

Incerteza, Subjetividade e a Análise Econômica do Direito*

Mario J. Rizzo**

Resumo: O autor busca demonstrar as inconsistências e as dificuldades jurídicas e econômicas envolvidas na asserção de que a *common law* seria o sistema mais eficiente. Aponta as confusões conceituais e inconsistências internas na ideia de eficiência e elenca algumas das dificuldades econômicas trazidas por essa suposta alegação ao ingressar na esfera do desequilíbrio econômico. Nesse percurso, alerta sobre algumas armadilhas comuns de maneira crítica e construtiva ao estudo do Direito e da Economia.

Palavras-Chave: Incerteza, Subjetivismo, *Common Law*, Eficiência. Princípio da Causalidade, Custos, Equilíbrio Geral, Tese da Aproximação Grosseira.

Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law

Abstract: The author tries to demonstrate the legal inconsistencies and economic difficulties involved in the claim for common law as the most efficient system. Points out conceptual confusions and internal inconsistencies in the idea of efficiency and lists some of the economic difficulties brought about by this pretense claim when admitted in the sphere of economic imbalance. Along the way, warns to some common pitfalls in a critical and constructive manner to the study of Law and Economics.

Keywords: Uncertainty, Subjectivism, *Common Law*, Efficiency, Principle of Causality, Costs, General Equilibrium, Thesis of Rough Approximation.

Classificação JEL: K00, A12

* Estou em dívida com os professores Israel M. Kirzner, Ludwig Lachmann e Fritz Machlup, do Departamento de Economia da New York University, e ao Sr. Frank Arnold, da Harvard University, pelas úteis discussões sobre a temática. Sou particularmente grato ao sr. Michael Becker, da Escola de Direito da New York University, pela grande ajuda na discussão das doutrinas jurídicas na segunda seção do presente texto. Gostaria também de agradecer à Scaife Foundation pelo o apoio financeiro à minha pesquisa. Nenhum deles é responsável pelas opiniões expressas ou pelos erros aqui cometidos.

Artigo publicado originalmente em inglês como: RIZZO, Mario J. *Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law*. In: RIZZO, Mario J. (Ed.). *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*. Lexington: Lexington Books, 1979. p. 71-89.

Traduzido do inglês para o português por Philippe Alcantara Gebara Tavares

Revisão técnica de Márcia Xavier de Brito

** **Mario J. Rizzo** nasceu em 6 de julho de 1948 na cidade de New York, nos EUA. É professor associado do Departamento de Economia da New York University (NYU) e codiretor do Programa de Escola Austríaca na mesma instituição. Cursou o B.A. em Economia na Fordham University, o M.A. e o Ph.D. em Economia na University of Chicago, e o pós-doutorado em Economia na NYU. Foi pesquisador de *Law & Economics* na Escola de Direito da University of Chicago, pesquisador de *Civil Liability* na Escola de Direito da Yale University, professor visitante da Escola de Direito da NYU e diretor do programa de pós-graduação em Economia da NYU. Atualmente é conferencista do Institute for Humane Studies (IHS) e pesquisador associado do Cato Institute, além de colaborar com os programas de extensão acadêmica da Foundation for Economic Education (FEE) e do Ludwig von Mises Institute. É autor de dezenas de artigos acadêmicos publicados em diferentes periódicos especializados e coletâneas, escreveu o livro *The Economics of Time and Ignorance* (Basil Blackwell, 1985 / 2ª ed. rev.: Routledge, 1996) em coautoria com Gerald P. O'Driscoll Jr., além de ter organizado as coletâneas *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes* (Lexington Books, 1979), *Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives* (Journal of Legal Studies, 1980), *Causation in the Law of Torts* (Chicago-Kent Law Review, 1987) e *Profits and Morality* (University of Chicago Press, 1995).

E-mail: mario.rizzo@nyu.edu

A análise econômica do direito é um crescente e novo campo dentro do âmbito da economia aplicada. No entanto, como no caso de todos os campos aplicados, de tempos em tempos, ela tem sido vítima de algumas das mais intensas confusões e mal-entendidos da teoria econômica. Além disso, tem sido demasiado seletiva na escolha das doutrinas jurídicas utilizadas para ilustrar a suposta eficiência da *common law*¹.

¹ A Análise Econômica do Direito – sem fazer distinção terminológica entre *Law & Economics* e Interpretação Econômica do Direito – surgiu com força a partir dos anos 1960 nos Estados Unidos, muito embora possamos traçar suas raízes no século XVIII. Os estudos de “Direito e Economia” podem ser encontrados nas abordagens das diversas escolas econômicas, no entanto, todas, independente das divergências, visam dar ao Direito (e às leis) uma ferramenta complementar – a análise econômica – para aprimorar suas elaborações (normas) e aplicações (decisões judiciais). Tal movimento possui muitos defensores e críticos, tanto na Economia quanto no Direito. Importa ressaltar aqui que o debate sobre “Direito e Economia” surgiu no sistema jurídico da *Common Law* [Direito Consuetudinário], muito distinto do sistema romano-germânico adotado no Brasil e em muitos países latino-americanos, africanos, asiáticos e europeus. No sistema da *Common Law*, por exemplo, as decisões dos juízes transformam-se em leis substantivas (os juízes criam e aperfeiçoam o direito), e afetam os casos futuros, pois transformam-se em precedentes, e estes, vinculam as decisões dos tribunais (*stare decisis*) – daí toda a discussão sobre fundamentação, impacto e eficiência das decisões econômicas dos juízes, como a apresentada neste artigo, adquirir um peso muito diferente das decisões no sistema de *Civil Law* [Direito Estatutário] em que a norma é elaborada por um complexo sistema legislativo e as decisões judiciais são livres para aplicar uma mesma lei, segundo a interpretação do juiz, de maneira diversa, sem comprometer a eficiência da decisão. Alguns teóricos vêm debatendo os limites da aplicabilidade e da conveniência dessas discussões nos países regidos pela *Civil Law* e vários trabalhos estão surgindo no campo do direito comparado. O tema também já é objeto de estudo de graduação e pós-graduação, tanto no Direito como na Economia, em algumas instituições de ensino no Brasil. No entanto, as diferenças entre as tradições jurídicas são muitas. Assim, a maneira como os teóricos – economistas e juristas de um país de tradição consuetudinária – pensam o papel do juiz e das instituições faz com que muitos dos exemplos práticos dados por eles sejam inaplicáveis em realidades de *Civil Law*, como é o caso do Brasil. Para uma visão

A nossa tarefa será dupla: (1) tentaremos demonstrar as inconsistências e os problemas jurídicos envolvidos na alegação de que a *common law* seria mais eficiente; e (2) buscaremos lançar um pouco de luz em algumas das dificuldades econômicas trazidas por essa alegação, por uma incursão no mundo do desequilíbrio econômico. Essa tarefa, na mesma medida em que é crítica, é também construtiva, pois, alertando-nos sobre armadilhas muito comuns, leva-nos a dar um grande passo em direção ao aperfeiçoamento das importantes contribuições que a economia pode, com efeito, oferecer ao estudo do direito.

I - A AMBIGUIDADE DA IDEIA DE EFICIÊNCIA

A tese de que a *common law* é “eficiente” só pode ter algum significado relevante caso, necessariamente, seja especificada uma possibilidade alternativa. Essa hipótese alternativa, que é implicitamente refutada na maior parte da literatura sobre Economia do Direito, aparenta ser a de que a *common law* promoveria um certo critério não interferente de “equidade”². Poderíamos, contudo, fazer uma distinção entre estes dois conceitos [eficiência e equidade] de um modo que não fosse por demais arbitrário? Um instante de reflexão indicará tal impossibilidade. A eficiência existe apenas em relação a certos fins ou objetivos.

geral sobre o assunto no Brasil e em português, ver: VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei: Uma Introdução**. Trad. Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994; ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; PINHEIRO, Armando Castelar & SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. (N. do R.)

² “Não só justiça e probidade não são conceitos econômicos, como também o economista não estaria interessado na questão que diz respeito à vítima e a seu advogado: quem deve arcar com o custo deste acidente” (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1972. p. 7).

Compreendida em termos estritos, pode ser definida em termos que significam um tanto mais que maximização do produto nacional bruto. Isso, contudo, imediatamente cai por terra uma vez que externalidades sejam introduzidas no sistema. Assim, o critério utilizado é a maximização do produto nacional tal como num mundo sem custos de transação, descontando-se os custos envolvidos na distribuição “adequada” das responsabilidades jurídicas. Por esse motivo, para alcançar a minimização do montante dos custos dos acidentes e da prevenção dos mesmos, a responsabilidade jurídica precisa ser atribuída à parte que possa evitar o acidente pelo menor custo possível [*least-cost avoider*] — um resultado que já teria sido alcançado em um mundo de transações sem custo³.

O que acontece, então, se os tribunais de *common law* decidirem que, em alguns tipos de casos, a responsabilidade será atribuída à parte que evita o acidente pelo maior custo possível [*greatest-cost avoider*] ou, de maneira ainda mais genérica, se a atribuição da responsabilidade for feita sem nenhuma consideração de custo? Será que devemos crer que a *common law* é ineficiente? A resposta a essa pergunta depende, é claro, das funções objetivo do modelo utilizado. Se os fins para os quais é admitida a hipótese de ocorrência de maximização não incluir os ditames do critério de equidade, então, obviamente, a resposta deve ser na afirmativa. Agora, à medida que os juízes da *common law* refletem os padrões de equidade da sociedade em que vivem, qual justificação poderá existir para excluir alguns objetivos “sociais”? Em economia, ao menos, todas as demandas efetivas “são criadas iguais”⁴. A ex-

clusão sistemática de certos fins requereria a intromissão de valores externos na análise⁵. A eficiência é um conceito que não tem sentido dissociado do modelo que, porventura, esteja em uso. A eficiência é sempre relativa aos objetivos e está sujeita às limitações descritas em um dado sistema teórico.

Simplesmente, o argumento é este: a pergunta não é se a *common law* é eficiente ou não. Obviamente é eficiente. A questão é, mais propriamente, se é eficiente com relação a um certo conjunto de objetivos arbitrariamente pré-selecionados, ou se é mais eficiente em termos das demandas efetivas (ou preferências reveladas) do “eleitorado” dos juízes da *common law* (análogo aos consumidores). Este último é, necessariamente, o único índice de referência importante. Também nesse sentido, pode ser afirmado que os tribunais de *common law* não refletem os interesses de todos membros da sociedade, mas, antes, somente daqueles que empregam dinheiro no afã de ter influência sobre a jurisprudência (por exemplo, via disputas judiciais, influenciando as indicações de juízes e assim por diante). Essa constatação é imediatamente aceita, embora seja irrelevante do ponto de vista econômico. Mais uma vez, somente as demandas *efetivas* são válidas e aqueles que ficam sentados em casa desejando que coisas fossem diferentes não afetarão a lei.

A *common law* é, portanto, necessariamente eficiente em relação a qualquer critério relevante (ou seja, imposto internamente). Essa conclusão deriva da racionalidade da própria estrutura maximizadora (e se, em algum momento, teve de ser observada uma exceção, isso só denota a falta de compreensão do que estávamos fazendo). Apenas ao excluir arbitrariamente certos objetivos do modelo (por exemplo, a equidade) é que surge a possibilidade de considerar a *common law* ineficiente. Se tentarmos evitar essa arbitrariedade, deparar-nos-emos aprisionados no que

³ DEMSETZ, Harold. When Does the Rule of Liability Matter? *Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 1 (January 1972): 13-28.

⁴ Referência à famosa frase da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América: “Consideramos estas verdades como auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade”. Grifos nossos. (N. do R.)

⁵ RIZZO, Mario J. Equilibrium and Optimality: Do We Live in the Best of All Possible Worlds? (Unpublished paper, New York University, 1977).

acaba se tornando um campo vazio. Se em nenhum sentido relevante a *common law* nunca puder ser ineficiente, até que ponto seria interessante essa alegação de que é eficiente? No fundo, o que está sendo verdadeiramente proposto não tem nenhuma relação com eficiência. De fato, à medida que dizem que a *common law* ignora as visões de equidade da sociedade, a hipótese que realmente está sendo apresentada é de que o direito é ineficiente. Isso, é claro, não é como escolhemos ver esse fenômeno e tal conclusão brota daquela arbitrariedade inicial que se ocupou da descrição do modelo.

II - INCONSISTÊNCIAS E PROBLEMAS

Deixemos de lado agora o argumento da seção anterior, e examinemos a coerência interna da tese de que a *common law* promove “eficiência”. Para examinar esses problemas em certa profundidade, deter-nos-emos ao estudo de algumas importantes doutrinas na lei de responsabilidade civil. Há dois aspectos principais em nosso argumento: (1) em uma série considerável de áreas importantes, os tribunais têm agido de uma forma que é inconsistente com a hipótese da eficiência (estritamente interpretada); e, (2) em outras importantes áreas, esse “princípio econômico”, geralmente, é mais incapaz de lidar com o comportamento observado dos tribunais.

(1)

O problema do Bom Samaritano é, talvez, o caso clássico da recusa do direito a aplicar o critério estrito de eficiência em situações de negligência⁶. *B*, um estranho, depara-se com *A* afogando-se em uma piscina. Suponhamos

⁶ Vale notar que além de negligência, inação ou omissão no cumprimento de obrigação legal ou contratual, a palavra *tort* no sentido de *nonfeasance* também pode indicar débito civil. EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 1 (January 1973). p. 189-190. (N. do R.)

que *B* pudesse, a um custo mínimo, salvar *A*. Obviamente será dito que, se os custos de transação forem zero, *A* estaria disposto a pagar a *B* uma quantia mais do que suficiente para compensar os custos para ser resgatado. Por essa razão, a abordagem econômica concluiria que *B* tem de ser considerado responsável pelos ferimentos ou morte de *A*. No entanto, o direito não vê o problema dessa maneira. É admitido, ao menos por um defensor da visão de “eficiência”, que “o direito está fora de sintonia com a análise econômica no que concerne a advertências e resgates”⁷. Não obstante, é afirmado que “muitas vezes são impostos deveres afirmativos de evitar estranhos” e assim, “o tratamento dado pelo direito ao caso do Bom Samaritano [não é] tão inconsistente com a lógica básica da análise econômica”⁸. A teoria da causa próxima [*last clear chance*]⁹ é dada como exemplo.

Para analisarmos isto, consideremos uma situação paradigmática de causalidade próxima. Um homem está negligentemente sentado nos trilhos do metrô e o motorista do trem poderia salvar (ou ter salvado) a sua vida por uma tomada de ação racional¹⁰.

⁷ POSNER, Richard A. Strict Liability: A Comment. *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 1 (January 1973). p. 220.

⁸ Idem. *Ibidem.*, p. 219.

⁹ A “teoria da causa próxima” é uma das teorias que podem ser aplicadas na apuração da responsabilidade civil ao tentar estabelecer e comprovar o nexo entre causa do prejuízo-dano. Essa teoria, já bastante criticada, fixa o nexo causal entre o ato ou fato causador do prejuízo ou dano, ao agente que teve a melhor e última oportunidade de evitar a ocorrência do dano, que pode vir ser até mesmo a vítima. No direito norte-americano, a regra da *last clear chance* é uma modalidade aplicada nos casos de determinação de responsabilidade em caso de negligência. A origem de tal teoria no direito anglo-saxão é atribuída à máxima “*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*” [Em direito, não a causa remota, mas a próxima, deve ser contemplada] do filósofo Francis Bacon (1561-1626). Ver: BACON, Francis. A Collection of Some Principal Rules and Maxims of the Common Laws of England. In: *The Elements of the Common Laws of England*. 1630. Regula 1, at.1. (N. do R.)

¹⁰ *Kumkumian v. City of New York*, 305 N.Y. 167, 111 N.E. 2d 865 (1953).

Mas não o faz; o homem é morto. O direito imputa responsabilidade ao maquinista ou ao seu empregador em tais situações. Contudo, o homem negligente poderia claramente ter evitado todo o incidente a um pequeno custo, primeiramente, ao não se sentar nos trilhos do metrô. “A análise racional econômica desta lei”, é-nos dito, “é que no momento em que o trem estava para atingir [a vítima] seria o engenheiro quem poderia evitar o acidente pelo menor custo possível, e este custo seria substancialmente menor do que o custo de acidente esperado”¹¹.

Comparemos agora a doutrina de que “em geral, o ato negligente de terceiros não é vinculado ao nexos causal negativo”¹². O motorista de um caminhão tanque carregando gasolina, por exemplo, percebe que, por negligência sua, a gasolina está vazando na via. Um transeunte, então, joga de forma negligente um cigarro aceso nesta via. Um incêndio começa como consequência, e um edifício é severamente danificado. O direito crê que o motorista é responsável, pois a negligência do transeunte não rompe o nexos causal. Ainda assim, *no momento* do vazamento de gasolina, o transeunte é a parte que pode evitar o acidente pelo menor custo possível.

Isso talvez seja mais que uma simples inconsistência entre duas importantes doutrinas jurídicas, embora seja verdade que o argumento a demonstrar a eficiência da causalidade próxima demonstre a ineficiência da doutrina da relação de causalidade. A questão mais relevante, contudo, é a diferença de resultados que se obtêm ao olhar em diferentes momentos. A parte que evita a ação pelo menor custo possível [*least-cost avoider*] poderá ser diferente dependendo do prazo escolhido pelo analista. Consideremos que os *least-cost avoiders* imediatos são o maquinista e o transeunte em ambos os casos acima. E os que poderiam evitar o acidente *no longo*

prazo, em contrapartida, deveriam ser o infrator e o motorista do caminhão. Qual, pois, será a correta perspectiva temporal? Alguns, talvez, consideram que o direito deveria se interessar pelo longo prazo¹³. No entanto, quanto maior for o horizonte temporal, mais importante será a possibilidade de mudanças tecnológicas. Uma evolução tecnológica pode transformar a parte que evitaria o acidente pelo menor custo em alguém que o evitaria pelo maior custo ao alterar (desigualmente) os custos marginais da prevenção de acidentes. Atribuir responsabilidade ao agente de menor custo imediato ou de curto prazo pode muito bem ser uma ação antieconômica numa perspectiva de maior prazo. Isso elimina ou reduz os incentivos apropriados à pesquisa e ao desenvolvimento. Mais uma vez, a direção futura da tecnologia não pode ser prevista¹⁴. E, além disso, não é possível esboçar para cada parte uma (suposta) lista completa dos possíveis avanços tecnológicos e, portanto, as decisões favoráveis (dos tribunais) em um contexto probabilístico também estão fora de questão¹⁵. Falar sobre uma alocação eficiente de responsabilidade em tais situações é certamente uma designação incorreta.

Há, adicionalmente, um elemento tautológico envolvido na distinção entre eficiência

¹¹ POSNER. *Economic Analysis of Law*. p. 75. Grifos nossos.

¹² HART, H. L. A.; Honore, A. M. *Causation in the Law*. Oxford: Clarendon Press, 1959. p. 143. Ver também: EPSTEIN, R. *Theory of Strict Liability*. p. 180.

¹³ “Visto que qualquer decisão judicial constituirá um precedente, o juiz deverá considerar o provável impacto de decisões judiciais alternativas sobre o comportamento futuro das pessoas envolvidas em atividades que propiciem a ocorrência do tipo de acidentes do caso que está diante de si”. Ver: POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 7. Esta posição não é facilmente reconciliável com o seu argumento sobre a causalidade próxima. Ver a nota 11, *supra*.

¹⁴ POPPER, Karl R. *The Poverty of Historicism*. New York: Harper Torchbooks, 1964. p. vi-viii [N. do T.: Em língua portuguesa, a obra está disponível na seguinte edição brasileira: POPPER, Karl R. *A Miséria do Historicismo*. Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 3ª ed., 1991. p. 2-4].

¹⁵ O economista britânico Brian Loasby sublinhou a importância da enumeração completa em outro contexto. Ver: LOASBY, Brian J. *Choice, Complexity and Ignorance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976. p. 7-10.

de longo e curto prazo. *Qualquer* estado de coisas pode ser eficiente se o prazo é definido de forma suficientemente longa ou curta. A eficiência, como previamente mencionamos, é relativa a um modelo. Não é de surpreender, pois, que pela manipulação da margem temporal, pode-se transformar uma situação ineficiente em uma eficiente.

Aumentos recentes na área do erro médico, possivelmente, são incompatíveis com a hipótese de que a *common law* é eficiente. Antes de 1972, a regra vigente era de que o padrão de tratamento convencional poderia ser aceito como defesa em caso de ações judiciais de negligência. Se um médico pudesse demonstrar que agiu de acordo com a prática predominante na profissão médica, então, defender-se-ia de modo adequado das acusações de negligência. Uma conclusão que pode ser racionalizada como um resultado economicamente bastante sensato¹⁶. Em um relacionamento de comprador (paciente) e vendedor (médico), este tem um incentivo econômico para proporcionar o padrão de tratamento pelo qual as pessoas estão dispostas a pagar. Consequentemente, é eficiente tornar o médico responsável apenas por tratamentos não convencionais. Podemos presumir que o consumidor mediano acreditará que está comprando o grau mediano de tratamento, e apenas quando obtiver *menos* que isso haverá algum dano¹⁷.

O direito muda, e esta racionalização da defesa de costume no erro médico foi bruscamente destruída. Em *Canterbury v. Spence* (1972), o tribunal considerou que um médico tem o dever de revelar a seu paciente os riscos de uma operação *mesmo quando* não é costume fazê-lo¹⁸. Mais tarde, em *Helling v. Carey* (1974) o tribunal reforçou a posição do 'dever de revelar' em um caso de glaucoma¹⁹. Era costume

entre os oftalmologistas não realizar testes de glaucoma, como regra geral, em pessoas com idade inferior a quarenta anos. Como um número considerável de casos de glaucoma em jovens pacientes atingiu a proporção de 1 em 25.000, pensou-se naturalmente que os pacientes haviam preferido não se submeter a tais testes na ausência de quaisquer indicações da doença. Ainda assim, o tribunal estava mais bem informado, e alegou que o teste era relativamente barato e, por isso, era razoável que fosse oferecido. Mais uma vez, um nítido caso de costume experimentou uma defesa ineficiente.

Se a situação pré-1972 era eficiente como então supúnhamos, por força do mesmo argumento, a lei pós-1972 não pode ser. Esta, entretanto, é a principal lição a ser tirada da explicação acima, especialmente desde que possamos racionalizar a inconsistência apenas como algo aparente. Podemos de maneira bastante plausível alegar que, na ausência de anúncios publicitários de médicos, a informação do consumidor não é adequada para garantir que, de fato, será capaz de comprar o grau de tratamento que deseja. No entanto, por outro lado, mesmo sem publicidade, a informação propaga-se pela reputação do médico. Então há *alguma* informação; os consumidores não estão tomando decisões no escuro. Como saberíamos se a informação que eles de fato possuem seria suficientemente inadequada para garantir tal intervenção via sistema judicial? Que quantidade de informação seria 'muito pouca'? Sem observar diretamente a quantidade e a qualidade da informação que os pacientes detêm, podemos racionalizar qualquer resultado no direito, ao ajustar adequadamente o suposto ingrediente da informação. Além disso, a resposta para a nossa questão não é de todo óbvia porque os consumidores não precisam possuir o conhecimento técnico dos médicos para fazer escolhas eficientes. A pessoa pode escolher do médico paternalista aos médicos altamente transparentes e explícitos, se sabe que eles existem. Finalmente, mesmo que tivéssemos uma observação direta do compo-

¹⁶ POSNER. *Economic Analysis of Law*. p. 72.

¹⁷ Poder-se-ia argumentar que seria um quase-contrato?

¹⁸ *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d722 (D.C. Cir. 1972).

¹⁹ *Helling v. Carey*, 83 Wash 2d 514, 519 p. 2d 981 (1974).

nente informativo, como saberíamos quando este é inadequado?

(2)

Em uma série de outras áreas, os tribunais desenvolveram doutrinas que entram menos em atrito com a interpretação eficiente da *common law*, ou que não a consideram irrelevante. Há importantes categorias de situações em que a “interpretação econômica” não oferece uma determinada conclusão para a doutrina jurídica.

Consideremos, primeiramente, casos em que *nenhuma* das partes pode economicamente evitar um acidente. Não é difícil imaginar situações como essas, uma vez que, mesmo em um mundo muito favorável, alguns acidentes, necessariamente, ocorrerão. Em *Vincent v. Lake Erie Transport*, por exemplo, o réu manteve seu barco fortemente atado ao embarcadouro durante uma tempestade violenta²⁰. Os ventos fizeram com que o barco colidisse com o cais causando um dano em valor de US\$ 500,00. Provavelmente, ambas as partes teriam gasto mais de US\$ 500,00 para evitar o acidente e, assim, o resultado foi econômico. Contudo, o tribunal atribuiu responsabilidade ao agente *causal*²¹, isto é, ao capitão do barco, em vez de deixar as perdas recaírem onde quer que fosse²². Do ponto de vista da eficiência, o tribunal não deveria ter nenhuma razão para responsabilizar o capitão, já que, desse modo, a alocação dos recursos não melhorou.

O grau de previsibilidade de um acidente assumiu uma importância enorme na legislação de responsabilidade civil. Os tribunais consideram geralmente um evento “imprevisível” se o valor calculado para as perdas for muito baixo²³. “Se o réu não pôde razoavelmente

*prever nenhum dano como resultado de seu ato”, Prosser nos diz, “ou se sua conduta foi racional à luz do que ele pudera antecipar, não há negligência, nem responsabilidade a ser imputada”*²⁴. Do ponto de vista da eficiência, entretanto, não faz nenhuma diferença a quem é imputada a responsabilidade em casos de imprevisibilidade. Os recursos não serão utilizados para evitar um acidente quando as perdas esperadas forem muito baixas²⁵.

Em todos os casos semelhantes, em que a determinação da responsabilidade não afeta a alocação de recursos, a “interpretação econômica” não produz um resultado específico para o comportamento do tribunal. No entanto, as consequências, aí, não parecem ser aleatórias. Em situações de imprevisibilidade, é aceito que os danos recaiam onde quer que seja, mas, por outro lado, em circunstâncias como as de *Vincent v. Lake Erie Transport*, o agente causal teve de assumir a responsabilidade. Além disso, parece pouco plausível que as considerações operativas nesses casos estejam totalmente ausentes em outros.

As controvérsias jurídicas e econômicas, de certa maneira ficam confusas com a importante distinção entre o tipo de dano e a extensão do dano (de um determinado tipo)²⁶. Embora um indivíduo não deva ser responsabilizado por certos tipos de dano imprevisíveis, ser-lhe-á atribuída responsabilidade pelo alcance não previsto do dano. Mesmo que tenha havido alguma análise econômica afirmativa racional para a designação da responsabilidade em situações de consequências imprevisíveis, não há certamente uma análise econômica racional para a distinção que aca-

consequente, se a probabilidade é baixa, mas as perdas podem ser muito grandes, o evento ainda poderá ser previsível.

²⁰ *Vincent v. Lake Erie Transport Co.*, 109 Minn. 456, 124 N.W. 221 (1910).

²¹ Ver a próxima seção.

²² Para uma discussão a esse respeito, ver: EPSTEIN. *Theory of Strict Liability*. p. 157.

²³ O valor previsto leva em conta *ambos*: a probabilidade do evento danoso e as perdas, se ocorrerem (p. 1). Por

²⁴ PROSSER, William L.. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. Minnesota: West Publishing Co., 1971. p. 250.

²⁵ Considerando que algumas indivisibilidades vigorem, uma despesa “muito pequena” em prevenção terá um produto marginal igual a zero.

²⁶ *Hughes v. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837.

bamos de citar. Por exemplo, suponhamos que, por negligência do acusado motorista, aconteça um acidente em que o autor, o motorista do outro carro, sofra uma convulsão epilética, fruto do acidente. Seria o acusado responsável pelos danos trazidos pela (presumidamente inesperável) convulsão, bem como os outros danos? De acordo com o princípio acima discutido, ele é totalmente responsável. A crise epilética está dentro da extensão do risco, constituindo, como de fato é, o alcance de um (determinado) tipo de dano. Economicamente, no entanto, a distinção é irrelevante, posto que nenhum recurso será utilizado para evitar perdas imprevisíveis, sejam elas cognitivamente de “extensão” ou “tipo”.

Em delitos dolosos, a regra aplicável é a do princípio da vulnerabilidade da vítima²⁷. Todo o necessário para a responsabilidade plena é que o dano seja causalmente relacionado ao pretendido “ato ofensivo”. A previsibilidade não desempenha aqui nenhum papel no estabelecimento das responsabilidades. Evidentemente, algumas das consequências de uma interferência intencional em outra pessoa não serão previsíveis. Por exemplo, se *A* intencionalmente chuta *B*, desconhecendo que este é hemofílico, *A* continua a ser, apesar disso, totalmente responsável pela morte de *B* devido ao sangramento resultante²⁸. É difícil argumentar que *A* deveria ter previsto a possibilidade da hemofilia de *B*. No entanto, a lei atribui responsabilidade à *A*. Esse é um nítido contraste com a postura de “que os danos recaiam onde quer que seja” no que concerne aos tipos imprevisíveis de danos nos casos de negligência. Distinguir negligência de delito intencional,

²⁷ Em inglês, esta regra é conhecida como *eggshell skull rule* ou “*You take your victim as you find him*” rule e é dessa forma que Rizzo se lhe refere. A regra diz que o réu será responsável por todos os danos ocasionados à vítima, mesmo que tenham sido potencializados por doenças ou sensibilidades prévias e/ou próprias. (N. do T.)

²⁸ Ver, por exemplo, *Vosburg v. Putney*, 80 Wis 523, 50 N.W. 503 (1891). Devo esta citação ao Prof. Richard A. Epstein, da Escola de Direito da Chicago University.

alegando que a primeira envolveria acidentes, e o último abarcaria quaisquer danos intencionais é extremamente superficial. As consequências imprevisíveis de um delito intencional constituem o *componente acidental* do ato. Sob uma perspectiva econômica, os dois devem ser vistos como idênticos. A lei, entretanto, vê as coisas de outra maneira.

III - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE

Na seção anterior, a nossa argumentação de *Vincent v. Lake Erie Transport* aludiu à importância que o tribunal parecia dar à questão da causalidade. Nós, porém, sequer arranhamos a superfície das complexidades jurídicas e filosóficas deste assunto; felizmente, não pretendemos fazê-lo. Nosso propósito é de longe mais modesto: pretendemos mostrar que a eliminação da estrutura causal na abordagem dos economistas às questões jurídicas tem graves consequências econômicas.

Determinemos primeiramente qual é o ponto de vista “econômico” a respeito do assunto. Guido Calabresi, por exemplo, afirma que “*não propôs levar em conta a questão de o que queremos dizer, se é que queremos, quando falamos que as atividades específicas ‘causam’, num sentido metafísico, determinado acidente*”²⁹. Ronald Coase (1910-2013) deseja ver as interações dispendiosas como de natureza recíproca³⁰: Ambos, ferrovia e agricultor, são responsáveis pelos danos nos seus famosos casos da “faísca das locomotivas”³¹.

²⁹ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 6-7, n. 8. Grifos meus.

³⁰ COASE, Ronald H. The Problem of Social Costs. *Journal of Law and Economics*, 3 (October 1960). [N. do R.: Utilizaremos ao longo do texto as referências da seguinte versão em português: COASE, Ronald H. O Problema do Custo Social. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovila. p.29. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acessado em 15 de março de 2014].

³¹ Idem. *Ibidem.*, p. 25-28. [N. do T.: O exemplo de Coase também é citado no seguinte artigo: HOPPE,

Esse ponto de vista da reciprocidade ficará mais claro caso consideremos um exemplo simples. *A* emite fumaça na propriedade de *B* e, assim, suja as roupas lavadas de *B* que estão penduradas em um varal. Ora, *A* poderia parar a emissão ou *B* poderia comprar uma secadora de roupas. Com base em princípios de bom senso, entretanto, dizemos que *A* causou prejuízo a *B*. Em economia, todavia, a recusa em agir quando se tem a oportunidade não deixa de ser uma “ação”, assim como é ação qualquer ato “ativo”³². Uma não interferência proposital no curso dos eventos ainda é uma ação. Por isso a afirmação de que, sob a perspectiva econômica, desaparece a distinção entre o ato ilícito e a inação³³. *A* e *B* são igualmente responsáveis e a única questão passa a ser qual deles evitaria a ocorrência de dano a um custo menor. Por infelicidade, essa conclusão, mesmo que detenha uma quantidade substancial de verdade, é realmente enganadora. Rejeitar a consideração econômica da importância da causalidade leva, bem provavelmente, a tratar os custos e benefícios como entidades imateriais. A partir dessa perspectiva, a percepção de custos (benefícios) das partes individuais de um acidente, digamos, é um passo intermediário de pouca importância. Custos e benefícios são vistos como detentores de uma existência que transcende as percepções desses indivíduos: custos são

fenômenos “sociais” objetivos. Eis a visão que devemos rejeitar.

IV - A NATUREZA DOS CUSTOS

Como indicamos anteriormente, a análise econômica convencional do direito considera que o corpo da doutrina da responsabilidade civil visa a minimização dos custos de acidentes para a sociedade. Até agora, admitimos que, se alguém arbitrariamente restringir o significado do termo “eficiência”, ao menos, ainda é possível que lei de responsabilidade civil seja eficiente. Há, no entanto, algumas reflexões fundamentais da teoria econômica que tornam altamente questionável que a lei sempre possa ser eficiente *no sentido de* um equilíbrio judicioso de custos e benefícios.

As questões a serem tratadas nesta seção constituem uma lição elementar de economia, mas, por razões que ficarão claras mais tarde, essa não é uma lição muito apreciada. Ao menos desde a época de William Stanley Jevons (1835-1882), os economistas sabem que os custos históricos não têm nenhuma influência sobre o preço. Eles compreenderam – supondo que tenham lido Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914) –, ademais, que a produção leva tempo. Daí, conclui-se que apenas os custos esperados podem influenciar o preço: o valor que os recursos necessários devem ter em empreendimentos alternativos determinará a quantia que os produtores pretendem produzir para qualquer expectativa de preço dada. A distinção entre magnitudes esperadas e históricas é, naturalmente, em grande medida irrelevante em um mundo de equilíbrio geral. Em tal mundo, não existem erros e todas as expectativas mostram-se corretas. Mais importante ainda, em um equilíbrio geral competitivo, os preços dos recursos refletirão, com acurácia, o valor dos usos alternativos de tais recursos para a sociedade³⁴. Se assim não

Hans-Hermann. A ética e a economia da propriedade privada. Publicado pelo Instituto Ludwig von Mises Brasil em 8 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=200>. Acessado em 21 de janeiro de 2014].

³² MISES, Ludwig von. **Human Action: A Treatise on Economics**. Chicago: Regnery, 1966. p. 13. [N. do R.: Em língua portuguesa, ver a seguinte edição: MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Trad. Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 3ª Ed., 2010. p. 37].

³³ Vale notar que o autor refere-se aqui a *misfeasance*, a infração ou o ato ilícito quando aplicados ao campo civil, e *nonfeasance*, ou seja, a negligência, inação, omissão ou mesmo o débito civil. As duas expressões também podem ser designadas, sem maiores distinções, pela palavra *tort*. POSNER. **Economic Analysis of Law**. p. 77, n. 4.8.1.

³⁴ A existência de vantagens ou desvantagens não pecuniárias não muda substancialmente esta conclusão. Por exemplo, se uma pessoa irá trabalhar em uma

fosse, os preços receberiam lances para cima ou para baixo até que tal igualdade fosse obtida.

Infelizmente, não vivemos em um mundo de equilíbrio geral competitivo. De fato, precisamos estar fora desse mundo para ter algum daqueles problemas para os quais a própria lei da responsabilidade civil surge para remediar. É impossível a coexistência de externalidades não pecuniárias com um equilíbrio geral competitivo. Um equilíbrio geral pressupõe um mercado para cada mercadoria, de modo que todos os benefícios e custos sejam incorporados ao mecanismo de preços. A lei de responsabilidade civil entra em cena justamente porque o sistema atual (por outro lado) permite que custos não compensados sejam impostos de maneira involuntária aos indivíduos. Em outras palavras, precisamos da lei de responsabilidade civil porque o sistema de preços é, por assim dizer, "limitado".

Vivemos em um mundo de mudanças contínuas nas informações essenciais que definem a posição de equilíbrio geral (isto é, em preferências, recursos e tecnologia), no qual há também uma grande quantidade de ignorância não erradicada, e, talvez, não erradicável. Consequentemente, nem todos são preços de equilíbrio geral precisos, uma vez que, no mínimo, serão baseados em expectativas errôneas (aqui não estamos nem mesmo mencionando a existência de monopólio fixo). Por exemplo, os preços dos fluxos de insumo não serão iguais aos seus verdadeiros custos de oportunidades porque estes não serão conhecidos. O valor *esperado* que esses recursos terão em usos alternativos não é um dado objetivo. De fato, como Ronald Coase nos lembra, "os custos não são necessariamente o mesmo que pagamentos. É este fato que torna os 'custos' divulgados por contadores de custos algo bastan-

indústria X por US\$ 5,00 a hora porque o trabalho é agradável, enquanto poderia receber US\$ 5,50 na indústria Y, o verdadeiro custo de oportunidade (social) de seu tempo seria US\$ 5,00, não US\$ 5,50. Isto acontece por causa da oportunidade perdida ao se trabalhar em Y, que inclui uma vantagem não pecuniária no valor de US\$ 0,50.

te diferente do 'custo de oportunidade'"³⁵. Além disso, o custo de oportunidade dos serviços de bens de capital (por exemplo, máquinas) será afetado pelos fatores subjetivos que determinam o custo de uso do capital. Coase observa ainda que a utilização de uma máquina de maneira especial no presente, "denota que os lucros que teriam sido obtidos no fim da vida deixarão de ser recebidos"³⁶. O que são esses lucros e o quanto será sacrificado, mais uma vez, depende de estimativas subjetivas sobre o futuro. Finalmente, o custo alternativo das fontes dos serviços de fluxo refletirá as expectativas divergentes e conflitantes das oportunidades futuras para sua utilização. Portanto, em um mundo onde as expectativas sobre o futuro possam ser contraditórias, o observador externo verá que é impossível escolher simplesmente um subconjunto consistente e de declará-lo objetivo.

No *desequilíbrio* geral, agentes individuais tentam, por assim dizer, adivinhar os preços de mercado: no mínimo, alguns fatores terão seu preço diminuído e serão subcapitalizados, ao passo que outros terão seu preço grandemente aumentado e serão sobrecapitalizados em relação aos "verdadeiros" valores de equilíbrio geral. Em tal ambiente, os agentes vão (correta e incorretamente) perceber muitas oportunidades de lucro puro, mas as atividades corrigirão *desequilíbrios* somente à medida que os palpites se tornarem precisos.

Quando, portanto, as oportunidades de lucro forem percebidas como disponíveis, o verdadeiro custo de oportunidade de qualquer atividade deverá incluir a perda daqueles lucros *esperados* disponíveis em outras partes do sistema³⁷. O custo de um investi-

³⁵ COASE, Ronald. Business Organization and the Accountant. BUCHANAN, James M. & THIRLBY, G. F. (Eds.). *LSE Essays on Cost*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1976. p. 108.

³⁶ Idem. *Ibidem.*, p. 115.

³⁷ Idem. *Ibidem.*, p. 108. Ver, também: BUCHANAN, James M. *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*. Chicago: Markham, 1969. p. 28. [N. do R.: Em língua portuguesa, consultar a seguinte edição: BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha: Uma*

mento não é simplesmente o custo direto de desembolso (nem, digamos, a taxa de juros ou o retorno dado pela taxa normal de “lucro”), mas inclui também os lucros puros que forem imaginados como possíveis na segunda melhor alternativa. A existência desses lucros não constitui um determinado dado objetivo. Se fosse o caso, então as oportunidades seriam *imediatamente* eliminadas ou, melhor ainda, nunca teriam existido em um mundo assim.

Estamos agora numa posição em que é possível lançar mais uma luz sobre a questão da minimização de custos de acidentes, em geral, e sobre a questão daquele que evita o dano pelo menor custo, em particular. É preciso lembrar que a eficiência requer que a responsabilidade seja atribuída ao elemento que evita dano pelo menor custo para atuar no que poderia ser uma atuação custosa.

Suponhamos que dois indivíduos, *A* e *B*, possam, ambos, evitar economicamente um acidente entre eles. *A* pode evitá-lo por meio de uma despesa com recursos que tem um valor de mercado fora do equilíbrio de US\$ 50,00, enquanto *B* pode fazer o mesmo com um gasto de US\$ 75,00 em diferentes recursos que também estão com preços em desequilíbrio. Pressupondo que estamos certos dessa informação, poderíamos então dizer que os custos sociais seriam minimizados, caso a responsabilidade fosse posta sobre *A*? Não poderíamos. Também não poderíamos concluir que o custo de oportunidade social dos recursos de *A* excederia os de *B*. Mesmo se conhecêssemos os custos de oportunidade *subjetivos* (desbolsos diretos – US\$ 50,00 ou US\$ 75,00 – somados às oportunidades de lucro alternativas avistadas) dos dois indivíduos (e não os conhecemos), ainda não estaríamos mais próximos dos verdadeiros custos de oportunidade social. Isto acontece porque as estimativas individuais sobre as oportunidades de lucro perdido em outras partes do sistema podem

estar, e estarão, erradas. Se não fosse o caso, nunca haveria perdas.

Existem, essencialmente, então, dois aspectos a ser observados. Em primeiro lugar, os agentes tentam, no desequilíbrio, antecipar os preços de mercado existentes. Em consequência, os custos de oportunidade devem incluir uma estimativa subjetiva do lucro disponível noutros lugares do sistema. Desbolsos diretos não representam verdadeiras oportunidades perdidas. Em segundo lugar, até mesmo os custos totais, do modo como são compreendidos pelos participantes do mercado, não representam custos de oportunidade sociais precisos devido à probabilidade de estimativas incorretas.

Embora possamos admitir que o sistema nunca esteja em um estado de equilíbrio competitivo geral e que as estimativas subjetivas dos agentes a respeito de oportunidades de lucro abdicadas possam estar erradas, poder-se-ia perguntar: a quantidade de erro seria “significativa”? Esta questão confunde estimativas sobre eventos que *acontecerão* com aquelas sobre eventos que *poderiam* ter acontecido, mas não aconteceram. Uma vez que os cursos alternativos de ação não foram, por definição, tentados, não há nenhum indício direto com o qual possamos verificar a exatidão dos julgamentos empresariais³⁸. Receitas alternativas não se materializarão. Afirmações sobre oportunidades de lucro perdido são *contrafatuais* e, portanto, não são, em princípio, diretamente falseáveis.

Voltemos agora aos próprios preços de mercado fora do equilíbrio. O “mérito” de lidar com preços de recursos, mesmo se estiverem em desequilíbrio, é que tais preços são objetivos. Assim, talvez, o estado dos preços em desequilíbrio mereça uma investigação mais aprofundada.

Já que, provavelmente, os indivíduos estão fazendo o melhor que podem ao conjeturar a divergência em relação aos preços em equilíbrio geral (isto é, estão à procura de oportu-

Indagação Econômica. Apres. Jorge Vianna Monteiro; Trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes / Instituto Liberal, 1993. p. 29].

³⁸ THIRLBY, G. F. The Ruler. *South African Journal of Economics*, 14 (December 1946).p. 264.

nidades de lucro), poderíamos dizer que os preços de mercado em desequilíbrio representam a melhor estimativa da sociedade do valor alternativo dos recursos? É preciso lembrar que esse não seria um simples caso de agentes fazendo o melhor possível para atingir um alvo comum; estamos lidando aqui com um “alvo móvel”, ou seja, os dados essenciais estariam passando por mudanças ao mesmo tempo em que esses agentes estariam tentando ajustá-los³⁹. A resposta à nossa questão precisa ser, infelizmente, negativa. Isso é assim porque o preço de mercado em desequilíbrio (ou, mais provavelmente, os preços) de um recurso é o resultado de estimativas *inconsistentes* sobre os seus usos alternativos. Fora do equilíbrio geral, apenas as estimativas de cada indivíduo isolado acerca dos valores dos recursos podem ser consistentes (isto é, autoconsistentes). Não importa se o indivíduo é um participante particular do mercado ou um planejador central. Um preço em desequilíbrio é o resultado de expectativas inconsistentes ou divergentes; de certo modo, é a homogeneização de previsões contraditórias. Em que sentido, então, isso poderia ser uma útil aproximação aos preços de equilíbrio geral⁴⁰?

Em qualquer ponto no tempo, o *processo* do mercado não considera os preços dos recursos “literalmente”. As expectativas dos participantes – *sobre os quais as consequências da imprecisão dessas expectativas recaem* – servirão para “corrigir” a desinformação sobre os preços em desequilíbrio. O mercado, ao con-

³⁹ Esta tarefa seria, obviamente, sobremodo simplificada se os dados subjacentes mudarem lentamente em relação à velocidade dos processos de ajustamento.

⁴⁰ William J. Baumol em sua resenha ao já citado livro *Cost and Choice* [Custo e Escolha] de James M. Buchanan (1919-2013) defende que há uma “forte suposição de que as cifras [de custo] disponíveis se aproximariam, de modo frequente e razoável, da informação que realmente queremos”. Ver: BAUMOL, William J. Review of *Cost and Choice*. *Journal of Economic Literature*, Vol. 8, No. 4 (December 1970). p. 1210-11. Baumol não oferece nenhuma prova para apoiar sua tese. A esse respeito, ver a seção “A Tese da Aproximação Grosseira” do presente artigo.

trário do juiz de *common law* motivado pela eficiência, não interpreta ao pé da letra.

A raiz do problema em questão reside na ambiguidade incorrigível que encobre todo o conceito de custo social em um mundo em desequilíbrio. Estritamente falando, fora do equilíbrio geral, a palavra *social* como é geralmente usada não tem nenhum significado coerente. Em um mundo com total consistência entre planos a sociedade seria, por assim dizer, um organismo integrado. Introduzamos agora a inconsistência de planos (“desequilíbrio geral”) e teremos muitos indivíduos perseguindo fins incompatíveis com expectativas contraditórias. Em um mundo assim, não há nenhum custo social inequívoco e único: nem todos percebem da mesma forma as alternativas renunciadas.

V - EQUILÍBRIO GERAL PARA ONDE?

Insistimos que as conclusões da análise de desequilíbrio para cálculos judiciais de custo-benefício são realmente profundas. Projetam sérias dúvidas sobre a capacidade de a *common law* promover eficiência, ao tentar minimizar custos objetivamente mensuráveis. O juiz não deve ser confundido com um empresário, que colhe as recompensas das decisões corretas.

Aqueles que lidam com análise de custo-benefício social implicitamente veem o mundo como se estivesse em equilíbrio geral. Afora a contradição envolvida na tentativa de reconciliar a existência de problemas de responsabilidade civil e equilíbrio competitivo geral, este ponto de vista comete uma grave injustiça à natureza das estruturas conceituais em economia. De fato, como Fritz Machlup (1902-1983) comenta, “*Caracterizar uma situação concreta ‘observada’ na realidade como ‘equilíbrio’ é cometer a falácia da concretude deslocada*”^{41,42}. Na

⁴¹ MACHLUP, Fritz. *Equilibrium and Disequilibrium: Misplaced Concreteness and Disguised Politics: Essays in Economic Semantics*. New York: W.W. Norton and Company, 1967.

⁴² A “falácia da concretude deslocada” ocorre quando uma abstração (crença ou construção hipotética) é

verdade, Frank Hahn (1925-2013) admitiu recentemente que “*não há a presunção de que uma sequência de estados econômicos reais vá terminar em*”⁴³ equilíbrio competitivo geral. Mais ainda, ele nem se apresenta disposto a afirmar que o equilíbrio geral possa ser visto como o resultado assintótico dos processos do mundo real⁴⁴. Alan Coddington (1941-1982) apresenta o argumento de forma ainda mais explícita: “*o equilíbrio não é um estado da economia, tanto quanto o longo prazo não é um ponto no tempo*”⁴⁵.

O que é, então, o equilíbrio geral? É um instrumento conceitual elaborado para nos ajudar a “*tentar lidar com um problema de cada vez*”⁴⁶ e para garantir que delineemos analiticamente *todas* as consequências de determinada mudança⁴⁷. Frequentemente, embora nem sempre, partimos de um estado de equilíbrio geral, de modo a nos certificar de que não mais do que uma alteração (de desequilíbrio) esteja ocorrendo ao mesmo tempo, e terminamos em um equilíbrio geral de modo a assegurar que os ajustes ocorram simultaneamente e sejam levados a cabo de modo analítico e pleno. O equilíbrio geral existe na mente do economista e não no mundo real: lembremos de que nem toda ferramenta conceitual precisa ser diretamente operacional. É essa falha em distinguir entre um aparato conceitual que nos ajuda a organizar nossos pensamentos e um outro aparato que se refere a algo diretamente observável que é responsável por aquela incapacidade em compreender a nossa lição elementar de economia.

tratada como se fosse algo concreto, como evento real, ou entidade física, ou seja, é o raciocínio errôneo de tratar como “*coisa real*” algo que não é real, mas apenas uma ideia. (N. do R.)

⁴³ HAHN, Frank H. **On the Notion of Equilibrium in Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1973. p. 7.

⁴⁴ Idem. *Ibidem.*, p. 9.

⁴⁵ CODDINGTON, Alan. “The Rationale of General Equilibrium Theory”. **Economic Inquiry**, Vol. 13, No. 6 (December 1975). p. 550.

⁴⁶ Idem. *Ibidem.* p. 550.

⁴⁷ MACHLUP. **Equilibrium and Disequilibrium**. p. 48.

VI - INCERTEZA

Em nossa discussão anterior sobre o desequilíbrio geral, já abordamos inevitavelmente a questão da incerteza. No entanto, ainda não nos focamos diretamente sobre a natureza precisa do conceito e sobre suas drásticas implicações para a maioria das formas de análise custo-benefício. Este será agora o objeto de nosso empreendimento.

A utilização dos recursos para evitar acidentes envolve necessariamente a tomada de decisões em um mundo incerto. Os indivíduos, por exemplo, serão considerados negligentes se não tomarem medidas de prevenção de acidentes quando o custo dessas medidas, embora determinado, ficar aquém ou igual ao *valor esperado* das perdas (esta é a famosa Regra de Hand). Normalmente, então, os economistas têm tratado a questão da incerteza pela teoria da probabilidade⁴⁸. O cálculo probabilístico é, por sua vez, aplicável tanto a uma concepção objetiva, quanto a uma concepção subjetiva, do conteúdo das sentenças probabilísticas. Vamos dividir nossa análise em breves considerações sobre cada um desses pontos de vista.

Sentenças probabilísticas objetivas – no sentido de limite de uma sequência de frequências relativas – são, em princípio, não falseáveis. Por exemplo, se dissermos que, quando uma moeda não viciada for lançada, a probabilidade de sair cara é de 0,5, poderíamos considerar a proposição falseada se, em uma centena de lançamentos, sair cara em apenas quarenta e duas vezes? Claro que não. Simplesmente diríamos que o número de lançamentos deve, estritamente falando, aproximar-se do infinito e, assim, não teríamos ainda jogado a moeda suficientemente. Afora isso, poderíamos até dizer que a moeda era “*viciada*”, ou que as condições do sorteio não eram adequadas e assim por diante. Foi

⁴⁸ Embora G. L. S. Shackle (1903-1992) tenha de forma consistente o rejeitado. Ver, por exemplo: SHACKLE, G. L. S. **Decision, Order and Time**. Cambridge: Cambridge University Press, 1961. p. 47-113.

precisamente este problema que levou Karl Popper (1902-1994) a introduzir uma convenção ou regra metodológica que permitiria a refutação de sentenças probabilísticas⁴⁹. Em suma, a regra diz que, se em uma sequência de frequência relativa há desvios previsíveis, reproduzíveis e sistemáticos da probabilidade assumida, vamos considerá-la falseada. O critério mais relevante para nós é a *reprodutibilidade* do desvio. Dessa forma, estabelece-se imediatamente a exigência de que o evento em questão seja repetível, caso queira-se saber se a probabilidade atribuída a um resultado específico deva ser falseada e considerada, por conseguinte, objetiva. Por exemplo, suponha que a probabilidade de um determinado resultado em um jogo de azar é de 0,5. Ora, se jogarmos uma centena de vezes e esse resultado aparecer em apenas trinta por cento dos casos, deveríamos, então, declarar a hipótese falseada? Ainda não. Se continuarmos a jogar, e a frequência relativa observada de 0,3 persistir, então deveremos seriamente reconsiderar o caso. A regra *“não proíbe a ocorrência de segmentos atípicos; também não proíbe a ocorrência repetida de desvios”*, antes, o que proíbe é *“a ocorrência de segmentos que são atípicos de uma maneira definida”*⁵⁰.

A paciência do leitor, nesse momento, deve estar esgotada: Que relação isso terá com a análise judicial de custo-benefício? A relevância é imediata. A menos que estejamos lidando com fenômenos estocásticos *reproduzíveis*, a alegação de objetividade em torno das sentenças probabilísticas se desintegra. Atribuições de probabilidade sem reprodutibilidade são estritamente não falseáveis. Assim, à medida que se referirem a processos empíricos (e não ideais), não teremos nenhuma maneira de julgar a sua verdade ou falsidade.

⁴⁹ POPPER, Karl R. **The Logic of Scientific Discovery**. New York: Harper Torchbooks, 1965. p. 205. [N. do T.: Em língua portuguesa ver: POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972. p. 233].

⁵⁰ Idem. *Ibidem.*, p. 205 [p. 233]. Grifos nossos.

Em algumas situações, é claro, a reprodutibilidade é uma característica real. Quando, por exemplo, milhões de garrafas de coca-cola são produzidas, temos sem dúvida uma boa noção de que, probabilisticamente, pelo menos uma garrafa na série vá explodir. Do mesmo modo, as indicações das tabelas de mortalidade parecem prover as companhias de seguros de informação útil, uma vez que podem reunir casos individuais.

Em circunstâncias como estas, não é muito difícil definir como um *“homem racional”*⁵¹ veria a probabilidade de certos resultados: ele simplesmente aceitaria a probabilidade objetiva (e falseável). Naturalmente, isso não resolveria o problema discutido acima da mensuração dos custos sociais de oportunidade, mas, ao invés, nos diz quais seriam os pesos probabilísticos *“corretos”* a ser aplicados na Regra de Hand.

Muitas situações, no entanto, são o que G. L. S. Shackle (1903-1992) chamou de experimentos *“autodestrutivos”*⁵². Nestes, uma parte crucial das condições iniciais do experimento é o estado de conhecimento dos agentes humanos. Quando o resultado de um único experimento (por exemplo, a falência de uma empresa) muda o estado de conhecimento, este experimento jamais poderá ser repetido. Como Shackle nos lembra:

Em uma grande multiplicidade e diversidade de assuntos, o indivíduo não tem registro de um número suficiente de atos suficientemente similares, próprios ou de outras pessoas, para ser capaz de construir uma tabela de frequências válidas dos resultados de atos desse tipo. Em relação a esses atos, as probabilidades não estão disponíveis para o indivíduo⁵³.

A ampla disponibilidade de relações objetivas de frequência pressupõe o equilíbrio, assim como faz a disponibilidade de medidas objetivas para o custo de oportunidade social

⁵¹ A esse respeito, ver discussão mais adiante.

⁵² SHACKLE. **Decision, Order and Time**. p. 56.

⁵³ Idem. *Ibidem.*, p. 55.

de recursos. No primeiro caso, no entanto, o equilíbrio é de um tipo diferente. Para a probabilidade universalmente objetiva, exigimos um equilíbrio estacionário estocástico: um mundo em que os eventos probabilísticos eternamente reproduzam a si mesmos de modo que todos saibamos quais seriam as probabilidades relevantes. Até que um mundo assim venha à existir, e a maioria de nós não está esperando por isso, teremos de lidar com as circunstâncias de informação “insuficiente”.

O problema da não repetibilidade nos leva logicamente a considerar a probabilidade *subjetiva*. No entanto, esta questão não nos deterá por muito tempo. A probabilidade subjetiva é simplesmente o nome que damos a um conjunto de valores de decisão pessoal que satisfariam as regras formais de combinação conhecida como cálculo de probabilidades. Estes valores não têm conteúdo diretamente objetivo, exceto na medida em que puderem, em parte, ser baseados em informações objetivas. Fundamentalmente, porém, fazem parte do próprio grau de crença pessoal de um indivíduo, que se manifesta em seu comportamento. Esta concepção de probabilidade pode, contudo, ser de pouco valor para a lei. Nela, cada homem é o melhor juiz em saber qual é a probabilidade de um dado evento, pois não haveria nenhuma distribuição de frequência objetiva subjacente; nada a que poderíamos, em nossos esforços, nos aproximar para descobrir o que o “homem racional” faria.

VII - A TESE DA APROXIMAÇÃO GROSSEIRA

Esperamos ter demonstrado, até o momento, que os tipos de dados necessários para um tribunal de *common law* comparar os custos e benefícios são de natureza subjetiva. Fora do equilíbrio geral competitivo, não há nenhuma medida objetiva dos custos de oportunidade social dos recursos. Fora do equilíbrio estacionário estocástico, não haveria nenhuma medida objetiva de probabilidade.

de. Em que sentido, então, podemos dizer que a *common law* promove a eficiência quando os dados necessários estão, no primeiro caso, indisponíveis e quando são, no segundo, inexistentes?

Um defensor da abordagem econômica convencional à lei *deve* concordar com muito do que dissemos, mas, ainda assim, sustentar que ignoramos um ponto fundamental. Richard Posner, por exemplo, observou que:

O sistema de negligência produz, *na melhor das hipóteses*, aproximações grosseiras do resultado que se poderia esperar caso o mercado, em vez dos processos legais, estivesse em vigor. Mas por que desprezar as aproximações grosseiras?⁵⁴.

Este é um ponto importante, senão ainda não desenvolvido; então, encarreguemo-nos de examiná-lo.

Os fundamentos teóricos do que podemos chamar de “tese da aproximação grosseira” não foram estabelecidos, por isso, em grande parte do que se segue, teremos de nos esforçar para encontrar um significado preciso implícito.

Imediatamente, vemos uma importante ambiguidade aqui, pois é-nos dito que “o sistema de negligência produz, *na melhor das hipóteses*, aproximações grosseiras”. Oxalá não seja um mero trocadilho perguntar o que pretendia dizer com a expressão “na melhor das hipóteses”? Se “na *melhor* das hipóteses” obtemos uma aproximação *grosseira*, o que nós teríamos como resultado normal ou típico?

Os problemas, entretanto, são muito mais profundos do que isso. Na falta de conhecimento sobre a posição de equilíbrio geral, de modo nenhum é possível saber quando os preços dos recursos estarão próximos ou distantes de seus valores de equilíbrio geral. Além disso, uma vez que as probabilidades relevantes na maioria das situações importantes são subjetivas, não poderemos saber quais valores decisórios as pessoas, de fato, *iriam* utilizar se as transações de mercado fossem

⁵⁴ POSNER. *Strict Liability*. p. 218. Grifos do autor.

possíveis em casos agora abarcados pela lei de responsabilidade civil (isto é, se os custos de transação fossem zero). Portanto, visto que não sabemos como o mercado iria operar se ele assim pudesse, podemos dizer pouco sobre quão grosseira a nossa aproximação realmente é. Onde está o índice de referência?

Se a tese da aproximação grosseira é para ser considerada uma tese científica positiva, então ela deve, ao menos em princípio, ser falseável. No entanto, para ser falseável, devemos ser capazes de imaginar o tipo de prova que, se produzida, refutaria ou apoiaria a tese. Obviamente, uma aproximação à solução “eficiente” melhor seria quanto mais próximos os preços dos recursos estivessem dos níveis de equilíbrio competitivo geral. Mas poderíamos reconhecer um equilíbrio geral se o víssemos? Lembremo-nos que o equilíbrio não é um conceito operacional ou observável. Mais importante ainda, uma posição de equilíbrio geral é definida em relação a um conjunto de expectativas. Na medida em que essas expectativas não são direta ou indiretamente observáveis, não poderíamos saber se um verdadeiro estado de coisas no mundo seria um equilíbrio geral ou não. A identificação empírica de uma posição como próxima do ou exatamente em equilíbrio requer o conhecimento dos estados subjetivos. Poderíamos talvez, então, *inferir* o equilíbrio a partir da estabilidade de preços? Naturalmente, essa questão repousa numa confusão entre equilíbrio e estabilidade; estes não são conceitos idênticos. Um preço estável pode ser um preço de desequilíbrio se os dados subjacentes estiverem mudando; sua estabilidade pode ser uma função de um processo de ajustamento lento em vez de um de equilíbrio. Além disso, estamos falando de um equilíbrio *geral*, então um preço em equilíbrio parcial não seria suficiente, salvo, talvez, nos mercados de chá marshallianos. Parece, assim, em princípio, que não há possibilidade de encontrar um suporte probatório para a tese da aproximação grosseira e, conseqüentemente, seu status científico resta em aberto.

Ver o comportamento dos tribunais como de uma eficiência grosseiramente aproximada por si só não revela muito. O que deve nos preocupar é o quão grosseira é a aproximação *em relação* a alguma alternativa. Por exemplo, em vez de um elaborado sistema de leis de negligência, os tribunais poderiam sempre adotar uma atitude de “deixar os danos recaírem onde quer que seja”, à exceção, digamos, dos casos mais grotescos. No primeiro momento, haveria indubitavelmente um aumento no número de acidentes, mas que, por fim, acabaria por ser reduzido como na evolução de outros arranjos institucionais. A principal, e notável, economia seria nos custos judiciais e litigiosos, bem como na eliminação daquelas decisões que reduzissem a eficiência. Em um mundo de desequilíbrio geral, a evidência dos preços de mercado pode (e irá) nos enganar. Outra possibilidade é de os tribunais decidirem com base na responsabilidade objetiva. Seria essa aproximação mais, menos, ou igualmente feita grosso modo? Finalmente, algum padrão de – “ousaríamos dizer o nome?”⁵⁵ – “justiça” poderia ser aplicado, e que pudesse aproximar-se da eficiência com muito mais minúcias que qualquer tentativa de evitá-la diretamente. A análise judicial de custo-benefício, dependendo da medida em que os tribunais realmente se lhe dedicarem, não poderá ser mais promotora da eficiência econômica do que qualquer outro padrão.

Falamos sobre a necessidade de os tribunais usarem preços de mercado (em desequilíbrio) para chegar, com esforço, a um equilíbrio dos custos e benefícios sociais. No entanto, mesmo isso é mais fácil falar do que fazer. Consideremos a situação em que tanto *A*, quanto *B* podem evitar um acidente entre si. Determinar as despesas potenciais relati-

⁵⁵ No original: “that dare not speak its name” [“que não ousa dizer o nome”]. Referência a um verso do poema *Two Loves* de Lorde Alfred Douglas (1870-1945), publicado em 1894 e, posteriormente, mencionado por Oscar Wilde (1854-1900) durante seu julgamento. Esta é uma expressão da língua inglesa usada coloquialmente para fazer referência, de forma indireta, a algo que seja um tabu social (N. do R.).

vas (mesmo com preços em desequilíbrio), na prevenção de acidentes, nem sempre é exequível. Às vezes, até mesmo o conjunto de preços de mercado em desequilíbrio para um recurso não está disponível. Um exemplo é o caso do cliente do supermercado que é capaz de evitar que uma lata caia da prateleira no pé de alguém, empurrando a pessoa para fora do caminho da lata. O preço fora de equilíbrio para os seus serviços não está disponível, uma vez que, provavelmente, não há mercado para tais serviços. Quem seria, então, aquele que evitaria o dano pelo menor custo?

O cerne da questão, de qualquer modo, é o seguinte: a eficiência é normalmente definida em termos de preferências e expectativas dos participantes de um mercado. Em grande parte da literatura de Economia do Direito, um conceito diferente de eficiência tem sido implicitamente enxertado às escondidas: a noção de eficiência do planejador central. Este planejador tentaria minimizar ou maximizar objetivamente custos e benefícios mensuráveis, utilizando tanto a sua própria distribuição probabilística subjetiva, quanto outras distribuições pseudo-objetivas. De qualquer maneira, estas magnitudes não são aquelas que seriam relevantes para os participantes do mercado e, por conseguinte, o uso do termo “eficiência” constitui um equívoco.

CONCLUSÕES

Em todo o nosso percurso, fizemos um enorme esforço para demonstrar tanto as dificuldades jurídicas quanto econômicas envolvidas na alegação de que a *common law* seria eficiente. Muitas dessas dificuldades repousam em confusões conceituais fundamentais, ao passo que outras são o resultado de inconsistências internas. Todas servem para ilustrar a grave incoerência dessa perspectiva.

Em resumo, traçamos sete pontos básicos:

1) A ideia de eficiência está irremediavelmente envolta em ambiguidade, e um pensamento lúcido poderia ficar mais bem servido com a eliminação total dessa noção.

2) A alegação de que a *common law* promoveria eficiência é internamente inconsistente. Ilustramos esta afirmação com referência a pelo menos seis doutrinas fundamentais da *common law*.

3) A eliminação da relação de causalidade da abordagem econômica leva à falácia dos custos e benefícios objetivados.

4) Fora do equilíbrio geral competitivo, gastos diretos não representam custos de oportunidade sociais verdadeiros.

5) A falha em reconhecer a posição anterior é um exemplo de falácia da concretude deslocada. O equilíbrio geral é um construto mental e não um conceito operacional.

6) Na maioria dos contextos interessantes, a probabilidade é subjetiva, e a busca pelo que um “homem racional” faria em incerteza não é uma questão factual, mas sim, um juízo de valor.

7) É altamente duvidoso que a *common law* seja capaz, exceto por um acaso, de aproximar-se grosso modo de uma solução eficiente por meio da análise judicial de custo-benefício. ∞