

A PESQUISA EM DIREITO E EM ECONOMIA: EM TORNO DA HISTORICIDADE DA NORMA ¹

Persio Arida

LEGAL RESEARCH AND ECONOMICS RESEARCH:
ON THE HISTORICITY OF LEGAL NORMS

RESUMO

APÓS ESQUEMATIZAR O PENSAMENTO ECONÔMICO SOBRE A NORMA EM ALGUMAS CATEGORIAS, ARGUMENTA-SE QUE É NA HISTORICIDADE DA NORMA QUE O PENSAMENTO ECONÔMICO REVELA SUA MAIOR LACUNA. O TEXTO SUGERE QUE A PESQUISA EM DIREITO SOBRE A HISTORICIDADE DA NORMA PODE VIR A INTERAGIR DE MODO PROFÍCUO COM A PESQUISA ECONÔMICA, INFLUENCIANDO INCLUSIVE O DESENHO DE POLÍTICAS ECONÔMICAS.

PALAVRAS-CHAVE

ECONOMIA / DIREITO / PESQUISA / NORMA / HISTORICIDADE

ABSTRACT

BASED ON A SIMPLE TAXONOMY OF THE FORMS BY WHICH ECONOMIC THINKING APPREHENDS THE IMPACT OF THE NORM, THE TEXT ARGUES THAT THE MAIN LACUNA OF ECONOMICS LIES IN UNDERSTANDING THE HISTORICITY OF LEGAL NORMS. THE TEXT SUGGESTS THAT LAW RESEARCH ON THE HISTORICITY OF LEGAL NORMS CAN INTERACT IN A FERTILE WAY WITH ECONOMIC RESEARCH AND THAT THIS INTERACTION MAY HAVE ECONOMIC POLICY-MAKING IMPLICATIONS.

KEYWORDS

ECONOMICS / LAW / RESEARCH / NORM / HISTORICITY

1 INTRODUÇÃO

Em um estudo recente, Marcos Nobre (2003) tratou de responder à seguinte questão: como explicar que o direito, como disciplina acadêmica, não tenha acompanhado o vertiginoso crescimento qualitativo da pesquisa científica em ciências humanas no Brasil nos últimos trinta anos? A resposta naturalmente exige que se discuta a relação do direito com as disciplinas clássicas das ciências humanas e que se pergunte pela natureza específica da pesquisa em direito.

O tema, vastíssimo, transcende os limites deste pequeno texto. Trato aqui das relações entre a pesquisa em economia sobre as normas e a pesquisa em direito, não do ponto de vista da especificidade de uma ou de outra, mas sim a partir de uma perspectiva interna da pesquisa em economia. Interessa-me aqui não a pesquisa econômica em geral, mas a pesquisa econômica sobre a norma. Por pesquisa sobre a norma agrupo as pesquisas sobre o impacto econômico de leis e regras

administrativas, ordenamentos jurídicos e instituições jurídicas. A pergunta que aqui me interessa é a seguinte: qual é a vertente da pesquisa em direito mais profícua do ponto de vista do pensamento econômico sobre a norma?

Para responder a esta pergunta, trato de mapear o estado atual do pensamento econômico sobre a norma para buscar, na insuficiência da própria reflexão econômica, a vertente na qual a pesquisa em direito mais pode contribuir para o entendimento dos seus efeitos. Outra alternativa, complementar certamente, mas aqui não desenvolvida, seria mapear o estado atual do pensamento em direito sobre os efeitos econômicos da norma para daí traçar a vertente de pesquisa em direito que pareça mais promissora para interagir com a pesquisa econômica.

Justamente por me situar de forma deliberadamente unilateral no universo da pesquisa em economia, não questiono a natureza específica da pesquisa em direito, tópico do texto de Marcos Nobre. Argumentarei aqui que é no entendimento da historicidade da norma que está a lacuna maior do pensamento econômico sobre a norma. O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico. Daí o argumento de que é a pesquisa em direito sobre a historicidade da norma que maior impacto pode ter no modo pelo qual os economistas pensam a norma e seus efeitos. Tomo aqui como postulado que a pesquisa em torno da historicidade da norma, feita no âmbito dos estudos jurídicos, não viola a natureza específica da pesquisa em direito, preocupação do texto de Marcos Nobre.

Uso aqui a expressão historicidade da norma, em vez de história da norma, de forma proposital. Tomo historicidade no sentido mais amplo do termo, designando como historicidade da norma o modo de ser da norma no mundo histórico. Do ponto de vista da pesquisa em economia sobre a norma importa entender não apenas como a norma evoluiu historicamente – a história da norma propriamente dita –, mas em particular como pode vir a evoluir em circunstâncias diferentes. É este o entendimento que importa para fundamentar propostas de políticas econômicas. E o entendimento de como a norma pode evoluir em situações diversas, e sua possível interação com desdobramentos futuros da vida econômica, visto na perspectiva e na linguagem da pesquisa em direito, pertence ao campo da historicidade, não da história.

A pesquisa em economia à qual farei referência neste texto é a desenvolvida pelo programa neoclássico, no qual agentes autônomos e voltados para o interesse individual se articulam socialmente por meio do mercado. A razão é que foi a partir dele que a pesquisa sobre as normas tomou impulso em economia, corporificada hoje em

revistas como o *The Journal of Law and Economics* e o *European Journal of Law and Economics* e cristalizada em livros-texto sobre economia e direito.² O programa neoclássico, como se sabe, julga a norma a partir de seu efeito sobre a alocação de recursos. Normas indutoras de formas de comportamento que levam ao ótimo de Pareto são vistas como benéficas; normas que dificultam sua obtenção são nocivas. Para o programa neoclássico, as escolhas valorativas devem ser realizadas no interior do conjunto de alocações de recursos que atendem ao critério de Pareto.³

A perspectiva neoclássica pode ser criticada por esposar tacitamente uma visão simplista da realidade do direito. Normas são compatíveis com o ótimo de Pareto ou a ela prejudiciais; caberia ao economista iluminar o legislador quando da sua edição ou o juiz quanto às conseqüências de suas decisões. De forma deliberadamente caricata, é como se o pensamento neoclássico se inspirasse, sem o saber, em Weber e Kelsen. Em Weber ao supor que a interferência da moral no direito acabaria por retirar sua racionalidade do direito, posto que esta consistiria justamente na aderência aos procedimentos estabelecidos; em Kelsen, ao entender tanto a rejeição do direito natural quanto a aplicação da lei como um ato criativo, não mecânico, de criação de uma norma inferior com base em uma norma superior, a oportunidade para que juízes possam usar os resultados da pesquisa econômica em suas decisões.⁴ Talvez se possa dizer com Habermas (1999), no entanto, que outra é a realidade do direito, que o próprio ato de seguir procedimentos jurídicos é um ato moral, que a separação do direito e da moral não faz sentido, como bem o atestaria a axiologia das Constituições Federais em vários países e que é possível pensar em um direito racional, com previsibilidade nas decisões, mesmo diante da incorporação da moral ao direito.

Passo aqui ao largo desta controvérsia. Para o programa neoclássico de pesquisa a questão se resume, ou tem se resumido até hoje, em saber que normas e que sistemas estabelecidos de interpretação de normas levam ao equilíbrio Pareto-ótimo. É possível que a pesquisa em direito, ao iluminar de forma radicalmente diversa a imbricação entre normas e valores, venha a sugerir caminhos para a pesquisa em economia radicalmente diversos dos até agora por ela trilhados. Do ponto de vista da questão feita neste texto, no entanto, parece-me evidente que a pesquisa sobre a historicidade da norma tem hoje um potencial de interação com a pesquisa em economia maior do que as pesquisas sobre as relações entre moral e direito o teriam, embora, como restará evidente ao longo da argumentação, os dois temas se entrelacem em vários aspectos.

O texto contém mais seis seções. As seções 2 a 5 apresentam uma taxonomia da pesquisa em economia sobre a norma em quatro categorias distintas. Trata-se de uma taxonomia exageradamente simplificada, posto que há casos de pesquisas que se enquadram em mais de uma categoria e as distinções são menos cristalinas do que se desejaria; serve bem, no entanto, para ilustrar a lacuna do pensamento econômico

sobre a norma. A seção 6 mostra em que aspecto preciso se manifesta a insuficiência do pensamento econômico. A seção 7 encerra o texto com uma sugestão deliberadamente provocativa sobre a cooperação entre pesquisas de direito e economia.

2 A NORMA COMO DISTORÇÃO

A primeira vertente da pesquisa em economia busca mostrar como normas editadas com o objetivo de impor valores terminam muitas vezes por distorcer o equilíbrio de mercado. O pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência da norma, tenha as propriedades do ótimo de Pareto. O impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo.

Considere o caso de um drástico aumento no valor das locações residenciais causado, digamos, por um grande aumento de demanda. O mecanismo endógeno de equilíbrio dos mercados exige tempo. O alto valor da locação induz, mediante novas construções, um aumento na oferta de imóveis para locação até que se reencontre o equilíbrio de longo prazo. Se o legislador, no entanto, optar por proteger os inquilinos congelando o valor das locações residenciais, terminará por criar inúmeras distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto.⁵

O exemplo ressalta o papel crucial do tempo na interação entre a norma e o fato econômico. Se os ajustes do sistema de preços fossem instantâneos (no nosso caso, se a resposta da oferta ao aumento de alugueres fosse imediata), não haveria a tensão social que motiva a intervenção do legislador. Retomaremos este aspecto mais adiante quando da discussão sobre a historicidade da norma.

3 A NORMA CORRETIVA

A primeira vertente de pesquisa aborda a norma como interferência em um equilíbrio de mercado eficiente que atende às propriedades do ótimo de Pareto. A segunda vertente de pesquisas em economia examina situações nas quais há uma falha ou anomalia de mercado e, portanto, o equilíbrio econômico não é Pareto - ótimo. A pesquisa concentra-se então na determinação da norma capaz de corrigir a distorção observada.

O exemplo mais imediato é dado por externalidades. O interesse pelo tópico tomou novo vigor a partir da formulação pioneira de Coase enfatizando a importância da caracterização eficiente dos direitos de propriedade. Shavell (2003) provê uma excelente introdução ao tema e às dificuldades da determinação da norma legal (no caso, a atribuição dos direitos de propriedade) que levaria a economia ao ótimo de Pareto na ausência de custos de transação. O tópico naturalmente suscitou o interesse por falhas de mercado que tornariam viefzado o próprio processo de contratação, como informação assimétrica ou o problema dos “free riders”.⁶

Formações não-concorrenciais são um outro potencial exemplo de falha de mercado. A pesquisa trata de desenhar a forma de regulação adequada para corrigir os efeitos negativos de equilíbrios oligopólicos sobre a alocação de recursos. As questões que aqui surgem são complexas. Muitas vezes o que aparece como oligopólio ou monopólio na oferta de determinado produto sofre formas de competição via outros produtos. A taxa de retorno sustentável ao longo do tempo por um oligopólio é menor do que aparenta ser por causa do custo de preservação das barreiras de entrada (gastos na construção/manutenção da marca ou investimentos em pesquisa que criem produtos novos). Normas reguladoras eficazes em determinados momentos podem se tornar obstáculos ao bom funcionamento do mercado em outras ocasiões.⁷

O setor financeiro também é regulado sob a hipótese implícita de uma falha de mercado. No caso, a falha decorreria do fato de que os regimes de *free banking*, nos quais não há regulação específica para o setor financeiro, aumentariam os riscos da crise bancária. Os intermediários financeiros deveriam, portanto, atuar sob regime de concessão e supervisão do Banco Central. O desafio consiste em reduzir ao mínimo a probabilidade de uma crise sem inibir o processo concorrencial. Garantir irrestritamente e sem custo os depósitos bancários, por exemplo, é uma norma equivocada – reduz a zero o risco da crise bancária à custa de socializar prejuízos. O marco regulatório vigente tentou resolver o desafio por meio de dois caminhos.⁸

O primeiro foi incentivar fundos de investimento. Mediante os fundos, o risco de crédito é incorrido diretamente pelo poupador, reduzindo, portanto, o risco bancário propriamente dito. O intermediário passa a ser um prestador de serviços. O segundo caminho foi impor lastros mínimos de capital em função da natureza da operação de crédito. Os critérios de capital mínimo, padronizados pelos Acordos de Basileia, evitam que o intermediário incorra riscos desproporcionais ao seu capital próprio. A experiência mostrou que os dois caminhos suscitaram uma nova gama de questões.⁹

Outro exemplo de norma corretiva é a proibição de quitar obrigações no País em moeda estrangeira. Tal norma, por impor uma restrição à livre escolha dos agentes, provoca em tese um afastamento do ótimo de Pareto.¹⁰ A pesquisa em economia, no entanto, tende a endossá-la porque evita que o ganho de senhoriagem seja apropriado pelo Tesouro de outro país. A norma não teria razão de ser em um mundo no qual houvesse estorno dos ganhos de senhoriagem entre países.

4 A NORMA FUNDANTE

A terceira vertente de pesquisas se volta para a norma como o regramento a partir do qual contratos e mercados são estruturados. Esta vertente de pesquisas, por sua

vez, tem se desenvolvido em dois campos. O primeiro foi inaugurado por Buchanam e Tullock (1998). Colocando-se decididamente na tradição contratualista, a pergunta se desloca para saber qual é a constituição ideal. Dissolve-se a figura do legislador abstrato de quem emanam normas corretivas ou distorcivas e surge em seu lugar uma pluralidade de legisladores sem propósito comum e que não agem necessariamente visando maximizar o bem-estar da sociedade. O interesse próprio, no entanto, tende a perder importância quando a escolha é feita em condições que impedem que o agente possa prever como sua escolha pode vir a afetar seu bem-estar no futuro; tal é o caso da escolha constitucional, que afeta primordialmente as gerações futuras.

O segundo tem caráter comparativo. Iniciou-se na comparação dos regimes de *common law* e *civil law*. O argumento é que países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nestes países, os poupadores têm mais confiança em emprestar e os tomadores têm mais confiança em investir. Mais recentemente, a atenção tem se voltado não para a discussão dos efeitos do sistema legal tal qual firmado na origem, mas sim sobre sua adaptabilidade às vicissitudes da vida econômica. Sistemas legais que se adaptam rapidamente às necessidades de contratação entre agentes privados apresentam desempenhos econômicos superiores a sistemas legais rígidos.¹¹

5 A HISTORICIDADE DA NORMA: A EVOLUÇÃO ENDOGENAMENTE DETERMINADA

A ênfase na adaptabilidade nos conduz naturalmente a uma quarta vertente de pesquisas em economia. Nos escritos institucionalistas, por exemplo, busca-se compreender a evolução da norma como uma conseqüência de inovações oriundas da dinâmica do próprio mercado ou como uma maneira de se apropriar de externalidades. O surgimento das sociedades por ações, por exemplo, decorreria necessidade de dar forma institucional a blocos de capital maiores do que aqueles tipicamente agrupados no interior de famílias. Tais blocos de capital, por sua vez, seriam necessários para explorar atividades com lucratividade maior do que a média em setores com escala de operação mínima elevados. Para dar um outro exemplo, North e Weingast (1989) interpretam o predomínio da *common law* e do sistema representativo trazido pela Revolução Gloriosa como resposta ao problema de como limitar o poder discricionário da Coroa; o novo sistema, além de fundar o mercado de capitais, terminou por se traduzir, de forma apenas aparentemente paradoxal, por uma maior capacidade de financiamento da Coroa. No exemplo das sociedades anônimas, a criação de uma nova norma decorre da oportunidade de se apropriar dos ganhos de economias de escala; no caso da Revolução Gloriosa, perde

qualquer necessidade intrínseca (pois a Coroa, representada pelos Stuarts, por pouco não venceu), mas encontra sua racionalidade na obtenção de uma forma institucional Pareto-ótima em relação à anterior. No jargão dos economistas, esta vertente de pesquisas trata de “endogeneizar” a norma.

Tal vertente de pesquisa dá conta certamente de um dos impulsos importantes para a modificação das normas. Seria, no entanto, reducionista pensar a historicidade da norma exclusivamente como uma resposta defasada aos requisitos de um único subsistema da vida social. Os efeitos daquilo que Dworkin (1996) denominou como uma leitura moral da Constituição, para dar um exemplo, sobrepõem qualquer tentativa de interpretação baseada nas exigências dos mercados. As normas evoluem muitas vezes por razões não relacionadas aos avatares do sistema econômico. E mesmo que evoluam em adaptação à evolução econômica, tem que fazê-lo em coerência com o arcabouço jurídico como um todo.

6 A HISTORICIDADE DA NORMA: RETROCESSOS

De particular interesse para a pesquisa econômica é o entendimento de retrocessos. Como pensar normas editadas na contramão do que se desejaria? A resposta que emerge da pesquisa econômica enfatiza três fatores: (i) a pressão dos grupos de interesse – no jargão dos economistas, a “captura” do Estado por interesses privados; (ii) distorções no processo de representação que fazem com que os parlamentares votem em desacordo com as preferências de seus eleitores; e (iii) a ignorância do legislador quanto aos efeitos econômicos das normas que promulga. Os três fatores têm se mostrado campos de pesquisa extremamente férteis.¹²

Nem sempre, no entanto, está o pensamento econômico bem equipado para pensar o retrocesso no quadro normativo. Tomemos um exemplo de nossa história recente. Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa-fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.¹³

O efeito destes desdobramentos foi diminuir a “calculabilidade” dos contratos, criando um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos. Como bem observou Max Weber, a predominância de formas de produção estruturadas por meio do mercado requer um sistema legal com efeitos *calculáveis* racionalmente pelas

partes;¹⁴ a sobredeterminação dos contratos por considerações que não podem ser racionalmente calculadas pelas partes afeta negativamente a produção e o emprego. Mas, embora o pensamento econômico consiga apreender as conseqüências destes desdobramentos no plano normativo, não é capaz, isoladamente, de compreender as razões de seu surgimento ou a dinâmica de sua evolução.

A evolução da norma aparece assim muitas vezes para o pensamento econômico como um “choque adverso” – algo que o pensamento econômico não é capaz de antever. Somente a pesquisa em direito sobre a historicidade da norma pode ajudar a compreender estes desdobramentos. Um exemplo, extraído da macroeconomia, ilustra o argumento.

Considere um Banco Central empenhado na tarefa de manter a inflação estável sob o pressuposto de que, ao assim proceder, estará mantendo o produto e o emprego em seus níveis potenciais. O Banco Central, no entanto, observa sinais do que lhe parece ser um surto especulativo na bolsa de ações ou no mercado cambial. A resposta convencional é não intervir, impondo uma política monetária mais dura apenas se o aumento no preço dos ativos vier a ameaçar o cumprimento da meta inflacionária. A razão é que não se sabe de antemão se tal aumento é um surto especulativo que irá dissipar-se mais tarde ou um movimento condizente com os “fundamentos” da economia.¹⁵

A resposta convencional não é necessariamente correta, tanto por razões econômicas quanto por razões pertinentes à historicidade da norma.

Iniciemos pelas razões econômicas. Surtos especulativos ensejam alocações insustentáveis de recursos; seu colapso traz conseqüências adversas como falências e desemprego. Em alguns casos a manutenção do produto em seu nível potencial exige que o Banco Central atue no sentido de evitar que um surto especulativo adquira decisões exageradas. Tal atuação pode ocorrer por meio das formas estabelecidas de comunicação (como as atas do nosso Copom), da intervenção direta (variações na taxa de juros) ou de mudanças no quadro regulatório (como restrições à alavancagem ou margens em mercados futuros).

Consideremos agora razões normativas. A reversão de surtos especulativos, por seus efeitos sociais traumáticos, muitas vezes enseja resposta no plano normativo. Mudam as leis, o espírito que preside sua interpretação ou ambos. Normas visando coibir excessos especulativos e medidas compensatórias tornam-se socialmente legítimas. O resultado é que o processo econômico natural que levaria ao equilíbrio marshalliano de longo prazo é interrompido. O equilíbrio de longo prazo marshalliano, atingido quando o efeito de todos os choques temporários já se fez inteiramente presente e constantes todos os demais aspectos, é uma abstração útil para caracterizar o modo pelo qual os mercados se auto-regulam; é igualmente útil para saber a tendência endógena do sistema de preços; mas nem sempre é um guia seguro para a política econômica justamente porque ignora as

mudanças no embasamento legal. E como muitas vezes as normas editadas para corrigir os efeitos de um surto especulativo não têm cláusula limitada de vigência, as mudanças no embasamento legal suscitadas por uma situação econômica específica sobrevivem à circunstância que as criou.

Esta espécie sofisticada de endogeneidade adversa não escapou à atenção dos economistas. Constitui hoje uma espécie de sabedoria na política monetária, por exemplo, evitar flutuações muito abruptas no valor da riqueza e da renda justamente para evitar tensões sociais e econômicas excessivas. No entanto, a pesquisa econômica não está equipada para pensar este tipo adverso de “endogeneidade” porque sua emergência é intrinsecamente valorativa, suscitada de forma aberta ou tácita por imperativos que relevam em última análise do fundamento moral da sociedade. Tem, por isto mesmo, muito a aprender com a pesquisa em direito na medida em que esta possa iluminar os determinantes de normas que, na ótica estrita da racionalidade econômica, tendem a ser interpretadas como despropositadas ou descabidas.

7 A HISTORICIDADE DA NORMA: O APRENDIZADO SOCIAL

Encerro este pequeno texto com uma sugestão provocativa. O exemplo da seção anterior mostra que um melhor entendimento da historicidade da norma poderia levar a modificações no desenho da política econômica. Quais políticas econômicas minimizam a edição de normas ou a cristalização de entendimento e jurisprudência que dificultem a obtenção do ótimo de Pareto? A resposta, evidentemente, supõe que se entenda melhor as relações do tempo do direito com o tempo da economia,¹⁶ mas sugere, ao mesmo tempo, que a interação entre a pesquisa econômica e a pesquisa em direito, em uma espécie de aprendizado conjunto, pode se mostrar extremamente fértil.

Tomemos como nossa sugestão provocativa o teto para a taxa de juros estabelecido pela Constituição de 1988. Antes mesmo da sua promulgação, a comunidade de economistas, de forma praticamente unânime, já alertava para seus efeitos desestabilizadores – desintermediação financeira e fuga para ativos reais, com conseqüente desvalorização da moeda, redução da poupança e do investimento. O entendimento do dispositivo como não auto-aplicável evitou uma crise econômica que provavelmente teria sido de grande magnitude. Foi a opção correta? É de perguntar se, diante dos efeitos catastróficos da aplicação do teto dos 12%, não teriam os parlamentares corrigido rapidamente o erro. Ao tornar o dispositivo constitucional inoperante, evitamos a desmoralização pública dos defensores da medida. Demos assim uma sobrevida ao pensamento populista, presente hoje não na defesa dos 12%, mas na pressão política por juros mais baixos independentemente da conjuntura econômica enfrentada pelo País.

Menciono nossa abortada tentativa de limitar juros não para motivar exercícios contrafactuais, necessariamente imprecisos e nem sempre úteis, mas apenas para chamar a atenção para a importância de um melhor entendimento das formas pelas quais a legislação pertinente à vida econômica evolui ao longo do tempo. Em certas condições, a experimentação no plano social de fórmulas que desafiam a racionalidade econômica pode ser benéfica no longo prazo. A pesquisa em direito, ao iluminar a historicidade das normas, pode também aqui interagir de forma profícua com a pesquisa econômica na busca das maneiras pelas quais a sociedade pode amadurecer.

FIM

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 Versão revisada de palestra proferida no Simpósio *O que é pesquisa em direito?*, organizado pela Escola de Direito de São Paulo da FGV e pelo Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap nos dias 09 e 10.12.2002. O texto foi também apresentado em seminário da série Diálogos da Universidade de São Paulo em 25.03.2004. Agradeço comentários de meus debatedores nas duas ocasiões, Calixto Salomão Filho e Tercio Sampaio Ferraz, respectivamente, e de vários participantes dos seminários, em particular Professores Carlos Ari Sundfeld, Marcos Nobre, Celso Campilongo, Ronaldo Porto Macedo Jr., José Roberto Rodriguez, Rabih Ali Nasser e Jean Paul Cabral Veiga Rocha.

2 Exemplos são Cooter e Ulen (2001) e Miceli (2004).

3 Para um argumento recente em favor da exclusão de considerações de *fairness* ou equidade de tratamento vindo de outra tradição de pensamento veja Kaplow e Shavell (2003).

4 Veja Posner (2003).

5 Há distorções de quatro espécies diferentes: (i) dualidade no mercado de alugueres, contratos de locação antigos congelados convivendo com novos contratos com valores inflados para contrabalançar o risco de novo congelamento; (ii) aumento no percentual de imóveis vacantes; (iii) proliferação de práticas informais fundadas na confiança pessoal ou em contratos de gaveta; e (iv) redução da construção de novos imóveis para alugar e, por conseguinte, do capital fixo e do emprego.

6 Em uma veia distinta, Djankov et al. (2002), se interessam pelo próprio processo de execução de contratos na justiça: o formalismo processual tornaria ineficiente o processo de contratação, criando assim efeitos semelhantes a uma falha de mercado.

7 A imposição de um teto para a participação de mercado, por exemplo, pode em alguns momentos beneficiar a competição evitando a concentração excessiva, mas em outros prover uma proteção legal para ineficiência na medida em que o produtor de menor custo simplesmente ajusta para cima sua margem de lucros para assegurar a existência do produtor de maior custo.

8 Digo o marco vigente porque a proposta de Maurice Allais (1989) – a saber, separar rigidamente bancos de depósito (100% de reservas compulsórias) de bancos de investimento (0% de reservas compulsórias) – está hoje em dia praticamente esquecida.

9 A operação dos fundos pode reintroduzir, via alavancagem e derivativos, o risco de crise bancária generalizada, como recentemente exemplificado no caso da crise do LTCM em 1998, descrita em detalhe em Lowenstein (2001). A imposição de requisitos mínimos de capital, por sua vez, pode ser em alguns casos irrelevante (quando a alocação desejada de capital pelo gestor da instituição financeira supera o mínimo legal) e em outros casos excessiva (quando peculiaridades do crédito ignoradas pela norma tornam o mínimo legal maior do que aquele ditado pela racionalidade econômica).

10 A restrição à livre escolha não é necessariamente prejudicial. Exemplos de questões difíceis: (i) uma norma vedando a emissão de ações sem direito a voto beneficiaria o mercado de capitais? (ii) uma norma evitando diferenciação entre credores no caso de falências ou concordatas reduziria o custo de capital para a empresa? (iii) uma norma vedando indexação de contratos tornaria a economia mais estável?

11 Beck e Levine (2003) é um excelente apanhado desta literatura; Beck et al. (2002) argumentam que a origem do sistema legal importa precisamente por conta da adaptabilidade.

12 Olson (1971) é referência básica no campo de pesquisas da captura; Arrow (1970) nos estudos de representação e da busca de formas superiores de representação; e a ignorância como fator foi foco de proposta de Halson (2002) no sentido de usar mercados futuros e derivativos para sinalizar ao legislador o efeito econômico de normas ainda em discussão.

13 Note-se aqui que, se houvesse uma jurisprudência coerente e consolidada, não haveria necessariamente o efeito negativo observado na nossa experiência. Conceitos como a função social da propriedade estão também presentes em outras constituições.

14 Ver Max Weber (1968), v. 1, item 4, Summary of the most general relations between law and society, p. 337.

15 Fisher Black costumava dizer que mercado eficiente é aquele no qual o preço oscila entre metade e o dobro do valor indicado pelos “fundamentos” – uma frase de efeito para ilustrar a dificuldade de prejulgar processos especulativos.

16 O tópico é vasto e certamente transcende o objetivo deste pequeno texto. Note-se, à guisa de observação apenas, que o entendimento do tempo do direito como retrospectivo e do tempo da economia como prospectivo está longe de ser adequado. A formatação de jurisprudência sobre determinado aspecto, assim como a intenção do legislador, é sempre prospectiva, voltada para o futuro. E qualquer agente econômico sabe que suas decisões no passado podem ser questionadas em juízo no futuro em determinados prazos de tempo; a caracterização do passado como dado, comum em modelos econômicos, é razoável apenas em um nível de abstração elevado. Outra dimensão de contraste é a presença de marcos cronológicos, como prazos de prescrição, no tempo do direito; note-se, no entanto, que a pesquisa em economia busca encontrar frequências temporais não aparentes, como procedimentos de dessazonalização, uso de médias móveis e mesmo escolha da unidade de tempo para fins de medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLAIS, Maurice. *Les conditions monétaires d'une économie de marché*. Paris: Montchrestien, 1989.
- ARROW, Kenneth. *Social choice and individual values*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- BECK, Thorsten; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; LEVINE, Ross. Law and finance: why does legal origin matter?. *NBER Working Paper* 9379, 2002.
- ; LEVINE, Ross. Legal institutions and financial development. *The Handbook of New Institutional Economics*, 2003. No prelo.
- BUCHANAM, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Michigan: University of Michigan Press, 1998.
- COOTER, Robert ULEN, Thomas. *Law and economics*. Addison –Wesley Series in Economics, 2001.
- DJANKOV, Simeon LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Courts: the Lex Mundi Project. *NBER Working Paper* 8890, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HANSON, Robin. *Shall we vote on values, but bet on beliefs?*. George Mason University, 2002. Texto não publicado.
- KAPLOW, Louis SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences and distributive justice. *NBER Working Paper 9622*, 2003.
- LOWENSTEIN, Roger. *When genius failed: the rise and fall of long term capital management*. New York: Random House, 2001.
- MICELI, Thomas. *The economic approach to law*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Revista Novos Estudos*, n. 66, 2003.
- NORTH, Douglas WEINGAST, Barry. Constitutions and commitment: the evolution of institutional governing public choice in seventeenth-century England. *The Journal of Economic History*, December, v. 49, 1989.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- POSNER, Richard. Kelsen versus Hayek: pragmatism, economics and democracy. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- WEBER, Max. *Economy and Society*. Ed. Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1968.

Persio Arida

ECONOMISTA