

A análise econômica do direito: o direito como instrumento para desenvolvimento econômico e socioambiental

*Economic analysis of law: law as a tool for economic
development, social and environmental*

Rafael Henrique Ozelame*

Paulo José Zanellato Filho**

Resumo: Este artigo pretende introduzir o leitor à Análise Econômica do Direito, como instrumento à promoção do desenvolvimento não apenas econômico, mas também socioambiental. Neste intuito, procura demonstrar que, para a corrente da análise econômica do direito, as sanções previstas na lei são como preços e, presumidamente, as pessoas respondem a essas sanções, em grande parte, do mesmo modo que elas respondem ao mecanismo de preços. Ao demonstrar a relação entre a análise econômica do direito e o próprio direito, procuramos definir como o direito pode servir de instrumento para internalização das externalidades geradas pelos agentes econômicos e não apenas ao desenvolvimento econômico, mas também socioambiental.

* Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2010). Tem experiência na área de direito, com ênfase em Direito Civil. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Possui MBA em Comércio Exterior e Negócios Internacionais pela Isae FGV. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB-PR (2013-215). Membro diretor da Associação Paranaense de Direito e Economia (Adepar). Pós-graduando em Processo Civil com ênfase no Novo CPC, pela PUCPR. Cursando MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela Isae FGV.

** Advogado e Consultor na Área de Direito Tributário e Aduaneiro. Professor na Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Graduado em Direito e Processo Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCConst) (2008). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2006). Aperfeiçoou-se como despachante aduaneiro pela Abracomex (2010). Ex-procurador do Município de Matinhos. Membro do Conselho Acadêmico de Tributações da Associação Comercial do Paraná. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (Adepar). Membro da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro da OAB/PR. Instrutor em cursos de Direito Tributário. Presidente do Instituto de Pesquisa Tributária e Aduaneira. Sócio do Escritório Zanellato Advocacia & Consultoria.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Externalidades. Direitos difusos e coletivos. Desenvolvimento econômico e socioambiental.

Abstract: This article intends to introduce the reader to the Economic Analysis of Law as a tool to promote not only economic, but also social and environmental development. In order seeks to show that for the stream of Economic Analysis of Law, the penalties prescribed by law are like prices and, presumably, people respond to these sanctions, largely, the same way that they respond to the price mechanism. After demonstrate the relationship between the Economic Analysis of Law and the Law itself, sought to demonstrate how Law may aid as an instrument for internalizing externalities generated by economic agents, serving as an instrument not only to economic but also to social and environmental development.

Keywords: Economic analysis of law. Externalities. Common and collective Rights. Economic, Social and environmental development.

1 Introdução

Há atualmente um movimento cada vez mais intenso na comunidade acadêmica, de aliar ao estudo do direito outros ramos do conhecimento, para aprimoramento dos seus institutos. Nesta seara, a análise econômica do direito serve como instrumento para a compreensão de como os sujeitos reagirão à determinada norma jurídica.

Apesar do desenvolvimento da análise econômica do direito ser expressivo em países, como os Estados Unidos e Portugal, no Brasil este ramo ainda é incipiente, de forma que, ainda hoje, são necessários estudos esclarecendo como se dá a relação entre a economia e o direito.

Visando demonstrar como a análise econômica do direito pode aperfeiçoar o próprio direito, para que este sirva como instrumento à promoção do desenvolvimento não apenas econômico, mas também socioambiental, elaboramos o presente artigo, que se divide em quatro partes.

Na primeira parte, procuramos identificar o campo próprio de atuação do direito e da análise econômica do direito, e como esta se desenvolveu.

Em seguida, selecionamos dois dos postulados mais aplicados no campo da economia, para demonstrar como a análise econômica do direito pode auxiliar no desenvolvimento do direito. Tendo em mente que as sanções previstas na lei são como preços e, presumidamente, as pessoas

respondem a essas sanções, em grande parte, do mesmo modo que elas respondem ao mecanismo de preços, utilizamo-nos das leis da oferta e da demanda, para tentar indicar como, em um dado caso, o direito poderia dar a “melhor” resposta.

Adiante, partindo da noção de que os agentes econômicos podem gerar externalidades tanto positivas quanto negativas, procuramos identificar como o direito utiliza-se de determinados instrumentos, como meio a internalizar essas externalidades.

No final, demonstramos que o desenvolvimento econômico por si só é extremamente prejudicial à manutenção da vida na Terra, dada a grande devastação que a exploração dos recursos naturais já causou até o momento.

Neste sentido, o ideal é utilizar a análise econômica do direito como instrumento para o desenvolvimento do direito, de modo que este articule os instrumentos de que dispõe, para permitir não apenas o desenvolvimento econômico, mas também socioambiental.

2 Da análise econômica do direito à nova economia institucional

Não é raro encontrar ainda hoje autores sustentando que os ramos da economia e do direito são áreas distintas do conhecimento, e que devem ser estudadas separadamente, haja vista o grande abismo existente entre as realidades destas duas ciências. A primeira estuda a forma pela qual os indivíduos e a sociedade fazem suas escolhas e tomam decisões, para que os recursos disponíveis, sempre escassos, possam contribuir da melhor maneira, para satisfazer as necessidades individuais e coletivas da sociedade. Por outro lado, o direito se ocupa, no aspecto formal, com as regras de conduta impostas coativamente ao homem e, no aspecto material com a norma nascida da necessidade de disciplinar a convivência social.¹ Deste modo, a Ciência do Direito tem por objeto de estudo justamente as leis e normas que visam a regulação de condutas humanas.

Tradicionalmente, a economia poderia ser definida pelo seu cerne de estudo: a produção e distribuição dos produtos e serviços, comércio, inflação, desemprego, etc. Nesse contexto, o papel e os efeitos do sistema legal

¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 4.

foram ignorados pelas Ciências Econômicas. Contudo, ao se definir a economia como o estudo de como uma sociedade atende seus desejos materiais, dadas as restrições orçamentárias, certamente o direito é assunto que diz respeito à análise econômica, assim como toda uma gama de outros temas que também lhe dizem respeito: o indivíduo, a empresa, o mercado, as associações, a burocracia, etc.²

Mas foi somente a partir do início do século XXI que a análise econômica do direito veio efetivamente à tona. Observando os economistas que os conceitos da economia neoclássica não mais respondiam satisfatoriamente como os agentes econômicos se comportavam, passaram gradativamente a levar o direito em consideração nas suas análises. Ronald Coase, em seu célebre artigo “A Firma”, procurou responder a pergunta do por que as empresas por vezes preferiam ir buscar bens ou produtos no mercado ou por que se aglutinavam em uma estrutura hierarquizada de produção, já ponderando como o direito influenciava a escolha dos agentes na tomada de decisões.³

A observação de como o direito influencia o comportamento dos agentes econômicos tornou a confluência entre esses dois ramos científicos inevitáveis, surgindo a partir daí o ramo denominado “análise econômica do direito”.

A análise econômica do direito pode ser entendida como o ramo da Economia que visa a aplicação das teorias da microeconomia para análise das leis e de seus institutos. Ela privilegia a atividade do economista, que se ocupa em trazer os princípios e o raciocínio econômico para a análise do direito, tendo o direito como objeto de estudo.⁴

Como explicam Robert Cooter e Thomas Ulen para os economistas, as sanções previstas na lei são como preços e, presumidamente, as pessoas respondem a essas sanções, em grande parte, do mesmo modo que elas respondem ao mecanismo de preços. De acordo com os autores, as pessoas respondem aos preços altos dos produtos consumindo cada vez menos destes produtos, quanto mais caros eles forem. Seguindo essa

² SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. 6. ed. Aspen Publishers, 2003. p. 3.

³ CASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988. p. 390.

⁴ MILLER, Geoffrey P. *Law and economics versus economic analysis of law*. New York: New York University Law and Economics Working Papers. Paper 264. 2011. p. 1-2.

linha, teoricamente, as pessoas reagiriam às sanções mais pesadas praticando cada vez menos atividades sancionadas, quanto mais pesadas forem as sanções impostas.⁵

Pela análise econômica do direito, é possível prever, por exemplo, como as pessoas vão responder às mudanças na lei. Além disso, podem ser estabelecidos padrões para avaliar as leis e a política, se são eficientes na perspectiva econômica ou não.⁶

Assinala a doutrina como marco histórico para o surgimento da análise econômica do direito (*Economic Analysis of Law*) os textos publicados por Ronald Coase: *The nature of the fFirm*, em 1937 e *The problem of social costs*, em 1960; e Guido Calabresi, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, em 1961.

Tomando como premissa conceitos advindos da economia neoclássica, Coase “explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na Determinação de resultados econômicos”.⁷

Segundo o Teorema de Coase, se vivêssemos em um mundo sem custos de transação, as pessoas iriam negociar um com o outro, para produzir a distribuição mais eficiente dos recursos, independentemente da sua alocação inicial.

Ocorre que, como asseverou o autor, esse é o mundo hipotético da economia. Um mundo em que o mercado está interagindo em perfeitas condições de concorrência, em que as informações são simétricas, e todos sabem o que é melhor para si, e quais são os direitos envolvidos nas negociações. O mundo real, contudo, está muito longe de alcançar essa almejada condição.

No seu discurso de recebimento do Prêmio Nobel, Coase, ao criticar a análise econômica ortodoxa, enfatizou que no mundo real os custos de transação são positivos e, ao contrário do que querem os economistas neoclássicos tradicionais, os sistemas legais impactam diretamente no comportamento dos agentes econômicos.

⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Addison-Wesley Series in Economics. 2011. p. 3.

⁶ FRIEDMAN, David D. *Laws order: what economics has to do with law and why does it matters*. New Jersey: Princeton University Press. 2001, p. 4.

⁷ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 5.

Já Guido Calabresi demonstrou, no seu trabalho *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, como a análise econômica do direito pode influenciar a regulação da responsabilidade civil, seja no âmbito legislativo ou judicial.⁸

Posteriormente, Calabresi, na sua obra *The costs of accidents*, concluiu que os advogados que lidam na área de responsabilidade civil, tendem a ver a compensação pelos danos como principal objetivo das regras que tratam de responsabilidade civil. Porém, na visão do autor, o escopo das regras de responsabilidade civil é minimizar os custos dos acidentes. Desta forma, o dever de indenizar deve ser do ator que está na melhor posição, para realizar a análise do custo-benefício entre os custos do acidente e os custos para evitá-lo. Nessa perspectiva, os agentes somente passarão a evitar os acidentes, se os custos para evitar sua ocorrência forem mais baratos do que os custos dos acidentes evitados.⁹

A partir das conclusões de Calabresi, foi possível desenvolver um quadro comparativo que permitiu verificar os pontos fracos e fortes das regras, que tratam da responsabilidade civil, possibilitando a implementação de novas regras que favoreçam a diminuição dos riscos de acidentes.

Desde os trabalhos publicados por estes dois autores, muito se desenvolveu no campo da análise econômica do direito, o que culminou na origem de diversas correntes, destacando-se dentre elas a Nova Economia Institucional (NEI).

No que toca à Nova Economia Institucional, os trabalhos de Ronald Coase, Douglas North, John Commons, Oliver Williamson, dentre outros, contribuíram em larga escala para a transformação da NEI em uma poderosa ferramenta analítica conceitual, desencadeando-a em uma vigorosa base de pesquisa empírica.¹⁰

⁸ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 8.

⁹ BERGH, Roger Van den. et al. The Impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship. *Erasmus Law Review*, Erasmus Universiteit Rotterdam. vol. 1. issue 4. 2008. p. 2. Disponível em <http://www.erasmuslawreview.nl/past_issues/volume01issue04/complete-issue.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

¹⁰ MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *The contribution of Douglas North to new institutional economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 2.

Como sugere Williamson, deixando de lado alguns dos conceitos da economia neoclássica, dada a sua limitada percepção do mundo, a NEI deve combinar a economia, o direito e as organizações (em uma relação em que a economia é a primeira entre iguais) em um estudo concentrado para o estudo do direito, como ele realmente é, especialmente considerando a interação positiva e mais completa que a economia, o direito e as organizações oferecem uma à outra, de forma que a economia tanto informa e é informada pelo direito e pelas organizações.¹¹

3 Entendendo a análise econômica do direito – os custos de transação

A análise econômica do direito consiste, como visto, no emprego de modelos econômicos visando a compreensão das decisões tomadas pelos sujeitos face ao direito, auxiliando no seu aperfeiçoamento e desenvolvimento. A avaliação mais acurada das consequências prováveis de uma decisão jurídica ou de alguma nova legislação, dentro do contexto político, social, econômico e institucional, certamente auxilia os cientistas do direito, no melhor manuseio de seus ferramentais teóricos.

Nesse sentido, para melhor compreender como a análise econômica do direito auxilia no aperfeiçoamento e desenvolvimento do direito, debruçamo-nos sobre dois postulados econômicos, mediante os quais se pretende examinar a influência da economia, para uma “melhor” decisão judicial.

Segundo um dos postulados da economia, as transações entre indivíduos somente ocorrem se ambas as partes percebem que estarão em uma melhor situação do que estariam se a transação nunca tivesse tomado lugar. Nesse contexto, buscando determinar como se daria o comportamento preponderante dos agentes econômicos, a economia neoclássica frequentemente busca suas respostas na lei da oferta e da demanda.

A lei da demanda se ocupa em determinar o comportamento dos consumidores no mercado. Segundo esta lei, primeiramente deve ser estabelecida a utilidade marginal que um indivíduo tem com a aquisição de um produto no mercado. Utilidade marginal pode ser entendida como

¹¹ WILLIAMSON, Oliver E. *Revisiting legal realism: the law economics, and organization perspective*. California: Oxford University Press, 1996. p. 384.

o comportamento racional que um consumidor tem de maximizar a utilidade que ele obtém com o consumo dos produtos disponíveis no mercado, a um determinado preço, em um determinado espaço de tempo.¹²

Ao fixar a utilidade marginal, é possível definir o comportamento racional do consumidor na compra deste produto. Se a utilidade marginal for expressa em dinheiro, então o consumidor continuará a consumir “X” unidades deste produto, enquanto a utilidade marginal for maior ou igual ao preço deste produto no mercado. A partir do momento em que a utilidade marginal for inferior ao preço deste produto, então o consumidor deixará de consumi-lo.

Pela lei da demanda, se a utilidade marginal de um dado produto for constante, então quanto menor for o seu preço, maior será o consumo deste produto, ou do contrário, quanto maior o preço, menor será seu consumo, enquanto a renda e o preço dos demais produtos oferecidos no mercado permanecerem constantes.¹³

Contudo, se o preço de um determinado produto se altera, tornando sua aquisição mais dispendiosa, podem ocorrer duas espécies de efeitos. O primeiro é relacionado com a quantidade deste produto que é consumida. Se a renda do consumidor for a mesma, então o consumo deste produto tende a cair (efeito renda). Entretanto, se o consumidor pretende lidar com o problema do aumento de preço, poderá reduzir seus custos alterando sua preferência quanto ao consumo de outros produtos, que julgue menos necessários. Por outro lado, poderá ainda investir em outros produtos que diminuam sua necessidade na aquisição daquele que, agora, passou a ser mais oneroso (efeito substituição).¹⁴⁻¹⁵

O quadro até aqui apresentado é um breve esboço dos postulados da lei da demanda, e ele só tem guarida enquanto a renda e os preços dos demais produtos disponíveis no mercado permanecem constantes.

Certamente, aqueles que aprofundarem-se no estudo do tema verificarão que a lei da demanda tem diversos desdobramentos. Entretanto,

¹² SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 67.

¹³ *Ibidem*, p. 69-70.

¹⁴ A respeito do efeito renda e efeito substituição vide: MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*: princípios de micro e macroeconomia. Trad. de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus. 1999. p. 463-465.

¹⁵ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 5.

os conceitos até aqui abordados são suficientes para demonstrar o raciocínio que se pretende desenvolver neste trabalho.

A lei da oferta, de outra sorte, determina a resposta entre o empresário e a demanda dos consumidores. A lei da oferta pode ser resumidamente entendida como a quantidade de produtos ou serviços que o empresário está preparado para disponibilizar a um dado preço.

Um dos postulados da lei da oferta é que o empresário somente estará disposto a vender um determinado produto, se o valor obtido com a venda deste produto, resultar em lucro. Não apenas isso, mas o empresário também avaliará o seu custo de oportunidade.

Ordinariamente *custo* pode ser entendido como a quantia em dinheiro necessária para aquisição de um produto ou serviço. Custo de oportunidade, entretanto, não está diretamente ligado a esta noção, mas à ideia de escolha, alternativa. Por exemplo, a mulher de um empresário, que não recebe qualquer pagamento pelos serviços prestados na empresa do marido, não trabalha de graça. Trabalha ao custo estimado na alternativa de outras rendas, que poderia obter para a manutenção da sua família, se trabalhasse em outro local.¹⁶

Na busca pela maximização dos resultados econômicos, o empresário certamente decidirá, dentre as diversas atividades que ele poderá praticar, aquela que lhe resultará a maior lucratividade e, com isso, avaliará o seu custo de oportunidade.

Para determinar a lucratividade com a venda de um determinado produto ou serviço, o empresário fará a seguinte conta: lucratividade = renda total – custos totais.

De modo a obter a maximização na lucratividade, a empresa somente aceitará os custos para produção de um determinado produto, se a receita obtida com a venda deste produto for maior que os custos para sua produção. Assim, é possível afirmar que essa empresa somente produzirá unidades extras deste produto, enquanto esta condição for satisfatória.

Por exemplo, um fazendeiro, ao realizar a primeira colheita de milho da sua fazenda, terá a lucratividade máxima do seu negócio, haja vista que sua terra está na condição mais fértil possível. À medida que ele passa a realizar um novo plantio, a terra vai perdendo fertilidade pela falta

¹⁶ SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 74-75.

de nutrientes causada pela colheita anterior. Assim, para cada novo plantio, o fazendeiro deverá realizar investimentos no solo da terra, acrescentando fertilizantes e outros nutrientes necessários para uma boa colheita.

Neste caso, o fazendeiro somente aceitará efetuar um novo plantio, caso os custos para a produção de uma nova safra de milho sejam inferiores à renda obtida com a sua venda. Caso contrário, o fazendeiro provavelmente avaliará seu custo de oportunidade e, possivelmente, escolherá outro produto mais rentável para ser produzido na sua fazenda.

Observando a lei da oferta e da demanda, os economistas neoclássicos definiram todo um modelo de como os agentes econômicos se comportavam nas transações realizadas no mercado. Contudo, essas observações não eram suficientes para responder por que, nem sempre, as leis da economia neoclássicas não correspondiam ao comportamento tomado por esses agentes. Daí porque os trabalhos na seara da análise econômica do direito tomaram grande importância, pois os sistemas legais impactam diretamente no comportamento dos agentes econômicos.

3.1 Aplicando a lei da oferta e da demanda – análise econômica do direito

No que toca à análise econômica do direito, a lei da oferta e da demanda pode ser utilizada pelos operadores do direito, por exemplo, como um guia para definir o montante a título de indenização, a que deve uma empresa ser condenada a pagar à outra, no caso da quebra de patentes, de modo a evitar que esta empresa volte reiteradamente a cometer este ilícito.

Em um dado exemplo, uma indústria “A” sofre espionagem industrial por parte da indústria “B”, com a conseqüente quebra da sua patente. Se a indústria “B” for condenada a pagar uma indenização em quantia inferior ao que receberia “A”, se vendesse a patente para “B”, isso será um incentivo para que “B” continue a quebrar as patentes desenvolvidas por “A”, ou por outras empresas, pois os ganhos que “B” obterá neste caso são maiores do que a alternativa de contratar diretamente com “A”.

Em casos como este, as Cortes da Alemanha deixaram claro que a decisão mais acertada¹⁷ seria condenar “B” a pagar um valor, no mínimo,

¹⁷ Não se trata da análise de quem tem o direito a ser indenizado ou quem deve indenizar, pois isso cabe somente ao direito, mas a decisão economicamente mais eficiente e indutora do comportamento desejado.

tão alto quanto “A” receberia em uma transação regular, na venda da patente, observando ainda que deve ser pelo menos tão alta quanto o lucro adicional que a indústria “B” teve com a venda deste produto, como meio de evitar que “B” volte a ter atitudes como esta.¹⁸

Trata-se de utilização da análise econômica do direito, como meio de alocar os recursos econômicos de forma eficiente, para indução de comportamentos desejados.

3.2 O problema das externalidades

Não sobeja afirmar que as transações entre indivíduos somente ocorrem, se ambas as partes percebem que estarão em uma melhor situação do que estariam se a transação nunca tivesse tomado lugar. Logo acima, foram expostas as bases neoclássicas para a compreensão do comportamento dos agentes econômicos nas transações que tomam lugar no mercado. Segundo o exposto, tanto os consumidores quanto os empresários tomarão suas decisões procurando a maximização dos resultados econômicos com suas escolhas.

Ocorre que, por vezes, essas transações resultam em “sobras”, que podem ser entendidas como custos ou benefícios circulando externamente no mercado, que não foram computados no sistema de determinação dos preços (NUSDEO, 2001, p. 152). Vale dizer que toda vez que uma transação resulta não apenas em custos ou benefícios individuais, mas também custos ou benefícios para terceiros, haverá uma externalidade positiva ou negativa.

Se essas externalidades produzem algum tipo de benefício, estaremos diante de uma externalidade positiva. Se forem transmitidos custos, teremos uma externalidade negativa.

No primeiro caso, haverá externalidade positiva, quando uma fábrica instalada em uma região, com baixo nível de instrução da comunidade, promover programas de capacitação de recursos humanos. Com a melhoria no nível geral de conhecimento da comunidade, alguns desses trabalhadores poderão se tornar vereadores, coordenadores de programas municipais ou mesmo trabalhar em outras fábricas que venham a se instalar no local.¹⁹

¹⁸ SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 72.

¹⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 155.

A externalidade negativa, por outro lado, pode ser observada no seguinte caso. Um agricultor, que, na produção de hortifrutigranjeiros, utilize inseticidas e depois descarte os dejetos contaminados no leito do rio, não considera na formação do seu preço os custos suportados por uma indústria de refrigerantes vizinha no tratamento deste mesmo rio, utilizado na produção do seu refrigerante. Também não computa os custos suportados por toda a comunidade em volta do rio, que utilizam o mesmo para suas atividades. Trata-se da externalidade negativa.

Na perspectiva unicamente da fábrica de refrigerantes, uma possível solução para a externalidade gerada seria o produtor se mudar para outro local, ou alternativamente o fabricante se mudar. Mas pode ocorrer que os custos para a mudança tanto do agricultor, quanto da fábrica sejam altos demais para esta alternativa. Neste caso, a fábrica de refrigerantes poderia estar disposta a pagar ao agricultor para que este não mais despeje os dejetos no leito do rio, em um valor compatível com os benefícios advindos dessa negociação. Seja como for, se não houve negociação entre as partes, provavelmente a externalidade persistirá. Caso não haja impedimento para essa negociação, então os custos de transação são iguais a zero.

Por outro lado, uma negociação com a comunidade certamente será mais difícil, visto que o agricultor terá que negociar individualmente com cada um dos cidadãos lindeiros ao rio. Neste caso, os custos de transação não serão mais desprezíveis. No entanto, os custos de transação existentes podem eventualmente ser diminuídos, caso a população lindeira forme uma associação de moradores para negociar com o agricultor. Isso dependerá da forma estabelecida para tomada de decisões da associação. Para negociação deverá haver votação unânime? Ou apenas 2/3 da comunidade precisa concordar com a negociação entabulada? Ou ainda, é necessário somente maioria simples? A regra estabelecida na tomada de decisão certamente terá impacto direto nos custos de transação.²⁰

Coase fornece uma análise geral das externalidades em *The problem of social cost*, seu importante ensaio de 1960. Ele defende três ideias fundamentais. A primeira, é que as externalidades são recíprocas. A segunda, diz que as externalidades persistem apenas se os custos de

²⁰ TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68-69.

transação são altos. E, finalmente, se os custos de transação são baixos, os processos mercadológicos levarão aos mesmos resultados eficientes, independentemente da atribuição dos direitos de propriedade.

3.3 Externalidades e o direito

Como mencionado acima, as externalidades somente tendem a persistir se os custos de transação forem altos, se forem baixos, a tendência é que o próprio mercado absorva estes custos. Contudo, se este não for o caso, ou ainda se os custos de transação para internalização das externalidades forem muito altos, é de se imaginar que seja necessário implantar mecanismos aptos e hábeis, para a solução desses efeitos, impondo-se ao próprio gerador da externalidade a obrigação de suportar os custos externos.

Nesta seara, as normas jurídicas ganham grande relevância na medida em que serem de instrumentos para a internalização destes custos ou mesmo impedem sua geração.

Em excelente medida Nusdeo demonstrou que “uma notável reação do Direito aos generalizadores efeitos externos das atividades econômicas veio a ser a elaboração do conceito de Interesse Difuso”.²¹

De acordo com o autor, os exemplos de interesses difusos prendem-se em sua maioria à figura das externalidades. Há que se destacar, entretanto, que o rol é muito mais amplo do que este. Em termos correlatos, não apenas os interesses difusos, mas os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos estão ligados à externalidade.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 81, define o que pode ser entendido por Interesse Difuso, Direito Coletivo e Direito Individual Homogêneo.

Os interesses ou direitos difusos podem ser entendidos como os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Por exemplo, é interesse difuso a proteção ao meio ambiente, aos consumidores, bens e direitos de valor artístico, paisagístico, cultural, histórico, à ordem urbanística, etc.

²¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 159.

Nos casos em que a externalidade gerada por uma atividade econômica atinge um interesse difuso qualquer, o meio ambiente, por exemplo, o direito brasileiro previu, através da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), um instrumento adequado para imputar uma obrigação de reparar o dano (internalizar a externalidade) e/ou determinar que o agente causador da externalidade deixe de gerá-la. O mesmo ocorre para os direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

Os interesses ou direitos coletivos podem ser entendidos como os direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos devem ser entendidos como os decorrentes de origem comum. Por serem homogêneos, a lei admite proteção coletiva, uma única ação e uma única sentença para resolver um problema individual que possui uma tutela coletiva.

Neste ponto, é importante ressaltar que, em havendo a geração de uma externalidade, pode ser que ela esteja atingindo não apenas uma dessas categorias de direitos protegidos, mas sim, eventualmente, todos sendo atingidos em certa medida.

O agricultor, que depois joga os dejetos contaminados com inseticida no leito do rio, estará atingindo não apenas o interesse difuso, no que tange ao meio ambiente, mas também o interesse individual homogêneo, com relação aos pescadores que utilizam o rio para a prática pesqueira, ou ainda um interesse coletivo, caso houvesse uma cooperativa de pescadores instalada no local.

Em qualquer dos casos, o direito está autorizado a agir para cessar a externalidade gerada ou para que o agente causador internalize sua externalidade.

4 Desenvolvimento econômico e socioambiental

Há outros casos, ainda, em que o direito servirá para evitar ou diminuir a criação da externalidade. Nesta trilha, ramos do direito, como o Direito Urbanístico e o Direito Ambiental, servem como instrumentos para organizar e regulamentar a atividade produtiva, de tal forma que as externalidades sejam reduzidas ou suprimidas. O Direito Urbanístico

procura organizar as atividades econômicas de maneira a reduzir a interferência de uma sobre as outras e sobre a população em geral, especialmente delimitando áreas para que o processo produtivo possa ser levado a cabo, sem que a poluição por elas gerada interfira na atividade das demais ou na vida cotidiana dos cidadãos.

O Direito Ambiental ingressa como instrumento para controle na utilização dos recursos naturais, sempre escassos, ou ainda como meio a impedir a geração de externalidades. Impede sua geração sempre que proíbe a fabricação de produtos nocivos ao meio ambiente, como os que continham clorofluorcarboneto (CFC), ou ainda quando proíbe atividades extrativistas, dentre outras hipóteses. Controlam a utilização dos recursos ambientais, por exemplo, através do Princípio do Poluidor Pagador, com a imposição de taxa para o exercício de atividades potencialmente poluidoras, auxiliando o governo com os recursos necessários para dar azo às políticas de controle ao meio ambiente.

Seja como for, fica claro o papel relevante da análise econômica do direito, no mundo atual, e os impactos que o direito tem para a redução dos custos de transação e sobre o comportamento dos agentes econômicos.

O ponto que merece ser destacado converge para encontrar-se o ótimo de Pareto, em relação ao equilíbrio entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento socioambiental. Traçar o paralelo entre a análise econômica do direito, desenvolvimento econômico e necessidade de pensar em desenvolvimento socioambiental se presta a fim de concluir até que ponto se mostra interessante ambientalmente promover o desenvolvimento exclusivamente econômico, desconsiderando externalidades ambientais negativas.

É salutar imaginar que a economia regula a distribuição de recursos escassos, de forma que é até redundante e óbvio aduzir que os recursos naturais são finitos e, portanto, demandam uma atuação econômica para sua distribuição de forma racional e não apenas utilizando-se de critérios econômicos advindos ou das ciências econômicas ou da AED.

Assim como com o desenvolvimento das ciências houve a necessidade de analisar o direito, sob uma ótica econômica, situação que, sem sombras de dúvida, possui sua importância não só científica mas pragmática, a ponto de fazer com que normas jurídicas sejam feitas para pautar comportamentos utilizando-se de critérios econômicos, a mesma lógica não se presta para a análise, se determinado desenvolvimento econômico é suficientemente um desenvolvimento socioambiental positivo.

A atividade industrial pode muito bem ser capaz de alterar a realidade do homem. Ocorre que caso o homem pretenda continuar sua jornada no planeta Terra, o risco de manutenção de um ambiente altamente e progressivamente cada vez mais artificial, não pode ser ignorado a ponto de ser importante suficientemente para tomada de decisões, que envolvam desenvolvimento econômico e socioambiental.²²

O desenvolvimento de uma economia de mercado, que cria possibilidade de desenvolvimento da Revolução Industrial, dá espaço ao desenvolvimento de pensamento científico consoante a orientação econômica. Tanto é que se constata a importância da análise econômica do direito, conforme previamente apresentado. O pensamento econômico, sendo colocado como os incentivos a serem perseguidos pela economia de mercado, justifica a forma como se via e se pensava em termos de desenvolvimento estritamente econômico.²³

Constata-se a evolução do pensamento científico para a denominada economia ambiental, através da qual se tenta ponderar as externalidades negativas provocadas pelo desenvolvimento econômico, com a necessidade de cuidar-se de um desenvolvimento socioambiental.²⁴

Nesse ponto de congruência, a identidade entre o objeto estudado e a correta definição de termos se mostra fulcral ao correto entendimento da necessidade posta a lume.

Cabe remetermo-nos à filosofia de Kuhn, através da qual referido filósofo analisa a afirmação de que o mesmo cientista pode perfeitamente ser afeto a dois ramos científicos distintos, situação que lhe será possível, mediante o correto aprendizado da linguagem dominante em cada ramo do conhecimento analisado.²⁵

²² POLANYI, Karl. *Our obsolete market economy: civilization must find a new thought pattern*, 1947. p. 110. Disponível em: <<http://www.ocf.berkeley.edu/~immer/polanyiobsolete.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

²³ POLANYI, Karl. *Our obsolete market economy: civilization must find a new thought pattern*, 1947. p. 110. Disponível em: <<http://www.ocf.berkeley.edu/~immer/polanyiobsolete.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

²⁴ SARTORI; Liane Pioner; GEWEHR, Lilian. O crescimento econômico e as consequências das externalidades ambientais negativas decorrentes do processo produtivo. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba. v. 2, n. 2, p. 447, jul./dez. 2011.

²⁵ MENDONÇA, André Luis de Oliveira; VIDEIRA, Antonio Augusto Passos. Progresso científico e incomensurabilidade em Thomas Kuhn. *Scientle Studia*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 179, 2007.

Para o correto entendimento entre o desenvolvimento econômico, com observância ao desenvolvimento socioambiental, deve-se entender que não basta a internalização dos custos de transação advindos de uma externalidade negativa, pois não é possível o reestabelecimento do *status quo ante* em se tratando de degradação ambiental.

É mister, nesse ponto, utilizar-se como referência os potenciais danos ao meio ambiente advindos do início de determinada atividade econômica em antinomia à possibilidade de auferir-se lucro da mesma atividade, tendo-se à guisa de conclusão que, por mais que a atividade seja lucrativa economicamente, caso promova a degradação ambiental não será ambientalmente eficiente.

A desconsideração em relação as externalidades negativas ambientais originadas em prol do desenvolvimento econômico, pensado de forma isolada, pode acarretar a redução dos recursos naturais a ponto de inviabilizar, inclusive, o próprio desenvolvimento econômico. É de salutar que a utilização, pelo Poder Público, de indicadores capazes de considerar a degradação ambiental, se torna uma demanda cada vez mais necessária em meio à realidade atual. Nesse sentido, Sachs aponta a necessidade de enfoque de custo-benefício social, em detrimento de análise de indicadores meramente econômicos, como, por exemplo, Produto Interno Bruto, em completa desconsideração com o impacto ambiental causado pelas externalidades negativas de atividade econômica.²⁶

A doutrina liberal econômica representou uma quebra de paradigma em relação aos meios de produção e tradição social, na época de sua ocorrência, fazendo com que mercados anteriormente isolados se tornassem um sistema intrincado e correlato, em nível mundial, trazendo a reboque uma nova forma social enraizada em critérios meramente econômicos.

Determinada comunidade científica utiliza o mesmo paradigma reiteradas vezes, a partir do momento em que se torna aplicável a diversas possibilidades de problemas e apresenta-se, a partir de então, soluções previsíveis e aceitáveis, fazendo com que haja tanto segmentação de aplicação quanto negação à abrangência do alcance do estudo.²⁷ O

²⁶ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconômica: teoria e prática do desenvolvimento*. (Coletânea organizada por Paulo Freire Vieira. São Paulo: Cortez, 2007. p. 33 ss.

²⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 60.

cientista, por sua vez, deve preocupar-se em analisar e compreender a realidade que o cerca, de forma expansiva, não apenas condicionado ou amarrado a conceitos e regras preordenadas. A partir de então, caso vislumbre situação nebulosa, deve encarar o desafio, a fim de perceber novamente a realidade posta a sua frente, com base, agora, em novos paradigmas, por mais que não guardem lembrança com o passado recente.²⁸

O desenvolvimento econômico foi proporcionado, em larga escala, pela viabilidade da utilização de mercados e, em paralelo, a utilização da legalização de uma economia, através da criação de leis que suportem o modelo de exploração natural.

A premissa em jogo é justamente a satisfação das necessidades do homem, como ser vivo inserido em um contexto global. Ocorre que o cenário, no qual o homem está compreendido, vai muito além da simples exploração econômica de recursos naturais necessários à satisfação de suas necessidades, e deve ser compreendido dimensão além da simples dimensão econômica. A partir da concepção do homem como ser vivo, e a partir da percepção de exploração dos recursos naturais, em conjunto com demais seres vivos, evidencia-se a existência não só de interdependência, mas também a necessidade de preservação do ambiente.²⁹

Assim, a perspectiva, na linha do pensamento de Kuhn, deve ultrapassar a observação estritamente econômica e evoluir à preocupação ecológica do desenvolvimento econômico, a fim de que a exploração ambiental não seja a tal ponto prejudicial à harmonia da biosfera.³⁰

Nesse passo, a intenção do Estado brasileiro, em promover o desenvolvimento econômico, deve estar em sintonia com ações que igualmente respeitem o meio ambiente, a ponto de gerar de forma concomitante o desenvolvimento socioambiental, como no caso de transformação de lixo em circulação de riquezas pela reciclagem, compostagem ou produção de energia.³¹

²⁸ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 65.

²⁹ ROSA, Teresa da Silva. Os fundamentos do pensamento ecológico do desenvolvimento. In: VEIGA, José Eli da (Org.). *Economia socioambiental*. São Paulo: Senac, 2009. p. 30.

³⁰ Idem.

³¹ SACHS, op. cit., p. 97.

A promoção de riquezas não deve cingir-se apenas a modelos econômicos importados de países desenvolvidos e aplicados, em sua integralidade, em países em desenvolvimento. A busca de como concretizar desenvolvimento socioambiental com o econômico deve ser idealizada consoante características próprias e de acordo com a exploração racional de nosso meio ambiente, levando em consideração as idiosincrasias nas quais estamos inseridos.³²

É importante correlacionar ao desenvolvimento econômico, marca da evolução do pensamento durante o século XX, que aqui encontra sua máxima na exposição dos princípios da Análise Econômica do Direito, a necessidade do desenvolvimento sustentável, enquanto princípio norteador da ordem econômica, conforme disposto pelo inc. VI do art. 170, da Constituição Federal, ao estabelecer a necessidade de se observar a defesa do meio ambiente nas atividades econômicas.

Assim, desenvolvimento sustentável pode ser entendido como um feixe de princípios e ideias que, aplicado em conjunto, permite a ocorrência de desenvolvimento sem prejuízo às necessidades futuras. Diz respeito à sustentabilidade social, econômica, ecológica, geográfica e cultural, como forma de direcionar o desenvolvimento econômico, para que as externalidades ambientais sejam corretamente administradas, sem que se verifique efeito degradador ao meio ambiente.³³

5 Conclusão

O presente estudo apresenta, de forma sucinta e sem interesse no esgotamento da matéria, a evolução do pensamento econômico e sua importante relação com o direito, a partir do desenvolvimento da análise econômica do direito. Passa assim a demonstrar que o desenvolvimento ocorrido no século XXI preocupou-se mais ordinariamente com a economia e a maximização das riquezas.

Ocorre que, a partir da atividade econômica, percebe-se a ocorrência de suas externalidades ambientais provocando, mesmo que de forma paradoxal, de um lado o avanço econômico e do outro a degradação do meio ambiente.

³² Idem.

³³ YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. Os desafios à construção da sustentabilidade ecológica, econômica e social na realidade brasileira e o papel dos múltiplos atores. In: GALLI, Alessandra. *Direito Socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 316.

A tônica deve seguir com a preocupação com a evolução de forma coerente, do desenvolvimento econômico, associado ao desenvolvimento ambiental, com promoção econômica de atividades que viabilizem a preservação e que respeitem o direito difuso ao meio ambiente equilibrado, o que é, inclusive, uma previsão constitucional da ordem econômica.

Parece, portanto, acertada a compreensão da filosofia de Kuhn quanto à evolução dos paradigmas da ciência normal, ou seja, a necessidade de desenvolvimento das ciências ponto que o paradigma, tido como aceito e como regra à solução dos problemas sociais – necessidade de desenvolvimento econômico –, evolua para a compreensão da necessidade de aliar o desenvolvimento sustentável, como critério de escolha das atividades econômicas que, predominantemente, serão fomentadas pelo Estado brasileiro, havendo a quebra do paradigma dos incentivos meramente econômicos com os incentivos ambientais, para fins de desenvolvimento de atividade econômica aliada ao desenvolvimento sustentável.

Referências

BERGH, Roger Van den et al. The Impact of Guido Calabresi on Law and Economics Scholarship. *Erasmus Law Review*. Erasmus Universiteit Rotterdam, v. 1, issue 4, 2008. Disponível em: <http://www.erasmuslawreview.nl/past_issues/volume01issue04/complete-issue.pdf> Acesso em: 6 out. 2014.

COASE, R. H. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COASE, R. H. The problem of social costs. *Journal of Law and Economics*, Chicago: New Series, v. 3, p. 1-44, 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Addison-Wesley Series in Economics, 2011.

FRIEDMAN, David D. *Laws order: what economics has to do with law and why does it matters*. New Jersey: Princeton University Press. 2001.

GEWEHR, Lilian; SARTORI, Liane Pioner. O crescimento econômico e as consequências das externalidades ambientais negativas decorrentes do processo produtivo. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 439-457, jul./dez. 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *The contribution of Douglas North to new institutional economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MENDONÇA, André Luis de Oliveira; VIDEIRA, Antonio Augusto Passos. Progresso científico e incomensurabilidade em Thomas Kuhn. *Scientle Studia*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 16-183, 2007.

MILLER, Geoffrey P. *Law and economics versus economic analysis of law*. New York: New York University Law and Economics Working Papers. Paper 264, 2011.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLANYI, Karl. *Our obsolete market economy: civilization must find a new thought pattern*. 1947. Disponível em: <<http://www.ocf.berkeley.edu/~immer/polanyiobsolete.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

ROSA, Teresa da Silva. Os fundamentos do pensamento ecológico do desenvolvimento. In: VEIGA, José Eli da (Org.). *Economia socioambiental*. São Paulo: Senac, 2009.

SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconômica: teoria e prática do desenvolvimento*. Coletânea organizada por Paulo Freire Vieira. São Paulo: Cortez, 2007.

SARTORI; Liane Pioner; GEWEHR, Lilian. O crescimento econômico e as consequências das externalidades ambientais negativas decorrentes do processo produtivo. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba. v. 2, n. 2, p. 439-458, jul./dez. 2011.

SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. *Revisiting legal realism: the law economics, and organization perspective*. California: Oxford University Press, 1996. p. 383-415.

YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. Os desafios à construção da sustentabilidade ecológica, econômica e social na realidade brasileira e o papel dos múltiplos atores. In: GALLI, Alessandra. *Direito socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas*. Curitiba: Juruá, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.