

OS INSTITUTOS JURÍDICOS E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Uma Abordagem da Análise Econômica do Direito

Claudio Lira

Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Especialista, Graduado em Direito e em Ciências Contábeis pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo, Professor Universitário das Faculdades Integradas Machado de Assis e servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. cllira@mp.rs.gov.br

Filipe Molinar Machado

Mestrando em Engenharia da Produção, Especialista em Administração Pública e Professor Universitário da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. fmacmec@gmail.com

Luis Cláudio Villani Ortiz

Mestre em Economia e Professor Universitário Fundação Educacional Machado de Assis – Santa Rosa/RS e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Frederico Westphalen/RS. lcortiz@terra.com.br

Resumo

O presente trabalho objetiva apresentar o arcabouço teórico das Teorias Institucionais e Neoinstitucionais, formuladas por economistas, e aplicá-las sob o olhar da Análise Econômica do Direito no que diz respeito ao papel das regras e instituições jurídicas (aqui tratadas simplesmente como institutos jurídicos), nas ações dos agentes econômicos e nas suas relações. Todas as relações econômicas possuem custos nas suas realizações, comumente denominados de Custos de Transação, e, quando os mesmos são minimizados, as relações comerciais são potencializadas, favorecendo o desenvolvimento econômico da sociedade. As regras jurídicas e o Judiciário possuem papel relevante na determinação desses Custos de Transação e, dessa forma, contribuindo para o desenvolvimento econômico.

Palavras-chave

Análise econômica do Direito. Custos de transação. Segurança Jurídica. Contratos. Desenvolvimento econômico.

INSTITUTES LEGAL AND TRANSACTION COSTS

An approach of Economic Analysis of Law

Abstract

This study aims to present the theoretical framework of the Institutional and New Institutional Theories formulated by economists and to apply them in the light of the Economic Analysis of Law, as regards the role of legal rules and legal principles (herein denominated simply as legal institutions) in the actions of economic agents and their relationships. All economic relationships incur costs in their implementation, commonly called Transaction Costs, and when they are minimized, trade relations are enhanced, promoting the economic development of society. Legal rules and the judiciary have an important role in the determination of these Transaction Costs and thereby in contributing to economic development.

Keywords

Economic Analysis of Law. Transaction costs. Security legal. Contracts. Economic development.

Sumário

1 Institutos Jurídicos e Economia. 2 A Abordagem Neoinstitucionalista e a Relevância Econômica do Direito. 3 A Função Econômica do Judiciário. 4 Conclusão. 5 Referências

1 INSTITUTOS JURÍDICOS E ECONOMIA

As sociedades necessitam de um sistema jurídico objetivando o estabelecimento de regras de convivência. Tais regras são restrições institucionais formais que restringem o conjunto de possibilidades de cada um de seus integrantes. É notória a ideia de que, para alcançar o desenvolvimento econômico sustentável, faz-se necessário que as sociedades desenvolvam e mantenham um sistema jurídico que funcione bem e dê sustentação a um bom sistema de governança (Dam, 2006).

É baseado nesses prismas que a Análise Econômica do Direito (AED) centra suas análises e teorias buscando demonstrar o olhar que a economia faz sobre as regras jurídicas e suas instituições. Essa outra visão que a AED fornece, nos dizeres de Borin e Ortiz (2011), permite avaliar as normas e decisões judiciais com a pretensão de ser um instrumento de apoio ao mundo jurídico por meio da aplicação dos métodos econômicos, buscando compreender os efeitos das normas jurídicas sobre os comportamentos dos agentes e determinar se tais efeitos são socialmente desejáveis.

Os primeiros estudos da economia tratando conjunto de regras jurídicas como um bem capital, com características de bem público, é o trabalho de Buchanan (2000). Para ele, os benefícios decorrentes da criação de uma regra jurídica não são auferidos apenas em um período, mas continuamente no futuro. O principal objetivo de se adotar leis seria restringir comportamentos em períodos futuros; restrições que, por sua vez, quando impostas a toda coletividade, permitiriam o planejamento incorporador de previsões mais acuradas, possibilitando que os agentes ajam de forma racional. O direito seria, portanto, um bem durável, cuja utilidade se usufrui no decorrer do tempo (Buchanan, 2000, p. 99).

Nesse contexto as regras jurídicas seriam também resultado de instituições formais e informais (North, 1990), que são geralmente representações da estrutura social de cada povo. No Brasil, ainda é incipiente o debate acerca

de como ocorre o processo de formação de tais instituições, bem como a relação entre custos e benefícios sociais de tais empreendimentos coletivos e qual suas funções e contribuições na busca pelo desenvolvimento.

Do ponto de vista das instituições formais, há pouca pesquisa acerca de como os agentes sociais se mobilizam para a criação de regras de direito e quais as estruturas de incentivos necessárias para que isso ocorra. Assim, o Judiciário desempenha um papel significativo, pois o sistema legal de uma sociedade é estruturado sobre essa organização e seu desempenho pode determinar o grau de eficiência do sistema de governança da sociedade. Há evidências empíricas persuasivas de que sistemas judiciais bem-estruturados contribuem para o crescimento econômico (Sherwood; Shepherd; Souza, 1994; Pinheiro, 1996).

Nesse sentido, o grau de eficácia das instituições jurídicas e das regras está intimamente ligado à forma como ambos determinam comportamentos dos agentes. Uma regra jurídica meramente nominal (a famosa lei que não pegou) não constitui, portanto, capital jurídico ou, se constitui, sua utilidade é nula ou, possivelmente, negativa.

2 A ABORDAGEM NEOINSTITUCIONALISTA E A RELEVÂNCIA ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito se fundamenta basicamente no estudo dos incentivos para as condutas humanas. O direito, por sua vez, pode ser considerado como uma técnica institucional de controle do comportamento humano pelo uso da força estatal (em contraposição ao uso de pressão social ou moral). Sendo assim, conforme Gico Jr.:

A Análise Econômica do direito nada mais é do que a utilização do ferramental teórico econômico para estudar os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico (2012, p.6).

Nas sociedades modernas, o direito constitui um dos mais importantes instrumentos de alteração da estrutura de incentivos dos agentes econômicos, logo, de seu comportamento. A relação entre direito e desempenho econômico, portanto, parece ser óbvia. Algumas questões, contudo, não contribuíram para que os estudos dessa relação se desenvolvessem adequadamente: a falta de foco do *mainstream* econômico para com as instituições formais e informais e sua importância no desenvolvimento econômico das nações (North, 1990) e a carência de consenso na literatura econômica sobre as variáveis relevantes para o crescimento (Easterly, 2002).

De acordo com a economia evolutiva, tradição iniciada na década de 50 do século 20 (Alchian, 1950 apud Gico Jr., 2012), os mercados competitivos tenderiam à eficiência e, da mesma forma, à geração de instituições eficientes. A presença de escassez geraria concorrência; esta a seu turno premiaria as instituições eficientes e eliminaria, no longo prazo, instituições incapazes de satisfazer plenamente as necessidades humanas. A racionalidade dos agentes econômicos, selecionados pela concorrência, cumulada com forte retorno (*feed-back*) informacional e a arbitragem nos mercados competitivos, seriam suficientes para corrigir eventuais comportamentos desviantes (ineficientes) e superar atritos.

Nesse contexto da posição evolutiva, o direito e outras instituições seriam irrelevantes para a análise econômica, pois, independentemente dos arranjos institucionais iniciais, estes se desenvolveriam em direção à eficiência no longo prazo.

O problema dessa abordagem é que ela superestima a capacidade dos citados mecanismos sem superar os custos de transação presentes em mercados reais (North, 2007; Williamson, 1975 apud Ortiz, 2002). As informações são caras, logo os agentes decidem com base em informações não perfeitas, apesar do retorno informacional, o que pode gerar comportamentos ineficientes. Além disso, os modelos neoclássicos tradicionais não costumam levar em consideração a possível divergência entre incentivos individuais e

coletivos (Olson, 1965, 1982 apud Ortiz 2002) e os possíveis comportamentos oportunistas (*rent seeking*¹) resultantes, tanto dessa divergência quanto da assimetria de informações.

Na economia clássica as instituições são tratadas como variáveis exógenas, isto é, como modelo; as instituições de um país são parâmetros a partir dos quais se identificam as condições de equilíbrio e maximização. Para Douglas North (1990), não obstante a teoria neoclássica ter sido uma grande contribuição para o conhecimento humano e funcionar bem na análise de mercados competitivos em países desenvolvidos, ela é de pouca utilidade para a compreensão de mercados em outro estágio de desenvolvimento, como nos países emergentes, por exemplo.

Na escola Neoinstitucional, as instituições são formais (direito) e informais (normas sociais e morais), bem como a inter-relação entre elas, que define a estrutura de incentivos das sociedades e, portanto, modela o comportamento dos agentes econômicos (North, 1990). Em outras palavras, são as estruturas políticas, sociais e jurídicas que determinam as bases da produção, da troca e da distribuição (Williamson, 1999).

North (1990) na tentativa de explicar a razão de alguns países se desenvolverem economicamente e outros não, tenta aprimorar o modelo neoclássico mantendo o pressuposto da escassez e, portanto, da existência de concorrência e o ferramental analítico da teoria microeconômica. Da mesma forma, modifica o pressuposto da racionalidade para limitá-la e incluir o elemento tempo. Com relação à motivação dos agentes econômicos, tradicionalmente restrita à maximização de riqueza pelos neoclássicos (North, 1990), tenta incorporar outras fontes, como o altruísmo, as ideologias e as restrições auto impostas, por

¹ Entendido na economia como a alocação de recursos visando a enriquecer a própria pessoa ao aumentar a sua participação em uma quantidade fixa de riqueza ao invés de tentar criar riqueza para o conjunto da sociedade. Considerando que os recursos são gastos, mas nenhuma riqueza é criada, o efeito líquido do *rent-seeking* é reduzir a soma da riqueza social.

meio da introdução do conceito de custo de transação. A questão é, portanto, a função utilidade dos indivíduos, aqui incluindo todas as novas motivações e não apenas a maximização de riqueza *stricto sensu*.

Nessa abordagem, concebem-se tanto mercados econômicos quanto organizações sociopolíticas, e estabelecem-se os preços de se impor certas ideias. As instituições que levariam um país ao desenvolvimento seriam aquelas capazes de reduzir os custos de transação, presentes em economias reais (Coase, 1991b), de maneira a aproximar o mais possível tal país do modelo de mercado perfeito.

Além da ampliação da motivação, North (1990) critica o pressuposto de racionalidade substantiva dos agentes econômicos e a capacidade de processamento de informações dos indivíduos. Ao adotarem esse pressuposto, os neoclássicos supõem:

- todas as informações necessárias para os agentes maximizarem suas funções/ utilidades estarão disponíveis a custo zero e
- os agentes são capazes de processá-las de forma maximizadora.

Para North (1990), os agentes possuem racionalidade limitada, o que significa simultaneamente incapacidade de obter todas as informações e de processar as disponíveis e, por isso, realizam não opções maximizadoras, mas a melhor opção possível identificada pela sua capacidade limitada de ver o mundo (modelo mental). Mesmo dentro desse contexto, no entanto, tal comportamento pode ser compreendido como maximizador, desde que consideradas essas restrições.

Sob esse cenário, tanto a informação quanto os direitos (*enforcement*) representam custos de transação que incorporam ambos os custos de estimação, entendimento e os custos de controle/fiscalização. Em um contexto em que os custos de transação podem interferir sobre o nível de eficiência, é natural que surjam instituições econômicas, sociais e políticas que permitam a minoração desses custos, de forma a facilitar a maximização pelos agentes.

Por isso, as instituições são tidas como endógenas e imprescindíveis para explicar o desenvolvimento das nações (Greif; Latin, 2004 apud Gico Jr., 2012). O desenvolvimento, por sua vez, pode ser compreendido, ao menos em parte, pela análise da história de redução dos custos de transação de cada sociedade e dos custos de produção associados às inovações tecnológicas.

A justificativa da existência das instituições seria, então, reduzir as incertezas em mercados imperfeitos. Quanto mais uma economia conseguisse reduzir seus custos e se aproximar do modelo de concorrência perfeita, mais apresentaria bom desempenho. Após estabelecer tais pressupostos, North (1990) indaga as razões pelas quais – a) mesmo tendo o custo da informação caído no mundo – as economias continuam a ter desempenhos díspares; além das (b) razões pelas quais, uma vez identificadas as matrizes institucionais “vencedoras”, os demais países subdesenvolvidos não as adotam.

De acordo com Gico Jr. (2012), estas perguntas podem ser respondidas com os conceitos de dependência de trajetória (*path dependence*) e travamento (*lock in*), que geram mecanismos auto-reforçantes. O travamento ocorre porque instituições são criadas por quem detém poder de barganha e não são elaboradas necessariamente em prol do bem-estar social. Já a dependência de trajetória decorre da existência de mercados imperfeitos e da presença de retornos institucionais crescentes e incentivos para que persistam.

A tese de North (1990), conhecida como neoinstitucionalismo ambiental, é muito ampla e focada em macro agentes ou organizações, sem preocupação com o funcionamento interno de cada um (Hodgson, 2006 apud Ortiz, 2002). Tem-se a abordagem de Williamson (1999), conhecida como neoinstitucionalismo de governança, cujo principal foco é a transação ou troca em si e é a melhor forma institucional de resolver vários problemas. Nas palavras do próprio Williamson (1999):

Como vem se revelando, a Nova Economia Institucional não oferece uma única, mas sim várias perspectivas (relacionadas). A principal divisão se estabelece entre a abordagem focada no ambiente institucional,

que é mais uma macro perspectiva preocupada com as regras políticas e jurídicas do jogo, e a focada nas instituições de governança, que é uma micro perspectiva que lida com as empresas e modelos de mercado contratuais e organizacionais. Sucintamente, o grande diferencial sobre ambas é que a primeira é mais relevante para pesquisas sobre o desenvolvimento econômico e reformas. (1999, p.351)

O homem da economia dos custos de transação é o “homem contratual”, que não possui as características comportamentais maximizadoras abstratas da concepção neoclássica. Para ele, o grande foco da organização econômica deve ser criar instituições que permitam a contratação livre de comportamentos oportunistas, minimizando custos *ex ante* – contingências – e custos *ex post* – negociação. Além disso, a busca pela maximização de sua utilidade é incrementada a ponto de, na presença de assimetria de informações, dar margem a ações oportunistas (Williamson1999).

A abordagem de Williamson (1999) tem sempre como alicerce o bloco fundamental das transações, os custos de transação envolvidos e os mecanismos institucionais desenvolvidos para reduzir ou eliminar cada custo e a possibilidade de oportunismos associada. Considerando que o objetivo é maximizar o potencial efeito de reformas econômicas, toda e qualquer medida deve ser tomados simultaneamente, levando-se em consideração os micro e macro cosmos envolvidos.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, tanto do ponto de vista macro, enquanto organização, quanto do ponto de vista micro, enquanto conjunto de regras processuais estabelece os incentivos aos agentes (magistrados e partes).

Tais incentivos instituem custos de transação e, portanto, a possibilidade de comportamentos ineficientes, os quais passam a ser essenciais para o desenvolvimento econômico de um país. Há instituições capazes de reduzir tais custos de maneira a aproximar os mercados imperfeitos do modelo competitivo.

Se instituições importam, o direito importa e muito. Assim, entende-se que o direito pode desempenhar papel relevante na redução de custos de transação. Em princípio, podemos identificar dois vieses dessa função (North, 1990):

- o direito como mecanismo social de implementação coercitiva de decisões políticas, i.e., políticas públicas tendentes a superar o problema da ação coletiva no fornecimento de bens públicos pela convergência coercitiva de interesses;
- o direito como redutor de custos de transação em negociações privadas.

3 A FUNÇÃO ECONÔMICA DO JUDICIÁRIO

O conflito do desenvolvimento econômico é dentro das possibilidades tecnológicas e das dotações disponíveis, de criar um ambiente institucional que fomente a cooperação, aqui entendida como a coordenação de atividades produtivas entre os agentes e trocas voluntárias. Essa abordagem possui um aspecto privado e outro público.

Do ponto de vista privado, os agentes precisam desenvolver regras que os permitam migrar do estado da natureza para a sociedade civil. No primeiro, cada indivíduo deve instituir continuamente a alocação dos recursos disponíveis entre atividades produtivas (caça, coleta, plantio) e atividades distributivas (doar, roubar, matar). A alocação ótima de recursos dependerá das características pessoais (força, agilidade, altura, saúde) e ambientais (fartura, família, presença de predadores) de cada agente. No estado da natureza, recursos devem, portanto, ser alocados entre a produção e predação (atividades distributivas involuntárias). Como as atividades predatórias e de defesa não produzem qualquer riqueza, isto é, são atividades meramente redistributivas, todos os recursos a elas alocados são desperdiçados do ponto de vista social, ou seja, reduzem o bem-estar social (Gico Jr., 2012).

Assim, vislumbra-se a possibilidade de que trocas coercitivas gerem bem-estar social líquido positivo, desde que o expropriador atribua mais utilidade ao bem que o expropriado. Se, todavia, trocas coercitivas fossem permitidas, considerando que não é possível a comparação intersubjetiva de utilidade, mesmo aqueles o qual atribuem menor valor ao bem que o detentor original teriam incentivos para falsear sua valorização dizendo que o valorizam mais, no intuito de adquiri-lo. Esse comportamento oportunista se repetiria, ressurgindo os incentivos para alocar recursos entre atividades predatórias e defensivas. Estaríamos de volta ao estado da natureza. Assim, é a presença de trocas voluntárias (livres de ameaça e coerção) que garante que ambos os agentes estão se beneficiando da troca e, portanto, que o bem-estar social aumenta.

Em um cenário de trocas voluntárias, produtores e predadores poderiam melhorar sua situação se encontrassem uma forma crível de cooperar e alocassem os recursos antes destinados à predação e à proteção de atividades produtivas. Tal alocação geraria um excedente que poderia, então, ser compartilhado entre ambos os grupos de acordo com alguma regra distributiva. Obviamente, a distribuição do excedente cooperativo dependeria do poder de barganha de cada agente, mas independentemente da distribuição, essa cooperação seria Pareto-eficiente.²

Esse estado de interação é o que se convencionou chamar de sociedade civil e pressupõe, necessariamente, a presença de regras impostas aos agentes por alguma organização. Nas sociedades modernas, a organização que elabora

² Conceito econômico desenvolvido por Vilfredo Pareto para designar uma situação econômica ótima. No sentido de Pareto a eficiência é a condição de maximização do bem estar dos agentes, quando todos são beneficiados (melhor condição). A condição Ótimo de Pareto é o contexto no qual não é possível melhorar a situação do grupo (mais genericamente, a maximização de utilidade de um agente), sem levar obrigatoriamente a degradação da situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico – a melhora para um(uns) acarreta em perda para outro(s).

e impõe essas regras é chamado Estado. Não é necessário que seja democrática para gerar bem-estar social, basta que haja a conversão do estado da natureza para a sociedade civil.

Como demonstra Gico Jr. (2012), essas regras de convivência que se diferenciam da moral e dos costumes e são impostas pelo Estado, se convencionou chamar direito (instituição formal). O primeiro instrumento para criar um compromisso crível de cooperação e superar o estado de natureza foi o estabelecimento do direito de propriedade. Com o estabelecimento e reconhecimento desse direito, a cada agente é informado de maneira clara e precisa o que a coletividade reconhece como lhe pertencendo, logo, sobre quais recursos pode exercer seu domínio.

A definição clara do direito de propriedade de cada indivíduo libera recursos das atividades de predação e proteção gerando excedentes. Para maximizar a utilidade do agente produtor, esses excedentes precisam ser trocados com outros agentes possuidores de excedentes de outros bens, função para a qual o direito de propriedade é condição necessária (para que não haja predação), mas não suficiente.

Em trocas instantâneas em que cada lado apresenta simultaneamente o seu excedente ao outro lado, basta o estabelecimento claro e preciso do direito de propriedade para que as trocas ocorram. À medida que as trocas se tornam mais sofisticadas, todavia, as contraprestações se tornam diferidas no tempo e o número de agentes envolvidos cresce. Nesse ambiente o espaço para comportamentos oportunistas também aumenta potencializando crises de confiança recíprocas que – no limite – impede a troca (ou a expansão do mercado livre, em um vocabulário smithiano).

Diversas estratégias foram utilizadas ao longo da História humana para tentar superar o problema da desconfiança recíproca (Dixit, 2007), desde reputação, guildas, controles informais, até a restrição das trocas a membros de uma mesma ordem religiosa ou a troca de reféns como arras (para alguns

exemplos, ver Greif, 2006 apud Gico Jr., 2012). Na presença de uma autoridade central imparcial com poder de imposição sobre os agentes negociadores (coerção), a utilização do direito contratual pode ser uma alternativa superior.

O direito contratual, portanto, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, é um instrumento de coordenação de agentes econômicos que os impede de adotar comportamentos oportunistas, gerando, assim, a confiança necessária para a realização de investimento e de trocas diferidas no tempo.

O problema é que uma organização tão forte a ponto de conseguir impedir que qualquer um usurpe a propriedade de outrem e de fazer cumprir obrigações voluntariamente assumidas. Também é capaz de expropriar e impor obrigações, razão pela qual são necessárias limitações ao próprio poder do Estado. A forma que as sociedades encontraram, cada uma a sua maneira, é a imposição do que se convencionou chamar de separação dos poderes.

Em termos econômicos, é possível compreender-se o funcionamento da estrutura de separação de poderes como um mecanismo desenhado para que o Judiciário seja uma organização no qual a riqueza e o poder de seus membros não dependam do resultado de seus julgamentos e, portanto, que os magistrados não tenham interesse particular em relação ao resultado das decisões que prolatam.

A ideia é que, como a sua utilidade não depende do resultado do processo, os magistrados se comportariam como agentes desinteressados no estabelecimento e proteção de barganhas políticas realizadas pelos demais Poderes, convertidas em leis, bem como garantindo que o acordo originário sobre a estrutura do próprio Estado (Constituição) não fosse violado.

A existência de um terceiro desinteressado que faça valer – no longo prazo – as barganhas políticas necessárias para acomodar os interesses de uma sociedade plural, tem função semelhante para os grupos políticos e para os particulares: superar o problema da desconfiança recíproca. No primeiro caso, essas barganhas chamam-se leis e, no segundo, contratos.

No espírito de proteção da sociedade civil e de limitação de poder e controle mútuo, em caso de divergência de interesses entre agente (magistrado) e principal (Executivo e Legislativo), como os demais poderes podem alinhar o comportamento dos magistrados à seus interesses políticos? A resposta da teoria jurídica tradicional é simples:

O magistrado é servo e não senhor da lei, ele deve se submeter ao seu comando quando agir. Por óbvio, se a teoria jurídica tradicional funcionasse, bastaria mudar a legislação, pois, como a função do Judiciário – em tese – é apenas aplicar a lei, alterando-se o parâmetro (lei), o comportamento dos magistrados em cada julgamento deveria ser alterado (decisão).

Sob o olhar econômico, essa proposição, não parece muito compatível com um modelo de agente racional maximizador. Essa questão foi e tem sido debatida por inúmeros estudiosos, dos quais destacamos a modelagem pioneira de Cooter (1983) e de Posner (2010) e o recente estudo empírico realizado por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011), de que juízes são influenciados por outras questões que não apenas a lei no momento de decidir.

Nos termos da literatura econômica, a estrutura de incentivos do judiciário está propensa ao surgimento de problemas de comportamento oportunista por parte dos magistrados (agentes), pois, uma vez estabelecida a sua independência, nada garante que o Judiciário se aterá ao texto da lei ao invés de simplesmente passar a elaborar regras que reflitam melhor as preferências de cada magistrado.

Essa estrutura de incentivos poderá gerar efeitos indesejáveis, tanto do ponto de vista de alinhamento entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que é chamada por Gico Jr. (2012) de alinhamento entre poderes, quanto do ponto de vista de engajamento de incentivos dentro do próprio Judiciário, o qual dividimos em alinhamento horizontal (dentro de um mesmo nível na organização judiciária) e vertical (entre níveis diversos na organização).

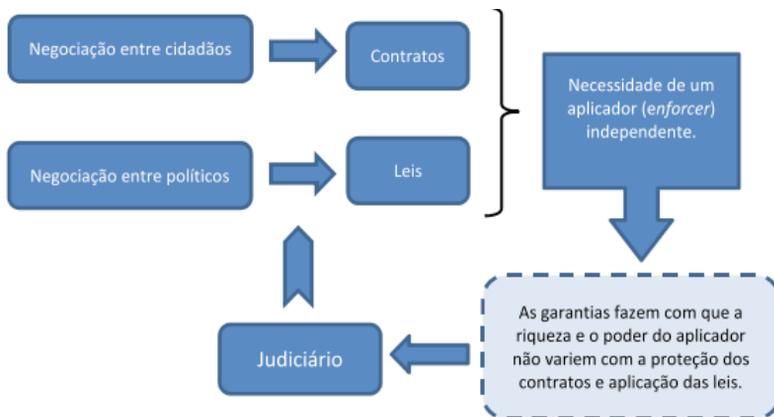
Assim, a criação de um Estado para dar suporte à sociedade civil e à limitação do poder estatal para proteger e manter essa mesma sociedade civil são os aspectos públicos do problema fundamental de busca de mecanismos para a criação da cooperação entre os agentes, cerne do desafio de desenvolvimento de todas as nações.

O Judiciário desempenha um papel central dentro desse arcabouço institucional.

Do ponto de vista privado, a ele compete proteger os direitos subjetivos atribuídos a cada cidadão, inclusive o direito de propriedade, bem como as alocações de tais direitos realizadas pelo próprio agente na realização de contratos. Enquanto o primeiro papel evita o desperdício de recursos com atividades predatórias meramente redistributivas, o segundo, ao eliminar ou mitigar a possibilidade de comportamentos oportunistas, permite a superação do problema de desconfiança recíproca e viabiliza a realização de contratos complexos.

Além disso, do ponto de vista público, as barganhas políticas negociadas entre os vários grupos integrantes do Legislativo e do Executivo materializam-se na forma de legislação, que depois deve ser aplicada (*enforced*). É o Judiciário que – ao aplicá-la – garante credibilidade aos acordos políticos consubstanciados em lei. Essa credibilidade permite a cooperação de longo prazo entre grupos e reduz conflitos, comportamento oportunista e emprego da violência. Por outro lado, tal sistema só é auto-sustentável se o poder do próprio Estado for restringido, razão pela quais regras limitadoras devem ser impostas a todos os entes componentes do Estado e compete precipuamente ao Judiciário impor (*enforcement*) tais regras em casos de conflito. A partir das ideias de Gico Jr. (2012), ilustra-se o papel central do Judiciário da seguinte forma:

Figura 1: A Função Econômica do Judiciário



Fonte: Gico Jr., 2012.

Nesse contexto, a função econômica do Judiciário é atuar como um terceiro desinteressado capaz de impor às partes, *ex post*, as obrigações assumidas *ex ante*, fazendo com que o retorno esperado do comportamento desviante seja negativo. Como o comportamento desviante deixa de ser lucrativo para o agente econômico, as promessas realizadas por cidadãos e grupos políticos passam a ser críveis e supera-se, assim, o problema da desconfiança recíproca. O resultado é cooperação.

De início seria razoável supor que, se não fossem os custos de transação, isto é, em um mundo coasiano (Coase, 1991a) típico da economia neoclássica, o Judiciário jamais seria utilizado, pois bastaria à simples potencialidade de sanção para tornar o retorno esperado da conduta um resultado negativo e, portanto, irracional a sua adoção. Mesmo em um mundo sem custos de transação, todavia, a sociedade muda com o tempo, e as características estruturais, que antes tornavam uma regra jurídica adequada, podem não mais persistir, ou novas situações que não se modelem às antigas regras podem surgir. Essas mudanças geram incertezas acerca de como eventuais disputas serão resolvidas pelos magistrados (mesmo supondo um Judiciário perfeito, que não erra).

Essa previsibilidade, ao qual Gico Jr. (2012) chama de segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes econômicos saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento. Além disso, caso o risco de um determinado evento não tenha sido expressamente previsto em um contrato, seja por que não há contrato, seja pela racionalidade limitada das partes (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário.

Essa segurança jurídica resulta em menores custos de transação, o que permite que os agentes saibam orientar suas condutas a fim de gerar mais riqueza e bem estar. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes.

4 CONCLUSÃO

As teorias apresentadas demonstram que as instituições sociais possuem significativa relevância na contribuição ao desenvolvimento econômico. Essa contribuição é resultado do processo de atuação das instituições jurídicas praticadas em uma sociedade; instituições aqui tratadas, de maneira simplória, como o conjunto das leis e dos organismos que estabelecem e aplicam as regras jurídicas.

As regras jurídicas são os instrumentos que geram os incentivos à população, um “definidor de preços” no qual regras frágeis servem para que os agentes adotem posições ilícitas, pois o custo (preço) da punibilidade é baixo. Já regras fortes geram altos custos para práticas ilícitas, passíveis de análise pela lógica do custo-benefício.

Essas instituições, do ponto de vista da AED e da escola Neoinstitucional, têm a função principal de reduzir os custos de transação (que encarecem as atividades entre os agentes econômicos) permitindo uma maior interação

entre os mesmos e possibilitando o incremento na geração de riqueza. Vale lembrar que regras jurídicas frouxas e pouco eficazes levam a comportamentos oportunistas – resultado natural, pois os agentes são maximizadores que elevam os custos de transação. Dessa argumentação temos que as instituições devem ser sérias e primar por uma determinada Segurança Jurídica, que permite mais liberdade a atitudes geradoras de riqueza.

Assim, o Judiciário deve servir como instrumento de redução desses custos de transação, sendo necessário que essa instituição seja séria e imparcial, pois, não sendo, externalizaria ao mercado condições de incerteza e não obediência às regras jurídicas – dado o comportamento de *rent-seeking*, que levaria as pessoas a serem mais temerosas em suas decisões econômicas, causando um arrefecimento no processo de geração de riqueza.

5 REFERÊNCIAS

BORIN, J. R.; ORTIZ L. C. V. A análise econômica do direito sobre o processo de distribuição de bens aprendidos pela Receita Federal do Brasil. *Revista Associação Mineira de Direito e Economia*, v.5, 2011.

BUCHANAN, J. M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund. 2000. Vol. 7.

COASE, R. H. *The Institutional Structure of Production*. The American Economic Review, 1991a.

COASE, R. H. The Nature of Firm: Origin, Meaning, Influence. *Journal of the Law, Economic and Organization*. Oxford University, 1991b.

COOTER, R. D. The Objectives of Private and Public Judges. *Public Choice*, vol. 41, p. 107-132, 1983. Disponível: <<http://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2FBF00124053.pdf#page-1>>.

COOTER, R.; ULEN, T. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre. Bookman, 2011.

DAM, K. W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law And Economic Development*. Washington, Brookings Institution Press, 2006.

DANZIGERA, S.; LEVAVB, J.; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, 108 (17), p. 6.889-6.892, 2011.

DIXIT, A. K. *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*. 1. ed. Princeton: Princeton University Press. 2007.

EASTERLY, W. *The Elusive Quest for Growth: Economists' Adventures and Misadventures in the Tropics*. Cambridge: MIT Press, 2002.

GICO JR., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. Tese (Doutorado) – UnB, Brasília, 2012.

NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York, NY, EUA: Cambridge University Press, 1990

ORTIZ, Luis C. *Os efeitos do business to business e do e-commerce nos custos de transação das empresas: estudo de caso de empresa do setor varejista do Rio Grande do Sul*. 2002. Dissertação (Mestrado) – UFRGS, Porto Alegre, 2002.

PINHEIRO, A. C. *Judicial System Performance and Economic Development*. Rio de Janeiro, RJ: BNDES, 1996.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. 2010, São Paulo: WMF.

SHERWOOD, R. M.; SHEPHERD, G.; SOUZA, C. M. Judicial systems and economic performance. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, Supplement 1, p. 101-116, 1994.

WILLIAMSON, O. E. *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Recebido em: 6/6/2013

Aceito em: 3/7/2013