

# COOPERAÇÃO, TRAGÉDIAS E... DIREITO À FELICIDADE

Um dos especialistas na disciplina *Law & Economics* afirma que o conhecimento é um empreendimento intelectual coletivo em que a cooperação deve ser a tônica

Depoimento de Thomas Ulen  
Foto Juan Guerra

*Professor da University of Illinois e especialista em Law & Economics, Thomas Ulen admite dificuldade para lidar com direitos autorais. Ele e Robert Cooter são autores de Law & Economics, clássico livro-texto traduzido, com anuência deles, por estudantes chineses sem que os autores recebessem 1 centavo de yuan. Mas Ulen não se importa e até se orgulha: “Não pensei no mercado de mais de 1 bilhão de pessoas e Deus sabe quantos estudantes de Direito, fiquei apenas feliz e honrado com o carinho dos alunos”. O aparente desapego faz mais sentido quando Ulen cita a famosa frase de Isaac Newton (“Se enxerguei mais longe do que outros, foi apenas porque me apoiei nos ombros de gigantes”), lembrando que participamos de um empreendimento intelectual coletivo em que a cooperação deve ser a tônica. Cooperação que não se vê, claro, quando se trata de partilhar recursos públicos naturais como o ar e o mar, caracterizando a primeira das tragédias sobre as quais ele discorre: a tragédia dos comuns. O professor propõe duas soluções para resolvê-la. A primeira é estabelecer direitos de propriedade, algo que nem sempre é fácil. No caso de conteúdo intelectual, a solução é colocar em domínio público todo o conhecimento que, para prosperar, precise estar aberto para a contribuição de muitos, como no caso do projeto do genoma humano. Acompanhe esses e outros raciocínios do pensador do direito em suas implicações com a economia neste depoimento concedido a Getulio em sua passagem pelo Brasil, em junho.*

**N**os anos 60 o ecologista Garret Hardin escreveu um artigo para explicar por que havia problemas ambientais no ar e no mar. Seu argumento era: como ninguém é dono do ar nem do mar, ninguém tem incentivos para impedir que as pessoas os usem. Daí a excessiva exploração desses dois recursos públicos e naturais. Todo pescador sabe que qualquer outra pessoa pode pescar. Sabe também que, se não pescar hoje todos os peixes que puder, alguém irá pegá-los amanhã! Como os pescadores acham que seus concorrentes irão pescar o máximo possível, todos pescam em excesso. Hardin foi um dos primeiros a apontar o problema do uso abusivo dos recursos naturais. Sugeriu, então, que limitássemos isso de algum modo. Uma opção seria conceder direitos de propriedade para alguém sobre esses recursos, pois um único dono teria incentivos para maximizar o valor desse recurso, antes comum. O dono de um lago cuidaria para que não houvesse pescadores demais em sua propriedade, assim como o dono de um pedaço de ar evitaria que esse pedaço fosse poluído. Seria um modo de solucionar o que chamo de “a tragédia dos comuns”.

Essa tragédia chamou atenção sobre como os direitos privados de propriedade, ou mesmo os direitos públicos de propriedade cuidadosamente definidos, podem levar ao uso eficiente de recursos. E a disciplina de *Law & Economics* tem justamente como preocupação funda-



mental o uso eficaz de recursos disponíveis para o público em geral. Não é segredo, desde que conhecemos essa tragédia, que problemas graves podem resultar da ausência de direitos de propriedade. É importante que esses direitos sejam bem definidos e que sejam de pessoas específicas, pois elas terão, teoricamente, incentivos para maximizar o valor daquilo de que são donas.

Claro que existe o problema inverso, o dos direitos de propriedade em excesso. Um ótimo exemplo foi o que ocorreu com a privatização dos apartamentos comunitários na Rússia. Quando a União Soviética ruiu, em 1991, um dos assuntos em pauta era a privatização dos belos e espaçosos apartamentos socializados após a revolução de outubro de 1919. Antes da revolução eram residência da nobreza e de capitalistas de sucesso. Durante as sete décadas de socialismo, esses apartamentos se transformaram em moradias coletivas de muitas famílias. Se um apartamento tinha quatro quartos, um banheiro, uma sala de estar e uma cozinha, quatro famílias foram morar ali. Uma em cada quarto, compartilhando as áreas comuns. Em outras palavras, cada família tinha direito de propriedade em relação ao quarto que ocupava, e direito compartilhado sobre o banheiro, a cozinha e dependências de serviço. Estabeleciam horários de uso dos espaços comuns

para não se atrapalharem. Quando a União Soviética se desfez, ficou claro que esses grandes apartamentos seriam mais valiosos nas mãos de uma única família ou pessoa. Como retirar as três famílias remanescentes?

Foi muito difícil! Não se sabia como determinar o valor das áreas comuns. Além disso, era necessária a concordância de gente demais para adquirir o apartamento inteiro por determinada quantia. Cada dono poderia aceitar vender seu quarto por 100 mil dólares, mas se houvesse apenas um dono o valor seria 500 mil dólares. O difícil era obter a concordância de cada família em relação ao valor das áreas comuns, pois todos queriam um pagamento diferente por elas! Então o custo de negociar esse rearranjo de direitos privados sobre os quartos mais o direito comum sobre as áreas coletivas é considerada a tragédia dos anticomuns.

O que origina nova tragédia, pois as consequências de agregar direitos podem ser desastrosas. Se o custo da

negociação é alto e leva tempo demais, podemos nunca conseguir juntar direitos privados e direitos comuns para que tenham uso mais eficiente. É o contrário da tragédia dos comuns, em que o problema é não ter direitos de propriedade suficientes. Pensamos fazer a coisa certa quando criamos novos direitos de propriedade, mas daqui a cinquenta anos talvez lamentaremos tê-los em excesso! Para nossos filhos sobrar o fardo de lidar com a tragédia dos anticomuns.

Mas não vamos deixar o problema para eles, pois temos responsabilidade sobre o que ocorrerá no futuro. Se criarmos direitos em excesso hoje, será difícil agregá-los de maneira mais eficiente dentro de algumas décadas. Diversas lições podem ser tiradas das duas tragédias que descrevi, a da pesca e a dos apartamentos coletivos, com importantes implicações para o Direito.

A primeira é que estabelecer direitos privados de propriedade não é necessariamente a solução para todos os problemas da vida. Podemos estar criando problemas para o futuro e é bom sermos cautelosos.

Uma maneira é pensar em algo que não costuma ser considerado nesse tipo de discussão: que mecanismos podem facilitar a agregação de direitos? No exemplo dos apartamentos russos, a regra que acreditávamos ser a correta para agregar as preferências dos quatro donos em uma única proposta exequível era o consentimento unânime.

Mas essa regra tem custos altos. Quanto mais donos há, maior o custo para agregar os direitos de todos para que a propriedade seja vendida por um melhor preço. Mas, se sabemos que os custos desse acordo são altos, podemos pensar em métodos diferentes. Maioria simples é pouco, unanimidade é muito, talvez algo intermediário seja o melhor. Geralmente consideramos o consentimento unânime como a maneira certa de negociar direitos de propriedade, mas essa solução pode ser proibitiva em alguns casos – nos apartamentos russos seria improvável, embora não impossível! No caso do projeto do genoma humano, no entanto, essa solução não caberia.

#### O genoma humano e o domínio público

O projeto do genoma humano envolve a proprie-

dade intelectual e há milhares de donos: cientistas e empresas que patentearam porções específicas. Quem descobre um pedaço do genoma que serve para um fim pode pleitear uma patente sobre ele. Se alguém descobrir a configuração de DNA que cria olhos marrons, pode patenteá-la. Há algo em torno de 75 mil trechos diferentes de DNA no genoma humano.

Ora, se uma companhia farmacêutica precisa de um pedaço do genoma para elaborar um remédio que trate certa doença, terá de obter consentimento de todos os cientistas que têm patente sobre aquele pedaço. E assim o custo de negociar com todos se torna proibitivo. É um problema para a pesquisa médica: se isso requer o consentimento de quem tem as patentes, será difícil avançar cientificamente. Uma solução possível é colocar pedaços do DNA no domínio público. É o que as companhias farmacêuticas têm feito. Muitos trechos ainda têm donos, mas as empresas têm percebido a dificuldade para obter direitos de propriedade sobre o conhecimento do cromossoma. Então elas se organizam em consórcios para realizar pesquisas conjuntas. Quando descobrem algo novo, colocam em domínio público e qualquer um pode usar.

Um dos maiores especialistas em propriedade intelectual, Lawrence Lessig reconhece que a tragédia dos anticomuns pode se estender para além das patentes e se tornar relevante para pensar a questão dos direitos autorais. Atualmente, com poucas exceções, é preciso ter o consentimento explícito do dono dos direitos de uma obra para reproduzi-la. E um dos maiores problemas de direitos autorais são os *copyrights* órfãos. Posso imaginar que alguém tenha direitos sobre determinada obra, mas não saber quem é ou onde está. Talvez a pessoa tenha morrido, ou tenha se mudado para a China e não se importar mais. Mas, se voltar da China, pode me processar. Por isso busca-se descobrir como criar uma lei que permita a alguém usar uma obra com *copyright* órfão e não estar sujeito depois a um processo milionário. O Congresso norte-americano teve duas oportunidades desperdiçadas para aprovar essa mudança. O ponto importante é: se tentei achar o dono do *copyright* e não consegui, mas me esforcei para encontrá-lo, devo estar isento de processos futuros. Ou pagar um preço razoável pelo uso da obra órfã.

Nesse contexto, não podemos subestimar a importância do domínio público. Trata-se da coleção de todas as obras e trabalhos sobre os quais alguém, um dia, teve direitos e hoje são liberados. O domínio público é um recurso social inesgotável, biblioteca gratuita que pode inspirar acadêmicos, cientistas, inventores, criadores a ter novas idéias, variações das antigas. O compositor Leonard Bernstein fez isso com *Romeu e Julieta*, de Shakespeare. Colocou duas gangues porto-riquenhas em confronto em Nova York, substituindo duas famílias italianas briguentas. Se Shakespeare fosse vivo, poderia ter processado o autor de *West Side Story!* Mas estava morto e suas obras em domínio público. Isso possibilitou o fantástico enredo de Bernstein.

#### O papel preventivo da advocacia

Há um aspecto altamente positivo nisso, sobretudo se considerarmos o avanço científico. Isaac Newton, um dos grandes gênios dos tempos modernos, escreveu uma frase maravilhosa. Após uma de suas primeiras descobertas, ele recebeu uma carta de outro inventor inglês, elogiando seu trabalho, chamando-o de gênio. Newton respondeu: “Se enxerguei mais longe do que outros, foi apenas porque me apoiei nos ombros de gigantes”. Gosto dessa citação porque ela mostra o quanto somos beneficiários do passado. É ótimo reconhecer que estamos todos, de alguma maneira, participando de um empreendimento coletivo, de cooperação e colaboração.

A disciplina de *Law & Economics* foi acusada de apoiar-se demais na economia. Para chegar até aqui certamente usamos muitas das teorias econômicas em suas implicações com o Direito. Mas os economistas estão em outra ilha, não há interação tão fluida, estamos bem mais independentes do que no início. Há quase trinta anos, quando começamos a pensar o *Law & Economics*, nos apoiamos muito no que os economistas fizeram, importando a teoria da escolha racional e a aplicamos ao processo de tomada de decisões jurídicas.

Essa teoria considera que os indivíduos estão cientes de seus próprios gostos e preferências, sabem quais são as opções disponíveis, e invariavelmente fazem escolhas

**Leonard Bernstein colocou duas gangues porto-riquenhas em confronto em Nova York, substituindo famílias italianas briguentas. Se Shakespeare fosse vivo, teria processado o autor de *West Side Story!***

que melhoram sua utilidade, para usar o jargão dos economistas. Em outras palavras, sempre agem de modo a se tornar mais satisfeitas. Se eu decido fumar (e esse é apenas um exemplo) é por acreditar que o benefício do cigarro é maior do que seu custo. De acordo com essa teoria, as pessoas só erram quando alguém as engana, oferecendo informações erradas.

Mas não é bem assim. Nossa capacidade de errar é inesgotável. E os especialistas em *law & economics* reconhecem o acerto de psicólogos que encontravam erros previsíveis nas decisões humanas – muito antes dos economistas! A prática da advocacia nos convenceu de que a teoria da escolha racional era boa, mas ia longe demais ao imaginar que as pessoas nunca cometiam erros. Há uma lista de erros sistemáticos em nossos julgamentos e nas decisões que tomamos. O excesso de otimismo é um desses erros. Somos otimistas demais sobre nossa vida, pois ver o mundo exatamente como ele é pode levar à depressão. Por isso, somos mais otimistas do que deveríamos.

Fazemos coisas hoje por estarmos convencidos de que amanhã será melhor do que ontem.

Criminosos são otimistas pois sempre acreditam que têm muito mais chances de se safar do que de fato terão. Gostaríamos que os criminosos entendessem

que suas chances de escapar não são tão boas quanto pensam. Que os fumantes reconhecessem o perigo que o cigarro representa.

Otimismo em excesso é uma característica das pessoas. Mas há circunstâncias em que não devemos ser tão otimistas. E o Direito pode interferir criando formas de informar os clientes sobre atos arriscados, algo que ainda não sabemos como fazer. Se alguém diz que há uma chance em quatro milhões de contrair pólio sem se vacinar, a maioria pensará: “Uma em quatro milhões? Parece nada, não preciso me preocupar”. Bem, obviamente essa não é a coisa certa a fazer, mas como mudar isso? Eu não sei, mas a disciplina de *Law & Economics* está atenta no fato de que informar as pessoas sobre o nível relativo de riscos de suas decisões é um problema difícil. Ron Gilson, um conceituado professor, chama os advogados de “engenheiros de transação de custo”. É uma boa frase para descrever o que advogados fazem. Eles identificam


os custos de transações atuais e auxiliam a lidar com eles para que sejam os mais baixos possíveis.

Mas tanto nos Estados Unidos como aqui no Brasil o ensino jurídico não parece levar isso muito em conta, pois prepara os alunos mais para lidar com tribunais do que com clientes. Estudamos casos de litígio com os alunos. Costumo dizer a eles: “Apenas 3% das disputas terminam em julgamento, e nós estamos ensinando vocês sobre o que é o Direito a partir da leitura de casos anormais. Em realidade, deveríamos estar ensinando como redigir um contrato para que não aconteçam litígios”. O foco da disciplina de *Law & Economics* está à frente da cultura do litígio.

Há certa lenda a respeito do excesso de disputas na prática jurídica americana. Todos pensam que os Estados Unidos são uma sociedade altamente litigiosa, que resolvemos as questões importantes nos processando toda hora. Mas o litígio é raro nos Estados Unidos. Repito: apenas 3% das disputas jurídicas chegam ao tribunal – e esse

é um dado surpreendente a que chegou o pesquisador Marc Galanter. Ele descobriu que o número de julgamentos nos Estados Unidos vem caindo continuamente desde 1962. O número total de julgamentos foi menor em 2002 do que em 1962. E a população americana saltou de 160

milhões para 300 milhões de 1962 até hoje. Poderíamos imaginar que haveria mais litígios. Somos uma sociedade muito mais complexa do que há 45 anos. Temos menos disputas? Certamente não, mas temos menos processos no tribunal. Há várias explicações. Uma delas é que julgamentos são mais caros hoje, mas esse não é o motivo principal. Galanter sugere que as pessoas usam métodos alternativos para resolver disputas, como a arbitragem e mediação. E sobretudo são mais bem assessoradas por seus advogados na hora de criar contratos.

Se os advogados orientam seus clientes a como evitar litígios, houve um grande progresso. A maior atuação desse profissional hoje se volta para o que se chama de advocacia de transação, que não tem nenhuma relação com litígio. O objetivo da advocacia de transação é prevenir o litígio. A disciplina de *Law & Economics* pode ter contribuído em parte para isso. 

*Depoimento transcrito de entrevista a Sérgio Praça.*

# O DIREITO E A BUSCA DE FELICIDADE

Por Thomas Ulen

Comecei a escrever um artigo exatamente sobre esse tema do Direito e a busca de felicidade. Se parar de viajar para lugares interessantes como São Paulo e ficar em casa, conseguirei terminá-lo em breve! Estou entusiasmado com as descobertas dessa literatura que trata da felicidade. Uma dessas teorias diz que todos nascemos com um nível natural de felicidade. Alguns são naturalmente mais felizes e otimistas, outros mais tristes e pessimistas. O interessante é que esse nível natural é forte e oscilações tendem a ser temporárias. Alguém pode pensar que se algo terrível lhe acontecer, como perder a visão, se sentirá muito triste. Aparentemente, traumas como perder a visão ou um problema de saúde realmente tornam as pessoas infelizes por um tempo, mas depois, geralmente em um ano, elas voltam ao mesmo nível de bem-estar que tinham antes. Isso é verdade tanto para quem ganha na loteria como para quem é afetado por um problema de saúde que diminui seu bem-estar.

Que implicações jurídicas isso pode ter? Se alguém se acidenta hoje e tentamos decidir em quanto indenizá-lo, podemos imaginar: “Se eu estivesse na situação dessa pessoa, tão machucado, ficaria triste para o resto da vida”. Mas isso não é verdade. Então, quando se trata de decidir o montante de uma indenização, levados por esse sentimento, pode-se pleitear ou conceder dinheiro em excesso! Deveríamos reconhecer que, em um ano, esse

acidentado voltará a nível parecido de bem-estar que tinha antes de o fato acontecer. Pode parecer argumento mesquinho de advogado da parte contrária, mas não é. Estudos apontam que dar 20 mil dólares por ano a uma pessoa a torna mais satisfeita. Entretanto, quando a quantia é bem maior do que 20 mil dólares, as pessoas não afirmam estar “mais” felizes – ou seja, não há relação entre o montante pecuniário e o grau de felicidade. E é possível que esses dados da psicologia da felicidade venham a ser levados futuramente em consideração. De que não precisamos compensar as pessoas tanto assim, porque, apesar de você ter perdido muito dinheiro, não há uma correlação clara entre a quantia que você tinha e seu nível de bem-estar.

Há outra descoberta interessante: a maioria dos traumas que ocorrem às pessoas são episódios temporários e após um ano aproximadamente elas voltam a seu nível de bem-estar habitual. Existem duas exceções, no entanto. Uma delas é a morte de um ente querido, o cônjuge, por exemplo. Essa situação de perda do parceiro faz seu nível de bem-estar cair e permanecer baixo, sem o retorno ao nível anterior. Perde-se a resiliência, para empregar uma palavra da área da psicologia, a elasticidade de um bambu de retornar à posição anterior, para ficar num exemplo. O nível de bem-estar pode subir um pouco, mas nunca volta ao mesmo nível anterior.

A segunda exceção é, interessante, o desemprego. Também a mesma situação de perda que não apresenta resiliência. Se uma pessoa é demitida ou não está trabalhando, se sente muito menos feliz. E não é questão de lhe dar dinheiro para compensá-la pelo salário que perdeu. Se fizermos isso, elas afirmam estar um pouco mais felizes, mas bem longe da felicidade que sentiam quando trabalhavam.

E isso tem implicação concreta na prática do direito trabalhista e nas teorias de administração de pessoas e recursos humanos. O pensamento dominante era considerar que, quando uma pessoa é demitida, bastaria conceder um seguro-desemprego. Não é verdade! As pessoas se sentem muito mais felizes e importantes quando estão empregadas e contribuindo do que pensávamos. Os economistas e administradores imaginavam que a compensação financeira era suficiente e o mais seria apenas questão de persuadir as pessoas a não ficarem ociosas. Que tudo o que havia a fazer, além da compensação econômica, era persuadi-las a parar e ficar sentadas curtindo a si mesmas, em vez de ir fazer algo desagradável, que era o trabalho, de que muitas vezes tanto se queixavam. Mas isso não é a verdade. Perder o emprego é deixar de participar de projetos, é ser cortado da convivência dinâmica com um grupo, de ter metas e compromissos.