunais com recurso a argumentos económicos. As aplicações de referência são quer a política da concorrência, com uma longa tradição quer nos EUA e já alguma tradição na Europa, objecto de regulação pelos tribunais, quer a política

de ambiente, telecomunicações e transportes etc, objecto de regulação pelas agências de regulação.

Os tribunais e as agências de regulação constituem os mecanismos do «estado de direito económico», fundado na separação entre o poder público e poder económico; trata-se de um conceito de estado moderno baseado em regras jurídicas claras e gerais, e assente na processualização, no recurso a peritos especialistas, e na existência de autoridades independentes dotados de poder jurisdicional e independentes da administração. Esta alteração na função do estado constitui para o século XXI aquilo que a separação entre o Estado e a Igreja, representou para o século XIX.

Este conceito de estado afasta-se do conceito do estado de «economia política de mercado» actualmente ainda dominante, que é discricionário, circunstancial e fundado sobre a dominância do poder político sobre o poder económico.

Constituirá o estado de direito económico uma vantagem competitiva para um país? Indubitavelmente que sim, dado o facto do circunstancialismo político dar origem a quadros jurídicos inconsistentes que constituem bloqueios ao desenvolvimento económico. Uma boa parte da reformas estruturais necessárias a Portugal passa, quer por tornar consistente o quadro jurídico de apoio à actividade económica, que o torne uma tecnologia invisível de coordenação, quer por desbloquear os limites ao funcionamento do mercado de acordo com regras jurídicas baseadas na eficiência.

### Bibliografia

- AIVAZAN V. and CALLEN, J. (1981) — The Coase theorem and the empty core. *Journal of Law and Economics*, Vol. 24: 175-185.
- BARROS, Carlos (1998) — Advogados, legislação e Litigação nos tribunais Portugueses. *Galileu — Revista de Economia e Direito*. Vol.III, n.º 1: 87-94.
- BECKER, G. e MURPHY, K. (1988). — The family and the state. *Journal of Law and Economics*, vol. 31, 1-15.
- BRODLEY, J. e MA, C. (1993).- Contract penalties, monopolizing strategies, and antitrust policies. *Stanford Law Review*, Vol. 45, 1161-1170.

- CALABRESI, G. (1968) — Transaction costs, resource allocation and liabilities rules — a comment. *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, 67-70.
- CALABRESI, G. e MELAMED, A. (1972) — Property Rules, Liability Rules and Ineliability: One view of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85: 1089-1128.
- COASE, R. (1988) — *The Firm, the market and the law*. Chicago, Chicago University Press.
- COASE, R. (1960) — The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1.
- COASE, R. (1991) — The institutional structure of production. *Alfred Nobel Memorial Prize Lecture in Economic Sciences*.
- COOTER, R. D. (1991) — Economic theories of legal liability. *Journal of Economic Perspectives*, 4 (3) summer: 11-30.
- DONOHUE, J. (1989) — Diverting the coesaeen river: incentive schemes to reduce unemployment spells. *Yale Law Review*, Vol. 99, 549-560.
- ELICKSON, R. (1991) — *Order without law: How neighbors settle disputes*. Cambridge; M. A. Harvard University Press.
- FARREL, J. (1987) Information and the Coase theorem. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 11, 113-125.
- FEINMAN, J. (1983) — Critical approaches to contract law. *UCLA Law Review*, Vol. 30, 829-850.
- HOVENKAMP, H. (1995) — Law and Economics in United States: A brief historial survey. *Cambridge Journal of Economics*, 19: 331-352.
- HOVENKAMP, H. (1990) — Marginal utility and the Coase Theorem. *Cornell Law Review*, Vol 75: 783-800.
- LANDES, W. e POSNER, R. (1987) — *The Economic structure of tort law*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- MACKAAY, E. (1989) — L'Ordre spontané comme fondement du droit. Un survol des modeles de l'émergence des règles dans la société civile. *Revue Internationale de Droit Economique*, 1: 247-287.
- POLINSKY, A. (1979) — Controlling nuisance disputes: the simple economics of injunctive and damage remedies. *Stanford Law Review*, Vol. 30, 1075-1080.
- POSNER, R. A. (1992) — *Economic Analysis of Law*. Boston. Little Brown, 4 edit.
- POSNER, R. (1985) — An economic theory of the criminal law. *Columbia Law Review*. Vol. 85, 1193-1200.
- PRIEST, G. (1977) — The Common Law Process and the Selection of Eficient Rules. *Journal of Legal Studies*, 6: 65-82.
- KATZ, A. (1990) — The strategic structure of offer and acceptance: game theory and the law contract formation. *Michigan Law Review*, Vol. 89, 215- 235.
- KIRAT, Thiery (1998) — Économie et Droit: De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances. *Revue Economique*, Vol. 49, Juillet: 1057-1087.
- SCHWAB, S. (1988) — A Coesean experiment on contract presumption. *Journal of Legal Studies*. Vol. 17, 237-248.
- STIGLER, G. J. (1992) — Law or economics? *Journal of Law and Economics*, 35 October: 455-468.